

A VONTADE NOS CONTRATOS¹

THE WILL ON CONTRACTS

Humberto Agrícola Barbi^{2,3}

Resumo

A proposta do presente artigo é fazer uma retrospectiva do contexto histórico-dogmático que deu origem às obrigações de natureza contratual, explicitar seus fundamentos, abordando a questão da autonomia da vontade X limites estabelecidos pela ordem pública, trazendo a lume correntes dogmáticas do pensamento jurídico (*Willenstheorie* e *Erklärungstheorie*), e, situando a vontade no contexto sócio-político marcado pela intervenção do Estado, o que nos remete a uma mudança paradigmática quanto à autonomia da vontade. Tomamos como referência o pensamento de autores como Louis Josserand, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, dentre outros, perpassando também pelo conceito de contrato no Direito Romano, Medieval e Oitocentista. E, por fim, atinge o objetivo principal que é averiguar como a autonomia da vontade princípio é tratado nos contratos da era contemporânea.

Abstract

This paper's proposal is to draw a historical and theoretical retrospective of the context that gave rise to obligations of contractual nature, explaining its fundamentals while facing the debate of autonomous will against established limitations by the Law. The legal schools of thought *Willenstheorie* and *Erklärungstheorie* are also brought to light in this analysis. The will is seen as located on the social-political context identified by the State's intervention, which brings us to a paradigmatic change in the autonomous will. We take as a reference the thinking of authors like Louis Josserand, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, among others, also considering the concept of contract on Roman Law, Medieval Law and 18th-Century Law. Lastly, we reach the main goal which is to examine how autonomous will, as a principle, has been addressed on the contracts of the contemporary era.

Palavras-chave: Vontade. Contratos. Obrigações.

Keywords: Will. Contracts. Obligations.

SUMÁRIO: 1 O conceito de contrato entre os romanos. 2 A vontade e os contratos na Idade Média. 3 A vontade no conceito clássico do contrato. 4 O domínio da vontade no século XVIII. 4.1 Prevalência da vontade ou da declaração. 4.2 A vontade criadora de direito por si e o direito objetivo. 5 Intervenção do Estado. 5.1 Contratos no direito soviético. 6 Obrigatoriedade de contratar e domínio da vontade. 6.1 Tutela por via de consequência. 6.2 Monopólio. 7 Contrato de adesão. 7.1 As cláusulas essenciais e acessórias. 7.2 Menor na relação contratual. 8 Contratos coletivos. Referências.

¹ Publicado originalmente na Revista da Faculdade de Direito da UFMG, no ano de 1977: BARBI, Humberto Agrícola. A vontade nos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 18, p. 298 – 316, 1977. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/840/785>>. Acesso em 07/11/2018.

² Ex-procurador da República em Minas Gerais. Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Professor orientador da Divisão de Assistência Judiciária. Falecido no presente ano, em 08 de outubro de 2018.

³ Artigo enviado para a Revista Brasileira de Prática Jurídica, a pedido do autor, com a contribuição de Rafael Gonçalves Brandão de Almeida, rafaelgbalmeida@gmail.com, advogado orientador da Divisão de Assistência Judiciária, anteriormente ao falecimento daquele, em 08 de outubro de 2018.

1 O CONCEITO DE CONTRATO ENTRE OS ROMANOS

Nas Institutas de Justiniano quatro eram as fontes das obrigações (*causae obligationum*): o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito, orientação que foi acolhida pelo Código Napoleão.

Mas antes de se chegar a esta classificação reconheciam-se apenas duas fontes de obrigações: o contrato e o delito.

O contrato era negócio jurídico bilateral, porque implicava em acordo de duas ou mais vontades, que se ajustavam aos requisitos essenciais exigidos pelo direito.

Os contratos eram sancionados e reconhecidos pelo direito civil, produzindo direitos e obrigações, ao contrário dos pactos, que não geravam obrigações.

Verifica-se, pois, que o direito romano, apesar de sua evolução, não consagrou plenamente o princípio da liberdade contratual, já que os pactos não chegavam a produzir obrigações.

Numa época em que a difusão da escrita ainda era incipiente, a prova da realização de qualquer ato jurídico tornava-se difícil, do que decorreu a necessidade de revestir os negócios de formalidades, tornando visível ao maior número de pessoas aquilo que se pactuava. Daí, pois, o erigir em força obrigatória os atos externos, sem os quais a vontade não teria validade.

