

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Faculdade de Direito



**A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS DE
ADESÃO NAS RELAÇÕES ENTRE EMPRESAS:**
Uma análise Luso-Brasileira

LÍVIA XIMENES DAMASCENO

COIMBRA - PORTUGAL
2014

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Faculdade de Direito

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS DE
ADESÃO NAS RELAÇÕES ENTRE EMPRESAS:
*Uma análise Luso-Brasileira***

LÍVIA XIMENES DAMASCENO

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente
ao grau de mestre) na área de especialização
em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção:
Direito Empresarial
Orientador: Professor Doutor Alexandre
Libório Dias Pereira.

COIMBRA - PORTUGAL
2014

“Se os fracos não tem a força das armas,
que se armem com a força do seu direito,
entregando-se por ele a todos os
sacrifícios necessários para que o mundo
não lhes desconheça o caráter de
entidades dignas de existência na
comunhão internacional!”

Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

São muitos agradecimentos. Muitas pessoas me ajudaram nessa jornada – nada – fácil. Primeiramente, agradeço a Deus, pois sem a ajuda dEle não teria caminhado um único passo sequer. À minha mãe, que sempre sacrifica os seus próprios sonhos para realizar os meus, sendo esse mestrado nada mais do que um sonho concretizado graças a sua ajuda, apoio e compreensão.

À minha família, no geral, por me darem atenção e força, sendo, sempre, uma base forte e presente na minha vida. A certeza do amor de todos por mim me dá coragem para continuar lutando.

Aos amigos de sempre, tão pacientes e muitas vezes até psicólogos ao ouvirem meus tantos problemas. Alegrias de todos os meus dias, eles me dão na forma mais pura: apenas com a convivência comigo. Aos amigos que Coimbra me trouxe, pois junto com eles me veio força, e conforto de sabermos que estamos todos no mesmo barco. Em especial, gostaria de agradecer às minhas companheiras de casa, pois, com toda certeza, sem elas a trajetória de um mestrado no exterior teria sido muito mais difícil, para não dizer impossível.

À amiga Nina Gabriela por ter sido meu braço direito (e o esquerdo também). À amiga Karenina Tito, por ter sido tão prestativa comigo desde o início até o fim do curso. Ao Ted Pontes, por toda a paciência e atenção dada a mim durante esse período. Ao Giovani Magalhães, por estar sempre disponível para as minhas dúvidas e por estar sempre me mostrando a maravilha que é o Direito Empresarial.

Ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira, pela paciência, pelas palavras sempre tão gentis e pela ajuda.

RESUMO

Este trabalho buscou fazer uma análise da legislação aplicável aos casos de dependência econômica entre empresas no âmbito contratual, notadamente nos contratos de adesão. Buscou-se, primeiramente, definir o conceito de empresário, de contrato de adesão e de dependência econômica, para depois relacionar os três institutos. Após essa análise, passou-se a verificar a insuficiência legislativa quando a dependência econômica ocorre em um contrato de adesão firmado entre empresários. Isso ocorrer porque, a regra geral é que, nessas relações, exista uma relação igualitária entre as partes, não carecendo, portanto de uma maior proteção legal. Foi provado, todavia, que é possível existir uma desigualdade fática em uma relação interempresarial e que, nesses casos, a legislação existente específica é insuficiente. Em decorrência de tal constatação, buscou-se um estudo do Código de Defesa do Consumidor para a verificação da possibilidade de aplica-lo também aos empresários quando estão em uma posição de notória vulnerabilidade em face à contraparte contratual. Concluiu-se pela possibilidade de a aplicação das normas protetivas do consumidor ao empresário vulnerável, desde que essa característica -a vulnerabilidade - seja provada no caso concreto.

Palavras-chave: Empresários; contrato de adesão; dependência econômica; insuficiência legislativa; código de defesa do consumidor; vulnerabilidade.

ABSTRACT

This study intends to make an analysis of the applicable legislation to the cases of economic dependence among companies in a contractual context, especially on contract of adhesion. First, it was aimed to define the concept of entrepreneur, contract of adhesion and economic dependence, and then relate those three institutes. After this analysis, it was verified a legislative failure when the economic dependence in a contract of adhesion signed between entrepreneurs takes place. This happens because, in general terms, there is an equal relationship between the parties, not demanding any major legal protection. It was proved, however, that there may be a factual inequality in a cross-company relationship and, in such cases, the specific existing legislation is not enough. As a result of this finding, a study of the Consumer Protection Law was made to verify the possibility to apply it also to entrepreneurs when they are in a notable vulnerable situation regarding to the contractual counterparty. It was concluded that it is possible to apply the protective standards of consumer to the vulnerable entrepreneur, since the vulnerability can be proven in the case.

Key words: entrepreneurs, contract of adhesion, economic dependence, legislative insufficiency, consumer protection law, vulnerability.

LISTA DE ABREVIATURAS

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

CCB – Código Civil Brasileiro

CCP – Código Civil Português

Ccom – Código Comercial Português

CDC – Código de Defesa do Consumidor Brasileiro

CSC – Código das Sociedades Comerciais Português.

DL – Decreto-Lei

GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Lei de Concorrência Alemã)

LDC – Lei de Defesa do Consumidor Portuguesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 DO CONCEITO DE EMPRESÁRIO.....	12
1.1 Em Portugal	12
1.2 No Brasil.....	17
1.2.1 Do conceito de elemento de empresa.....	20
2 DOS PRINCÍPIOS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS	23
2.1 O princípio da autonomia privada	24
2.1.1 O princípio da liberdade contratual.....	26
2.2 O princípio da boa-fé contratual	28
2.3 O princípio da igualdade.....	33
3 DOS CONTRATOS DE ADESÃO.....	36
3.1 Evolução histórica dos contratos de adesão.....	36
3.2 Elementos, distinções e formação dos contratos de adesão.....	38
3.3 O uso dos contratos de adesão	42
3.3.1 Do dever de informação	44
3.4 Das cláusulas abusivas.....	48
3.4.1 Meios de controle de abusividades nos contratos de adesão.....	52
4 DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NO ÂMBITO CONTRATUAL.....	57
4.1 Conceito.....	57
4.2 Teoria dos contratos incompletos e a assimetria de informações.....	60
4.3 Relação entre os tipos contratuais e a dependência econômica.....	63
4.3.1 Contratos de distribuição comercial.....	65
4.3.1.1 Contratos de agência.....	66
4.3.1.2 Contratos de franchising.....	68
4.4 Abuso de dependência econômica.....	70
5 (IN) SUFICIÊNCIA LEGISLATIVA EM CASOS DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS DE ADESÃO ENTRE EMPRESAS	78
5.1 Insuficiência no Código Civil	78
5.2 Insuficiência na legislação concorrencial	81
5.3 Legislação aplicável em um contrato com o consumidor.....	83

5.3.1 Definição de Fornecedor	86
5.3.2 Definição de Consumidor	90
5.3.3 Definição de vulnerabilidade	95
5.4 Possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações interempresariais	97
CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS	106

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo analisar a questão da dependência econômica nas relações contratuais, notadamente nos contratos de adesão, quando envolvem profissionais (comerciantes/empresários) no desempenho de atividades econômicas. Para tanto, fez-se um levantamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

A importância e a relevância do presente trabalho decorrem da constatação de que muitos empresários, embora sejam atuantes no mercado, de maneira profissional e organizada, estão economicamente dependentes da contraparte contratual, ou seja, em função da existência de um ativo econômico específico, um dos polos do negócio jurídico está em uma posição de vantagem em relação a outra parte dependente. E tal posição poderá, conforme o caso, ser usada de maneira abusiva, de forma a prejudicar, sem qualquer justificativa plausível, a parte dependente.

Dessa percepção, decorre a necessidade de analisar os institutos jurídicos existentes nos ordenamentos jurídicos em exame, para perceber como a legislação poderá impedir ou reparar a atuação abusiva por parte do agente “mais forte” na relação contratual analisada. Por certo, então, que o ordenamento jurídico não deve permitir ou incentivar que condutas abusivas ou lesivas sejam perpetradas por partes em um negócio jurídico, em detrimento da sua contraparte.