Muito ao contrário do que se afirma, não se dava maior valor às solenidades que à manifestação da vontade. Esta era fundamental para a realização do contrato, e as solenidades atribuíam validade a essa manifestação: “Al consentimiento de las partes debia agregarse, para que del contrato nasciera una acción, un elemento formal, que hiciera tangible la voluntad”.⁴

Entretanto, em lugar de fornecer um conceito de contrato, o direito romano dava uma lista deles.

A estes atribuíam-se plena ação, poder de exigibilidade. Os demais eram simples pactos, que por não serem sancionados, careciam de ação civil. Eram os *nuda pacta*.

Os contratos típicos, e o formalismo necessário à sua validade, impediam a evolução dos contratos e criavam dificuldades ao desenvolvimento dos negócios, do que decorreu a necessidade de surgimento de novos tipos de contratos, principalmente consensuais, como a compra e venda, o arrendamento, a sociedade e o mandato.

A alguns pactos que foram posteriormente reconhecidos chamou-se de pactos vestidos, em oposição aos *nuda pacta*, em razão da eficácia que lhes foi reconhecida.

⁴ CAMUS, 1942, p. 151.

Do exame dos contratos no direito romano ressalta o fato de que não se reconhecia apenas a vontade como força vinculante, sendo necessário que a exteriorização dessa vontade se manifestasse dentro das formalidades, sem o que, a vontade, por si só, se tornava inoperante. Ao atribuir eficácia à vontade nos contratos consensuais — compra e venda, locação, sociedade e mandato — existentes no século VII, deu o Direito Romano um grande passo no sentido de fazer triunfar os princípios de *jus gentium* sobre o direito civil, que não reconhecia eficácia obrigatória à simples manifestação da vontade. O elemento solene sofreu, assim, o seu primeiro golpe.

2 A VONTADE E OS CONTRATOS NA IDADE MÉDIA

As modalidades contratuais — *re, litteris, verbis* — e a que se acrescentou posteriormente o *consensu*, foram, em razão das necessidades, alargando o conceito consensualista através de concessão dos pretores, que outorgavam ação a alguns pactos — *actio in factum*.

Mas não chegaram os romanos a libertar-se do formalismo, o que já se entremostrava na linha de evolução, em razão da invasão dos bárbaros, que com a influência de seu direito rejeitavam a validade dos atos puramente consensuais.

Na Idade Média o contrato sofreu interessante transformação assinalada por Caio Mário da Silva Pereira, qual seja a generalização de que era mais importante a menção do fato do que o próprio fato, passando a ter mais valor a declaração de que as formalidades haviam sido obedecidas do que a verificação de sua prática efetiva.

Muito embora não hajam os jurisconsultos costumeiros assumido a proclamação da dispensa do formalismo, este evidentemente sofreu rude golpe desde que se espalhou a convicção de que a simples menção de sua observância tinha mais força do que o formalismo em si.⁵

Práticas religiosas fizeram introduzir o juramento nas convenções como forma de solidificar o contratado, e o descumprimento do contrato foi entendido como quebra de compromisso, de mentira, equivalente ao pecado, e assim atraía as penas divinas.

Esta evolução do contrato na Idade Média é que redundou na compreensão, no início da idade moderna, de que a vontade era a geradora do contrato.

3 A VONTADE NO CONCEITO CLÁSSICO

⁵ PEREIRA, 1970, p. 17.

O conceito de contrato nos vem dos romanos, como sendo o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, reconhecido e amparado pela lei e visando criar uma ou várias obrigações.⁶

Tal conceito romano não é pacífico entre autores modernos, havendo alguns que nele veem apenas um “negócio” reconhecido como fonte de obrigações, que não implica necessariamente numa *conventio*.

No direito moderno, todo acordo de vontades dirigido a criar uma obrigação é protegido pela lei e, em consequência, convenção e contrato são termos equivalentes.

Já no direito romano nem todo acordo de vontades era considerado contrato, mas apenas aquelas convenções a que a lei atribuía o efeito de gerar obrigações protegidas por uma ação.

O direito moderno torna a convenção sinônima de contrato: basta que as vontades se tenham encontrado para que o ordenamento jurídico proteja o negócio, se ele não o viola. Assim, qualquer acordo sobre um objeto de interesse jurídico torna-se contrato e é desde logo protegido pela ordem jurídica.

Ao contrário, pois do *numerus clausus* do direito romano, o direito moderno abarca no seu conteúdo toda a infinita variedade das necessidades humanas com função patrimonial.

4 O DOMÍNIO DA VONTADE NO SÉCULO XVIII

No direito moderno, apesar da grande variedade de contratos típicos, atípicos e mistos há uma constante em todos eles: o acordo de vontades é decisivo para sua concretização.

Assim, a vontade livremente manifestada, amparada pelo ordenamento jurídico, é suficiente para constituir suas próprias leis, e prender os contratantes numa relação por eles desejada e livremente manifestada.

É o momento em que o campo contratual é amplo e ilimitado. É o reino da vontade individual: “C’est là que se trouvait en quelque sorte le royaume de la volonté individuelle”.⁷

A vontade soberana do homem é que organiza o direito das obrigações, e é o fundamento de todo o sistema político em vigor na época.

A filosofia do século XVIII chamou de autonomia da vontade o período em que esta, por si só, exercia toda sua influência.

⁶ RAMOS, 1954, p. 612.

⁷ GLAR, 1974, p. 123.

Na base da filosofia individualista existia o que se chamava de contrato social: os cidadãos, não podendo todos atuar em conjunto, delegavam poderes a representantes, fiscalizando-os sempre: “O contrato surge neste ambiente como instituição sacrossanto”.⁸

O legislador, como depositário das vontades individuais devia se guardar de elaborar regras imperativas. Somente eram admissíveis regras de interpretação, que visavam facilitar o conhecimento das vontades livres, buscando a finalidade que tiveram as partes ao contratar.

A legislação era, assim, simplesmente supletiva da vontade das partes.

Todavia, a vontade não era elemento considerado isolado, mas sim envolvida pela teoria geral do ato jurídico.

Antes de tratar dos contratos no seu Direito das Obrigações, nota Savigny que as ideias das convenções obrigatórias não são mais que aplicação isolada da ideia da manifestação da vontade, do ato jurídico, no que, aliás, é seguido pelos autores da época.

Ora, o conceito do ato jurídico nasceu no século XVIII e se desenvolveu na escola dos pandectistas, sendo que o contrato é examinado como um aspecto da teoria geral do ato jurídico.

Fazendo da vontade humana, que é o elemento fundamental do ato jurídico, a causa primeira do direito, este é inteiramente dominado pelo princípio da autonomia da vontade.

4.1 PREVALÊNCIA DA VONTADE OU DA DECLARAÇÃO – A CONVENÇÃO OBRIGATÓRIA EXIGIA O ACORDO DE VONTADES

A teoria da vontade, ou Willenstheorie, foi admitida pelos autores alemães do século XIX, como Thibau, Puchta, Savigny, Windscheid, para quem, na formação do contrato, o que importa são as vontades das partes, sendo a declaração apenas um meio pelo qual a vontade interna se torna conhecida de terceiros. Mas a vontade interna tem que ser válida para gerar efeitos, não podendo ser viciada, pois então teria apenas aparência de vontade:

Ainsi, toute la phase de la formation du contrat est dominée par la volonté des contractants, que seule détermine la mesure et l'objet de l'acte. Bien entendu, il arrive qu'un contrat ait besoin d'être interprété; mais, là encore, c'est la volonté que constituera le facteur essentiel.⁹

Para os partidários da Erklarungstheorie, dentre os quais se destacam Bulow, Hohler, Hartmann, não há dúvida de que a vontade seja a essência do ato jurídico, mas para que ele seja criado basta que a declaração tenha sido manifestada, pouco importando que ela reflita ou

⁸ JUGLAR, 1974, p. 123.

⁹ RIEG, 1968.

não o conteúdo exato da vontade interna. Bastam, assim as declarações de duas pessoas capazes de se obrigarem pela manifestação da vontade.

No que concerne aos vícios da vontade, explicam os seguidores desta teoria que o erro não é reconhecido como causa de anulação do ato, pois sendo ele uma discordância da vontade interna com a manifestação, provoca ele manifestação à outra parte que está de boa-fé, e assim, esta parte liga-se à outra pela manifestação exterior da sua vontade.

4.2 A VONTADE CRIADORA DE DIREITO POR SI E O DIREITO OBJETIVO

Como todas as instituições jurídicas estavam repousando sobre a vontade humana, esta era entendida como fonte criadora do direito. Como bem acentuava a doutrina francesa da época: *La volonté tire sa puissance d'elle-même*. Surgiu, posteriormente, a ideia de que a vontade, era, realmente, a fonte do direito, mas ela não tirava sua força de si mesma, mas sim do direito positivo. Este, sim, é que confere a uma ação o caráter de ato jurídico.