Nesse diapasão, a presente dissertação de mestrado tem os seguintes questionamentos, como forças motrizes da pesquisa empreendida: 1) O que se entende e quais são os casos de abuso da dependência econômica em uma relação entre profissionais? 2) Quais são os meios que a legislação, tanto brasileira como portuguesa, utiliza para inibir ou punir os casos de dependência econômica?; 3) Os mecanismos legislativos são suficientes para tratar do assunto em análise?

Em função dos questionamentos anteriormente elencados, o presente trabalho tem como hipóteses: 1) é possível existir, em uma relação entre profissionais, uma dependência de uma parte em relação a sua contraparte contratual, em função da existência de um ativo específico que torna uma pessoa dependente da outra, seja a raridade do objeto da relação jurídica ou,

ainda, a exigência de exclusividade; 2) a legislação entende, em regra, que a relação entre profissionais é de igualdade e, por isso, não é necessária nenhuma proteção adicional ao empresário/comerciante, devendo, no entanto, serem respeitados os princípios da boa-fé e da lealdade nos contratos firmados, o que pode impedir que uma parte aja abusivamente em detrimento da outra; 3) os mecanismos legislativos até então existentes não são suficientes no trato do assunto, tendo, porém, a doutrina e a jurisprudência desenvolvido teorias interpretativas que equiparem o empresário – em casos de dependência econômica – aos consumidores com vista a garantir a incidência de uma série de normas protetivas e principiológicas de defesa do consumidor na relação em que se verifique a existência de dependência econômica.

Nesse contexto, para responder aos questionamentos anteriormente formulados e confirmar – ou não – as hipóteses levantadas, o presente trabalho foi estruturado em cinco capítulos, assim divididos: 1) Do conceito de empresário; 2) Dos princípios nas relações contratuais; 3) Dos contratos de adesão; 4) Da dependência econômica no âmbito contratual; 5) Insuficiência legislativa nos casos de dependência econômica nos contratos de adesão entre empresas.

No primeiro capítulo, buscar-se-á conceituar a figura do empresário, tendo em vista que é ele que figurará nos negócios jurídicos entre profissionais. A legislação brasileira e portuguesa trazem critérios distintos para se conceituar um empresário. Tal assunto também será estudado no presente capítulo.

No segundo capítulo, abordar-se-ão os principais princípios incidentes nas relações contratuais, tais como: o princípio da autonomia privada e da boa-fé, com vista a demonstrar que o negócio jurídico firmado se submete às normas principiológicas que irão moldar a atuação pré e pós-contratual.

Já no capítulo seguinte, analisar-se-ão os contratos de adesão, tendo em vista que esse modelo de contrato poderá criar relações jurídicas desiguais e dependentes. Na análise desse tipo contratual, far-se-á uma breve evolução histórica, bem como se analisarão, entre outras coisas, as cláusulas abusivas e os meios atualmente existentes para controlá-las.

O quarto capítulo trará um estudo sobre a dependência econômica no âmbito contratual, será analisado o conceito de dependência econômica, e vistos alguns exemplos de contratos

onde normalmente ocorre essa dependência, além de trazer a caracterização do abuso dessa situação.

No último capítulo, verificar-se-ão quais são as legislações existentes que protegem os empresários economicamente dependentes nos contratos de adesão, bem como se há ou não insuficiência legislativa nos países estudados, bem como, caso seja verificada a insuficiência, uma possível solução para tal caso, além de buscar trazer soluções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a dependência econômica entre profissionais.

1 DO CONCEITO DE EMPRESÁRIO

Primeiramente, cumpre destacar em qual ramo do direito se encontra o conceito de empresário. O direito civil, antigamente, era o direito que regulava exclusivamente o direito privado, porém, com o crescimento das atividades de compra e venda, nasceu o direito comercial para tratar dos interesses dos comerciantes; este, portanto, era uma parte especial do direito civil.

De acordo com André Luiz Santa Cruz Ramos¹, o direito comercial é visto como um ramo jurídico independente e autônomo, que pode ser conceituado, resumidamente, como regime jurídico especial de direito privado destinado à regulação das atividades econômicas e dos seus agentes produtivos. Essa autonomia, entretanto, não significa que o direito civil e o comercial sejam ramos absolutamente distintos e contrapostos. Direito comercial e direito civil, como ramos englobados na rubrica do direito privado, possuem, não raro, institutos jurídicos comuns. Ademais, o direito comercial, como regime jurídico especial que é, muitas vezes, socorre-se do direito civil – este estendido, pode-se dizer, como um regime jurídico geral das atividades privadas – para suprir eventuais lacunas de seu arcabouço normativo.

Já Jorge Manuel Coutinho de Abreu², doutrinador português, classifica o direito comercial como o sistema jurídico-normativo que disciplina de modo especial os atos de comércio e os comerciantes. E é dentro desse sistema jurídico que estão inseridos o conceito de empresário e outros conceitos comerciais.

1.1 Em Portugal

Para o direito português, celebrarão um contrato mercantil aqueles que praticarem atos de comércio. O código, todavia, não estabeleceu precisamente o que seriam estes atos, apenas estabeleceu que: “(...) serão considerados actos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste código e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar”³.

¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. São Paulo: Método, 2011, p.17 -18.

² ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Curso de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2011, v. 1, p.13.

³ PORTUGAL. **Código Comercial Português**. 1888, artigo 2º.

As regras do direito comercial foram surgindo da própria dinâmica da atividade negocial. O direito era subjetivista, ou seja, era direito dos membros das corporações. Bastava que uma das partes fosse comerciante para que a mesma fosse disciplinada pelo direito comercial.

O surgimento dos atos de comércio ocorreu no Código Comercial Francês em 1808, mais conhecido como Código Mercantil Napoleônico. Após a Revolução Francesa, quando os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade imperavam. O objetivo dos participantes dessa revolução era acabar com todas as regalias existentes. Assim, não era mais possível continuar com um direito comercial corporativista. A partir de então, não importava mais quem era o sujeito que praticava determinada ação, e sim se os atos cometidos por ele estavam descritos na lei como comerciais. O código em questão deixou de prever a necessidade da matrícula dos comerciantes. O direito comercial, então, deixava de ser subjetivista para ser objetivista.

O Código Francês influenciou bastante os códigos que surgiram nesta época oitocentista. Como exemplo, os códigos espanhóis de 1829 e 1885 (ainda vigente), o alemão de 1861 e os italianos de 1865 e 1882. Ressaltando, todavia, que o alemão de 1897, que ainda se encontra em vigor, adotou novamente a concepção subjetivista do direito comercial.⁴

Os Códigos Portugueses oitocentistas também aderiram ao direito comercial objetivista. O atual código de Portugal (de 1888), apesar de ter tido muitas normas revogadas e alteradas, continua trazendo a concepção objetivista. O Brasil também a aderiu no seu Código Comercial de 1850, porém este se encontra revogado em quase sua totalidade, restando apenas em vigor a parte do comércio marítimo⁵.

Durante muito tempo, tentou-se achar uma qualificação geral e única para o que seriam atos de comércio. Entretanto, não se obteve nenhum sucesso absoluto. Coutinho de Abreu⁶, analisando o conceito de atos de comércio, diz:

Norma delimitadora dos actos de comércio é o art. 2.º do CCom: ‘Serão considerados actos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste código, e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar.’ Logo deste enunciado resultará a impossibilidade de um

⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Curso de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2011, v.1, p.12.

⁵ O atual código civil brasileiro (houve uma unificação formal do direito comercial e civil no Brasil, como se verá abaixo) seguiu, diferentemente de Portugal, a teoria da empresa.

⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Curso de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2011, v.1, p.49-50.

conceito unitário, homogêneo ou genérico de acto de comércio. Há actos considerados mercantis por estarem previstos, segundo critérios heterogêneos (frutos de várias etapas de uma evolução capitalista multissecular), na lei comercial – e que podem, em regra, serem praticadas por comerciantes ou não comerciantes -, e actos considerados mercantis por, antes do mais, serem praticados por comerciantes e, além disso, serem conexionáveis com o comércio e estarem – embora não necessariamente - conexados com a atividade mercantil dos seus autores.