A força da vontade, pois, que era considerada originária, o ponto inicial, foi substituída pela ordem jurídica. Esta é que outorga efeito jurídico à vontade.

Passou-se, assim, do domínio mais amplo da vontade, de seu entendimento como força própria criadora de direito, a situá-la como elemento subordinado à ordem jurídica. Pouco importava, então, a manifestação da vontade se não fosse sancionada pelo ordenamento que lhe outorgava juridicidade.

Tal entendimento deu causa ao fenômeno da intervenção do Estado no campo contratual.

5 INTERVENÇÃO DO ESTADO

A intervenção do Estado no terreno dos contratos, antes deixado à livre estipulação das partes, é fenômeno dos nossos dias.

O interesse público, que suplantou o interesse individual no tratamento legislativo e também na apreciação dos tribunais, vem sendo a tônica que faz reduzir, cada vez mais, a livre manifestação nos contratos.

Como o assinala Jossierand:

(...) e n otros tiempos fenomeno privado e individual, el contrato es tratado, cada vez más, como fenomeno social; la libertad individual y la autonomia de las

voluntades privadas retroceden ante el intervencionismo de los poderes públicos y el contrato libre tiende a convertirse en contrato dirigido.¹⁰

Ao se verificar que o livre jogo dos interesses nos contratos era prejudicial ao mais pobre, concluiu-se que a igualdade deveria consistir em tratar desigualmente pessoas desiguais. O desnivelamento econômico trazia em si a desproporcionalidade das prestações, atingindo, no cerne, o princípio do equilíbrio das prestações.

Se assim ocorria no momento da conclusão dos contratos, também podia-se verificar onerosidade excessiva para uma das partes no momento da execução em razão de mutações ambientais.

O Estado teve, pois, que intervir para restabelecer o equilíbrio contratual, ora instituindo cláusulas coercitivas, ora ensejando a revisão das prestações.

Através do dirigismo legislativo, o Estado tem se imiscuído na vida dos contratos, sempre visando proteger o economicamente fraco, o contratualmente débil.

Através de leis de ordem pública, o Estado, em momentos de carência de habitação, estabeleceu o princípio da permanência do locatário nos imóveis, catalogando hipóteses em que poderia o locador retomá-lo. Da mesma forma, sentindo que a carência habitacional iria influir nos preços dos alugueres, através de processos legislativos o Estado congelou os preços, ou escalonou em dados por ele próprio fornecidos, a possibilidade de eventuais aumentos.

Também mediante provisões legislativas, o Estado intervém no domínio econômico, desapropriando mercadorias em épocas de crise.

Através de intervenções judiciárias, o Estado outorga ao juiz a faculdade de reduzir multa contratual se o contrato foi parcialmente cumprido, ou adequando-a ao teto legal. Também através de preceitos judiciais, o Estado intervém no contrato modificando valores em razão de modificações no momento da execução, fazendo aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

A liberdade de contratar, fica, assim, condicionada à permissibilidade do Estado, que ora nega a permissão, ora restringe o campo contratual, ora impõe o dever de contratar.

Em linhas gerais, a ordem pública e os bons costumes, apesar da largueza de seus conceitos, são os parâmetros da liberdade de contratar.

Como bem o acentua Caio Mário da Silva Pereira:

Como os conceitos de ordem pública e bons costumes variam, e os conteúdos das respectivas normas por via de consequência, certo será enunciar que em todo tempo o contrato é o momento de equilíbrio destas duas forças, reduzindo-

¹⁰ JOSSERAND, 1950, p. 17.

se o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entende conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública e vice-versa.¹¹

Tal intervenção do Estado faz com que a legislação sobre contratos deixe de ser simplesmente interpretativa para vir a se tornar imperativa, ao contrário do que ocorria no século XVIII e já assinalado.

Com a intervenção do Estado no domínio dos contratos, dúvidas surgem se o conceito do instituto ainda corresponde à realidade, ou se apenas o nome é mantido, quando a realidade é completamente diversa.

5.1 CONTRATOS NO DIREITO SOVIÉTICO

Em estudo realizado sobre o direito na União Soviética, René David assinala que preenchem os contratos, função diferente daquela que se observa nos países de sistema capitalista. “Juristes de la famille romano-germanique et juristes soviétiques parlent très souvent de deux choses différentes en conséquence, lors qu’ils ont en vue, les uns e les autres, le contrat”.¹²

Os “contratos econômicos” surgindo no setor coletivizado da economia soviética seguem diretrizes dadas por organismos estatais de planificação, os quais indicam os bens que deverão ser produzidos e qual a sua quantidade.

Já nos países de economia capitalista o dirigismo é completamente diferente da planificação soviética, no sentido de que naqueles é forma suplementar, enquanto que na planificação não há outra escolha. Deve-se atender ao que foi determinado, já que a planificação é global e visa um interesse do Estado, ao qual pertencem os meios de produção.

O contrato que vai ser realizado por uma empresa de produção é, assim, baseado em um ato administrativo. São os contratos planificados, que existem também ao lado dos contratos não planificados.

Nos contratos planificados, os atos administrativos fixam com precisão as partes que celebrarão o contrato, a quantidade de produto que será entregue e também os preços, deixando-se às partes questões de menor importância, como embalagem.

Já nos contratos economicamente necessários, os atos administrativos não precisam sua existência, nem a obrigação de celebrar-se entre partes determinadas. O que se faz é impor a estas empresas o cumprimento de certos requisitos. As empresas são livres na escolha do

¹¹ JOSSERAND, 1950, p. 21.

¹² DAVID, 1973, p. 307.

outro contratante. Apesar disso há elementos que são estabelecidos anteriormente e que as partes não poderão substituir, por interessarem à economia soviética.

Tendo em vista que se busca a execução de um plano, e não um lucro, a execução pelo equivalente não é admitida no país.

A inexecução é tratada severamente, abrangendo sanções disciplinares ou mesmo penais. A execução do contrato é, assim, matéria de ordem pública.

A ausência de uma oposição de interesses, as peculiaridades de que se revestem os contratos econômicos dentro de um sistema planejado, decorrentes da originalidade do regime soviético, mostram diferença essencial entre os conceitos de contratos naquele país e nos países de economia capitalista.

Todavia, apesar de tal diferença, a vontade não foi inteiramente suprimida, como o nota Jacques Bellon:

Contudo, não podemos deixar de verificar que, ao contrário do que se possa imaginar no Ocidente, os centros de produção da U.R.S.S. — sem dúvida por uma questão de eficiência — se encontram dotados de uma autonomia de gestão que lhes permite celebrar, quer com seus fornecedores quer com seus clientes, contratos geradores de obrigações garantidas pelos seus fundos de gestão. Deixa-se, pois, aos diretores destes centros uma certa liberdade de escolha dos seus co-contratantes, dentro do quadro das tarefas que lhe são administrativamente fixadas em função das exigências do Plano.¹³

A vontade, pois, mesmo no domínio dos contratos planejados não foi inteiramente suprimida.

6 OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAR E DOMÍNIO DA VONTADE

Embora sem as peculiaridades do sistema soviético, em nosso sistema de direito surgem circunstâncias em que se duvida da existência de uma vontade livremente manifestada pelas partes na conclusão de um contrato.

Assim, quando a lei impõe a obrigatoriedade de venda de mercadorias de primeira necessidade a quem se apreste a adquiri-las, ela deixa ao comerciante apenas uma alternativa: ou realizar o negócio ou abandonar a atividade. Ele terá que vender todas as vezes que a isso for solicitado.

Nesta hipótese, não se há de falar em consentimento livre na sua conclusão, já que não resta alternativa ao vendedor, nem se pode aí ver substituição de vontade pessoal pela estatal, ou supressão integral de vontade individual.

¹³ BELLON, 1975, p. 77.

A figura é de encaminhamento de vontade em um só sentido, tendo em vista não o interesse do comerciante, que poderá, inclusive, estar com o preço da mercadoria tabelado, mas sim tendo em vista um interesse maior da coletividade.

Como nota Morin, hoje um outro princípio de ordem surge: o da interdependência dos indivíduos. O homem tende a ser menos ligado a si mesmo e mais ligado aos outros: “Les autres, sans notre volonté ont des droits sur nous”.¹⁴

A falta de explicação de um fenômeno, dentro dos puros princípios jurídicos, não importa em negar o fenômeno. A invasão de terrenos jurídicos herméticos pelo Estado não descaracteriza os institutos que foram objeto da intervenção, mas busca dirigi-los dentro do alto espírito de justiça social.

A intervenção do Estado no domínio dos contratos, influenciando de forma intransigente na sua base, direcionando o consentimento, não implica em supressão da vontade, mas apenas suprime a alternatividade da manifestação da vontade.