De acordo com o autor citado, apesar de a norma por si só já ser heterogênea, existem teorias que defendem o conceito unitário dos atos de comércio. Para isso, existem três critérios: a finalidade especulativa, interposição nas trocas ou na circulação da riqueza e a existência de empresa. Para ele, nenhum desses critérios possibilita um conceito unitário de atos de comércio, sejam separados ou em conjunto. Existem, pois, atividades que possuem a finalidade especulativa e nem por isso são consideradas comerciais (agricultura, por exemplo) e, por outro lado, existem atividades que são empresariais, mas não possuem fins lucrativos (cooperativas, por exemplo). Já no caso da interposição das trocas, o próprio código comercial português traz casos em que o ato é comercial, porém não se necessita da interposição de trocas. No caso da empresa, por fim, informa que a comercialidade de diversos atos de comércio esporádicos ou ocasionais prescinde da ideia de empresa; a empresarialidade não é algo com um significado único e seria um círculo vicioso tentar definir comercialidade por empresarialidade.

Ainda em continuidade com o mesmo autor, este define atos de comércio como os fatos jurídicos voluntários especialmente regulados em lei comercial e os que, realizados por comerciantes, respeitem as condições previstas no final do art. 2º do CCom⁷. Os atos de comércio têm uma delimitação jurídica bastante ampla. Não se analisam apenas os “atos” de comércio, mas os fatos jurídicos em sentido amplo (naturais, involuntários, voluntários – lícitos ou ilícitos e os negócios jurídicos⁸) e os fatos jurídicos isolados⁹ (ou ocasionais).

Os atos de comércio podem ser objetivos ou subjetivos. Será objetivo quando ele estiver expressamente previsto em lei comercial. Já os subjetivos, de acordo com o autor em

⁷ Art.º 2.º - Actos de comércio: Serão considerados actos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código, e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar. Obs.: o legislador utiliza um conceito indeterminado de atos de comercio, visto não colocar, nem apenas de forma exemplificativa, o que seriam esses atos. Traz apenas de forma implícita, que a legislação esparsa trata de especificar.

⁸ Principalmente, os contratos.

⁹ São aqueles fatos que normalmente ocorrem no meio comercial, cometidos por comerciantes ou não, que têm um fim comum e tem por objetivo o fim imediato daquele fato. Como exemplo: O aceite em uma letra de cambio.

questão¹⁰, são os fatos jurídicos voluntários (ou apenas os atos) dos comerciantes conexionáveis com o comércio em geral e de que não resulte estarem conexionados com o comércio dos seus sujeitos.

Para além dessa classificação, os atos de comércio podem ser autônomos ou acessórios, formalmente e substancialmente comerciais, bilaterais ou unilaterais. Os atos autônomos são aqueles que são comerciais independentemente de estarem ligados ou não a outros atos comerciais, por outro lado, os acessórios são o oposto, ou seja, para serem considerados comerciais precisam estar estritamente ligados a um ato mercantil. Quanto aos formalmente comerciais, são atos que, apesar de não serem mercantis, a lei os qualifica como tal e, portanto, são tidos como comerciais. No outro sentido, são os substancialmente comerciais, que se contrapõem aos formalmente comerciais. Por fim, os atos bilaterais são aqueles em que a mercantilidade do ato se verifica para ambas as partes, e serão unilaterais quando a comercialidade só se verificar para uma das partes.

José A. Engrácia Antunes¹¹ acredita que essa teoria dos atos de comércio encontra-se ultrapassada, informando que:

Em primeiro lugar, os critérios clássicos de comercialidade encontram-se hoje postos em causa, dado que os conceitos-chave centenários em que assentam – ‘actos de comércio’ e ‘comerciante’- forjados para realidades económicas que distam de nós em mais de um século e há muito ultrapassadas, deixaram de conseguir retratar fielmente o universo do Direito Comercial actual. Ora, este anacronismo dos critérios tradicionais da mercantilidade não poderia deixar de se projectar também, e muito em particular, naquele que constitui o primordial tipo de acto jurídico-comercial (‘lacto sensu’) – o contrato comercial.

Apesar dessa dificuldade em unificar o conceito de atos de comércio e de ser posto em causa a atualidade de tal teoria por alguns doutrinadores, o conceito de comerciante para o direito português é um conceito objetivo e está diretamente vinculado com o conceito de atos de comércio. Assim, de acordo com o artigo 13 ° do CCom: “São comerciantes: 1.º As pessoas, que, tendo capacidade para praticar actos de comércio, fazem deste profissão; 2.º As sociedades comerciais.”

Desse conceito, extraem-se três requisitos: ter capacidade, praticar atos de comércio e profissionalidade. O requisito de praticar atos de comércio já foi falado acima. Já em relação a ter capacidade, para a maioria da doutrina portuguesa, está relacionada com a capacidade de

¹⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Curso de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2011, v.1, p.88.

¹¹ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009, p.30.

exercício. Esta capacidade é referente ao poder de exercer direitos e contrair obrigações de forma pessoal e livre¹². Quanto à profissionalidade, alguns requisitos a qualificam: ter a atividade uma continuidade e esta ser, por menor que seja, organizada; ter o intuito lucrativo. No geral, esse requisito encontra-se associado à empresa; existindo esta, existirá a profissionalidade.

Ressalta-se, como se pode perceber, que o registro do comerciante não é condição para caracterizá-lo como tal. E, nesse mesmo sentido, manifesta-se o art. 95º, nº 2, do CCom, ao informar que também terão direitos mencionados no referido artigo os “comerciantes **não matriculados**, toda a vez que tais estabelecimentos se conservem abertos ao público por oito dias consecutivos (...)”. Dessa forma, o registro serve para regularizar a situação jurídica já existente.

Por fim, as sociedades também são comerciantes. Coutinho de Abreu¹³ qualifica sociedade como sendo a “entidade que, composta por um ou mais sujeitos (sócios(s)), tem um património autónomo para o exercício de atividade econômica que não é de mera fruição, a fim de (em regra) obter lucros e atribuí-los ao(s) sócios(s) – ficando este(s), todavia, sujeito(s) a perdas”. Definido o conceito de sociedade, resta saber quando esta se torna comerciante. De acordo com o artigo 7º, nº 1 do CSC¹⁴, a sociedade passa a ser comercial com a formalização descrita nesse artigo. Nas fases anteriores à formalização, existe a sociedade, porém apenas se aplica o código civil, visto ainda não se tratar de uma sociedade comercial.¹⁵

1.2 No Brasil

O Brasil, como dito anteriormente, adotou, no seu Código de 1850, o critério objetivista para qualificar as atividades comerciais. Utilizou-se, portanto, a teoria francesa dos atos de

¹² No que tange aos incapazes, esses não estão excluídos completamente da possibilidade de serem comerciantes; todavia, deve-se, para isso, analisar os requisitos de suprimento de incapacidade dispostos no Código Civil.

¹³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2003, v.2, p.21.

¹⁴ Art. 7º, nº 1º: O contrato de sociedade deve ser reduzido a escrito e as assinaturas dos seus subscritores devem ser reconhecidas presencialmente, salvo se forma mais solene for exigida para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade, devendo, neste caso, o contrato revestir essa forma, sem prejuízo do disposto em lei especial. Obs.: para poder cumprir as formalidades descritas no artigo 7º, é necessário, primeiramente que se preencham os requisitos do artigo 1º, n. 2: São sociedades comerciais aquelas que tenham por objeto a prática de actos de comércio e adotem o tipo de sociedade em nome coletivo, de sociedade por quotas, de sociedade anônima, sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por ações.

¹⁵ Os artesãos, agricultores que não têm empresas e os profissionais liberais, por não preencherem os requisitos do artigo 13º do CCom, não podem se tornar comerciantes. Isso decorre do fato de que os atos que eles praticam não são considerados atos de comércio. Em regra, tal proibição também existe no direito brasileiro, porém há exceções, como se verá adiante.

comércio. Posteriormente, voltou a adotar o critério subjetivista, acompanhando a teoria italiana da empresa.