Como assinala Battifol: “L’existence d’un consentement quelconque parait même en cause dans des lois que ont imposé de contracter”.¹⁵

Tal fato faz rememorar a já citada e famosa discussão da prevalência da vontade ou da declaração, em que, embora não desejada a realização de um determinado contrato, a manifestação exterior é que obriga, como se a pessoa houvesse querido realmente, em atenção à boa fé do outro contratante.

Assim, se o comerciante, na hipótese mencionada, embora não tendo outra alternativa, convencionou, o que vale é a sua declaração, e não a sua vontade, que pode ser outra.

6.1 TUTELA POR VIA DE CONSEQUÊNCIA

Em outras formas o domínio da vontade é tutelado pelo Direito, muitas vezes, por via de consequência. O Estado não interfere na formação do contrato nem também na sua execução, mas estabelece sistemas de tornar obrigatório o prosseguimento do contrato, sem atentar para a vontade de uma das partes. Assim, pois, determinando a renovação compulsória das locações comerciais, ou estabelecendo a suspensão do contrato de trabalho do empregado doente ou em serviço militar, a atuação do Estado se faz sobre um contrato já existente, alterando-o, sem exigir a manifestação expressa de uma das partes.

Nesta hipótese, temos o consentimento de uma das partes sendo substituído pelo Estado.

¹⁴ MORIN, 1937.

¹⁵ BATTIFFOL, 1968.

6.2 MONOPÓLIO

Se em algumas circunstâncias o Estado condiciona a manifestação da vontade a apenas uma das partes, em outras faz com que a vontade do contratante não tenha alternatividade na escolha da outra parte. Assim acontece naquelas atividades em que o Estado exerce o monopólio da atividade econômica, como o do fumo, ou dos transportes. Se ele concede a exploração a uma só pessoa, a outra só poderá contratar ou deixar de fazê-lo, pois não lhe resta outra alternativa.

Do que se depreende é que, salvo nos casos de contratos planejados rigidamente, em que não se deixa às partes a escolha da outra, ou a conveniência e oportunidade de sua realização, não há o aniquilamento da vontade dos contratantes. Ela sempre transparece: “Uabsence de consentment, c’est le néant, et le néant ne saurait certes engender ni droit ni obligation”.¹⁶

7 CONTRATO DE ADESAO

O surgimento do contrato de adesão, ou contrato por adesão como o chamam com mais propriedade, trouxe à tona questão se seria ele realmente um contrato, ou se teria dele apenas o nome, não passando de ato unilateral.

A teoria clássica não admite que os contratos de adesão escapem às regras gerais que governam os contratos, nascendo da dupla manifestação da vontade.

Já a teoria anticontratual diz que o pretendido contrato por adesão é, em realidade, ato unilateral que produz efeitos em favor daquele que a ele adere.

Entendendo que ambas trazem em si grandes doses de verdade, Dereux, analisando tais figuras jurídicas, conclui que são elas realmente contratos, não como os demais, pois não há discussão de cláusulas, mas, enfatiza ele, cláusula acessória, pois as cláusulas principais, a realização do negócio são desejados por ambas as partes. Assim, nota ele a particularidade de que nos contratos por adesão existem sempre cláusulas essenciais e cláusulas acessórias.

7.1 AS CLÁUSULAS ESSENCIAIS E ACESSÓRIAS

¹⁶ LAURENT, 1878, p. 510.

Dentro do seu estudo, salienta Dereux que as partes convencionam livremente as cláusulas essenciais, e as acessórias destinam-se simplesmente a precisar ou completar as essenciais. Necessário, assim, respeitar a hierarquia das cláusulas, que são decorrência da vontade dos contratantes, e para que as acessórias não alterem a finalidade do contrato, nem se oponham ao aderente.

Sentindo, todavia, a dificuldade de manter, dentro de um contrato, cláusulas aceitas pelos contratantes e que deixariam de ser válidas por contrariar o sentido da principal, aduz: “Ces clauses ont été acceptées, mais sous une condition tacite: à savoir qu’elles ne contrediraient ni directement ni indirectement les clauses principales, et qu’elles n’aboutiraient pas à les rendre pratiquement ilusoires”.¹⁷

Ripert distingue adesão de consentimento.