Antes de o Brasil adotar a teoria italiana, ainda no século XIX, Teixeira de Freitas tentou unificar o direito privado. Planejou a criação de dois códigos: um geral, que abrangeria conceitos e princípios, e outro específico (cível), tratando da matéria civil, propriamente dita, e da matéria comercial. Esse fenômeno da unificação foi visto em praticamente todo o mundo¹⁶, visto que as obrigações cíveis e comerciais ficaram cada vez mais frequentes e próximas. Institutos comerciais passaram a ser usados por cidadãos não comerciantes indistintamente; a propagação dos títulos cambiários, por exemplo, reforçou tal situação.

Esse projeto, porém, não prosperou. Apenas em 2002, com a edição do novo código civil, houve a unificação do direito civil e comercial, igualmente ao modelo italiano de 1942¹⁷. Ressalta-se, entretanto, que essa unificação foi apenas formal, pois esses dois ramos do direito continuam autônomos, com regras e princípios próprios, apenas estão dispostos no mesmo código. Reporta-se necessário informar o contexto histórico em que surgiu a teoria da empresa. André L. S. C. Ramos¹⁸ retrata isto muito bem:

Em 1942, ou seja, mais de um século após a edição da codificação napoleônica, a Itália edita um novo Código Civil, trazendo enfim um novo sistema delimitador da incidência do regime jurídico comercial: a teoria da empresa. (...) O mais importante com isso foi que o direito comercial deixou de ser, como tradicionalmente o foi, o direito do comerciante (período subjetivo das corporações de ofício) ou o direito dos atos de comércio (período objetivo da codificação napoleônica), para ser o direito da empresa, o que o fez abranger uma gama muito maior de relações jurídicas.

Ainda conforme o mesmo autor, a teoria da empresa não limita o direito comercial a regular apenas as relações jurídicas em que ocorra a prática de determinado ato definido em lei como ato de comércio. A teoria da empresa, diferentemente, faz com que o direito comercial não se ocupe somente de alguns atos, mas com uma forma específica de exercer uma atividade econômica: a forma empresarial. Assim, em regra, qualquer atividade econômica, desde que exercida empresarialmente, está submetida à disciplina das regras do direito empresarial.

¹⁶ A título exemplificativo, o código suíço de 1881 estabeleceu o Código Federal das Obrigações.

¹⁷ O Brasil diferencia-se do modelo italiano no que tange ao conceito de empresário, visto que, na Itália, separa-se o conceito de empresário agrícola do empresário comercial e, bem como no que tange a consideração da dimensão empresarial, em virtude do modelo italiano ter concedido benefícios às empresas menores.

¹⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. São Paulo: Método, 2011, p.8-9.

Desta forma, para esta teoria, o que for exercido como atividade de empresa será regido pelas leis comerciais. Assim, resta saber o que seria empresa para saber o âmbito de incidência do direito empresarial.

Alberto Asquini¹⁹, um jurista italiano à época do Código Italiano de 1942, entende que empresa não é um fenômeno com um único significado, mas sim como um fenômeno poliédrico com quatro perfis diferentes no âmbito jurídico. Ele qualifica os perfis em subjetivo, objetivo, funcional e corporativo. No perfil subjetivo, entende empresa como a pessoa que irá exercê-la, não importando se física ou jurídica, ou seja, o empresário. Já no objetivo, vê a empresa como um conjunto de bens, sejam eles materiais ou imateriais, que são utilizados na consecução de determinada atividade econômica. No caso do funcional, a empresa seria a atividade econômica que se organiza para um determinado fim. E, por último, o corporativo que entende a empresa como os colaboradores que nela trabalham para a concretização de uma finalidade econômica comum.

Apenas três desses quatro perfis ainda são utilizados atualmente. A ideia de empresa como perfil corporativo, como menciona André L. S. C. Ramos²⁰, está ultrapassada, pois só se sustentava a partir da ideologia fascista que predominava na Itália quando da edição do Código Civil de 1942.