Quando se trata de formar contratos, a lei exige dois consentimentos, e não mede no dinamômetro a força das vontades concorrentes, podendo uma ser muito mais poderosa que a outra. Esta mais poderosa é que faz a lei do contrato a que a outra irá aderir. E quando julga o direito que essa influência é maléfica, cria as incapacidades relativas:

Adhésion ne vaut pas consentement. Consentir à un contrat c’est en débattre les clauses avec l’autre partie après une lutte plus ou moins âpre dont la convention traduira les résultats. Adhérer, c’est se soumettre au contrat établi et plier sa volonté en protestant dans son coeur contre la dure loi imposée.¹⁸

No mesmo sentido temos Josserand, para quem a lei não exige que as partes tenham intervenção igual na gênese do contrato: o que se requer é que ambos os interessados consintam.¹⁹

O aspecto contratual evidencia-se, assim, em tais tipos, não como contrato puro, mas sim com características próprias. O consentimento, a vontade, estão sempre presentes.

7.2. MENOR NA RELAÇÃO CONTRATUAL

O problema mais sério dos contratos de adesão surge no momento em que se verifica a existência de menor ou incapaz numa das extremidades da relação jurídica.

Salvo as restrições de polícia judiciária no que concerne a viagens de menores, a todo momento vemos menores e incapazes desacompanhados em ônibus trens e táxis, e livremente em casas comerciais.

¹⁷ DEREUX, 1910.

¹⁸ RIPERT, 1949.

¹⁹ RIPERT, 1949, p. 32.

Nota-se, pois, que celebram eles a todo momento contratos de transporte e de compra e venda, já que são tipos contratuais de oferta permanente.

Trata-se, evidentemente, de fenômeno dos tempos modernos que necessita de apropriado estudo.

Que há um contrato, não resta a menor dúvida, pois daí decorrem consequências jurídicas relevantes.

Como explicar, pois, a possibilidade ou a validade contratual quando uma das partes é incapaz?

Fran Martins explica que realmente há contrato, mas que os agentes podem deixar de ser pessoas capazes.

Isso porque o interesse público se sobrepõe ao particular, transformando atos que deveriam ser regidos por normas precisas em serviços de interesse coletivo que cada um pode usufruir.²⁰

Orlando Gomes, em seu excelente “Contrato de adesão” (São Paulo, Rev. Tribunais, 1972), mostra que através da teoria da relação contratual fática, de Haupt, diversas relações jurídicas se estabelecem na área do Daseinsvorsorge, e que ele chama de setor de assistência vital, que consistem em prestações de que o Estado passou a se incumbir ou a controlar e que são indispensáveis às necessidades sociais do homem moderno.

Tais relações jurídicas são categorias autônomas e distintas do contrato porque não se formam pela aceitação de uma proposta contratual, mas decorrem do fato de uma das partes assumir uma posição que desencadeia direitos e obrigações previamente definidos. Não se desencadeiam proposta e aceitação, mas simples fatos que são tratados como se fossem de consistência contratual. Têm origem fática e vida contratual.

Por entender, dentre outras circunstâncias, ser limitada ao setor da assistência vital, a teoria seria inaplicável a todos os contratos de adesão.

A teoria do comportamento social típico, de Larenz, vê no aderente uma pessoa que não se encontra na posição de quem recebe uma proposta contratual e pode ou não aceitá-la, mas sim acha-se numa situação comum a indeterminado número de indivíduos, e deve decidir se deve ou não utilizar-se do serviço oferecido.

A causa da obrigação não seria, pois, o contrato, mas a apreciação social do comportamento. A relação jurídica assim formada não decorreria de um contrato, pois não há a declaração da vontade do aderente.

²⁰ MARTINS, 1961, p. 274.

Já as teorias normativistas defendem a tese de que as condições gerais dos contratos são fonte de produção de direito. A adesão é o comportamento que provoca a incidência das normas numa situação concreta, e não caracteriza um contrato, mas sim a submissão dos clientes às normas ditadas pela empresa. Assim, a empresa teria um poder normativo.

Todas as teorias que buscam explicar a gênese do contrato de adesão tem como consequência as repercussões que dali advém no caso de conflito de interesses.

De fato, a adequação de uma realidade jurídica a uma figura contratual visa facilitar e dar solução igual a todos os demais litígios dela decorrentes. O que se pretende é chegar à justiça através da lei.

Ora, partindo-se da base contratualista e verificando-se a finalidade do instituto das incapacidades, pode-se chegar a uma conclusão de extrema simplicidade. É que as incapacidades foram estabelecidas visando a proteção dos menores e insanos mentais. Os contratos por eles celebrados são fulminados de nulidade para protegê-los. Mas o próprio conceito de incapacidade é variável no tempo e no espaço. Aquele que em seu país é considerado maior e civilmente apto poderá não sê-lo em outro. Donde se vê que o critério é puramente arbitrário.

O direito não desconhece os contratos celebrados pelos menores e pelos insanos. Apenas nega-lhes validade em atenção ao prejuízo que dali poderia advir para eles, e para punir a má fé dos que com eles contratam buscando lucros ilícitos.

Assim, um contrato será perfeitamente válido se dele se utiliza o incapaz, e com ele obtém lucro, ou se não lhe acarrete prejuízo. E os que contratam com os incapazes correm o risco de não poder alegar tal fato em sua defesa.

Assim, pois, as incapacidades funcionam como fonte de proteção dos menores e insanos, mas não como negativas globais de eficácia dos contratos leais e válidos.

O contrato honesto celebrado com um incapaz e que foi rigorosamente cumprido pelas partes produz todos os seus efeitos na ordem jurídica. Assim também ocorre com os contratos de adesão, cuja validade não poderá ser contestada, nem arguida pela parte inadimplente pelo fato de ter contratado com incapaz.

8 CONTRATOS COLETIVOS

O nosso direito consagrou o contrato coletivo como figura contratual do que discorda Orlando Gomes, por entender que não possui ele natureza contratual já que não cria obrigações para os interessados, limitando-se a estatuir normas que devem ser obedecidas na formação dos contratos individuais.

Do contrato coletivo não nascem relações jurídicas que coloquem as partes na posição de credor e devedor. É, e suma, um acordo normativo.²¹

O grande problema do contrato coletivo reside na extensão das decisões àqueles que não fazem parte do órgão sindical, e que se submetem ao que foi estabelecido ou contratado, não se podendo, assim, acolher a teoria da representação legal, preconizada por Darci Bessone.²²

Há ainda outro aspecto, no contrato coletivo, que se refere à execução da decisão, realizada pelo sindicato, independente da outorga de poderes do membro da categoria, o que evidencia a substituição da vontade individual pela vontade da categoria.

O que se verifica, assim, ao longo desta rápida incursão no terreno dos contratos, é que a vontade individual tende a ser substituída pela vontade coletiva, tendo em vista o interesse da comunidade.

Como o acentua Starck, o contrato tradicional, individualista, não mais se coaduna com os contratos de tipo novo, que se desenvolvem num plano coletivo, já que pretendem satisfazer uma economia de massa e de grupos. Tais contratos, diferentes na sua técnica e na sua filosofia, visam finalidade diferente do contrato clássico. Este tem uma finalidade limitada à troca de bens e serviços; aquele é instrumento de uma organização econômica e social inserida num plano futuro: tem uma visão prospectiva.²³

Daquele contrato do século XVIII, em que a vontade tirava dela própria toda a sua força jurígena, aos momentos atuais, em que a intervenção cada vez maior do Estado limita a manifestação dessa vontade, ou a sua substituição pela vontade da categoria, há apenas uma constante: a vontade está sempre presente. Não mais aquela vontade individual, livre e sem peias, mas sim a vontade conduzida e ordenada, tendo em vista atender às necessidades da comunidade e não do indivíduo.

Referrências

ANDRADE, Darci Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BATTIFFOL, Henry. La crise du contrat et sa portée. *Archives de Philosophie du droit*, Paris, v. 13, n. 15, 1968.

BELLON, Jacques. *O Direito Soviético*. Trad. Elísio Baldinho. Coimbra: Livraria Almedina, 1975.

CAMUS, E. F. *Curso de Derecho Romano*. Vol. 5. Habana: Universidad de La Habana, 1942.

²¹ GOMES, 1971, p. 90.

²² ANDRADE, 1960, p. 82.

²³ STARCK, 1972, p. 384.

DAVID, René. *Les grands systemes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1973.

DEREUX, Georges. De la nature juridique des contrats d'adhésion. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 9, n. 540, 1910.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Trad. Santiago Cunchillos y Mantelela. T. 2, Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1950.

JUGLAR, Michel de. *Cours de Droit Civil*. T. 1. Paris: Edition Montchrestien, 1974.

LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français*. T. 15. Paris: Librairie A. Marescq, Ainé, 1878.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MORIN, Gaston. Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 36, n. 553, 1937.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

RAMOS, J. Arias. Derecho Romano. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, v. 3, Editorial, 1954.

RIEG, Alfred. Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 13, n. 36, 1968.

RIPERT, Georges. *La regle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

STARCK, Boris. *Droit Civil*. Obligations. Paris: Librairie Techniques, 1972.