Os outros conceitos, entretanto, continuam válidos na figura do empresário que seria o perfil subjetivo, do estabelecimento empresarial no objetivo e da atividade empresarial no funcional. Ainda em conformidade com André Luiz, ele diz que é muito comum usar-se a expressão empresa com vários significados. E informa, como exemplo, os seguintes casos: (i) que determinada empresa está contratando funcionários, (ii) que uma empresa foi vendida por um valor muito alto.

A partir de tais exemplos, observa corretamente o autor que quem contrata os funcionários não é a empresa, mas sim, o empresário; e o que foi vendido não foi a empresa, mas sim o estabelecimento comercial. Assim, concluiu que o direito tem expressões específicas quando se refere à empresa, nos seus perfis subjetivo (empresário) e objetivo (estabelecimento comercial), mas não a tem quando se refere à empresa no seu perfil funcional. Na busca de solucionar o problema, afirma:

¹⁹ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo: Malheiros, v.35, n.104, p. 109/126, out./dez, 1996.

²⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito **Empresarial Esquemático**. São Paulo: Método, 2011, p.10.

Nesse caso, resta-nos recorrer a um raciocínio tautológico: empresa é empresa. Melhor dizendo, o mais adequado sentido técnico-jurídico para a expressão empresa é aquele que corresponde ao seu perfil funcional, isto é, empresa é uma atividade econômica organizada. Assim, quando quisermos fazer menção à empresa no seu perfil subjetivo, o correto é usar a expressão empresário (ex.: determinado empresário está contratando funcionários). Quando quisermos fazer menção à empresa no seu perfil objetivo, o correto é usar a expressão estabelecimento empresarial (ex.: um estabelecimento empresarial foi vendido por um valor muito alto). Por outro lado, quando quisermos fazer menção à empresa no seu perfil funcional, ou seja, como uma atividade, o correto é usarmos simplesmente a expressão empresa (ex.: o objeto social daquela empresa é a exploração de uma empresa de prestação de serviços de tecnologia).

O código brasileiro não trouxe expressamente o conceito de empresa, porém trouxe o conceito de empresário e é a partir dele que se chega à definição de empresa. Assim, de acordo com o artigo 966 do CCB, empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. A empresa nada mais é do que a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços.

O que se pode perceber, então, é que empresa é um conceito abstrato. Rubens Requião²¹ traz uma explicação mais clara do conceito abstrato de empresa, tal qual:

Empresa é essa organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, ipso facto, a empresa. Daí por que o conceito de empresa se firma na ideia de que é ela o exercício de atividade produtiva. E do exercício de uma atividade não se tem senão uma ideia abstrata.

A empresa no direito brasileiro é considerada como um objeto de direitos. Isto, porque ela possui uma proteção jurisdicional. Alguns autores tentaram ver a empresa como sujeito de direitos, porém não vingou esta tese, pois a sociedade empresária, aquela que é constituída em conformidade com as exigências da lei, é que se torna uma pessoa jurídica, um sujeito de direito, mas não a empresa. O autor supracitado²² traz um exemplo que facilita distinguir esses conceitos: pode haver sociedade empresária sem empresa. Duas pessoas juntam seus cabedais e formam o contrato social, e o registram no local correto de registro de empresas. Eis aí a sociedade, e, enquanto estiver inativa, a empresa não surge.

Eis, portanto, a delimitação do Direito Comercial no Brasil. Será considerada comercial a atividade que for organizada e exercida profissionalmente para a produção ou circulação de bens ou serviços. Será organizada quando os fatores de produção (capital, mão de obra,

²¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1, p.83.

²² *Ibid.*, p.85.

insumos e tecnologia) estiverem articulados. É profissional quando aquela atividade é exercida com habitualidade e não esporadicamente. Produção de bens ou serviços é fabricar o produto ou prestar o serviço, já a circulação é a intermediação dos produtos e serviços, trazendo-os mais próximos do consumidor. E, dessa forma, será empresário aquele que exercer essa atividade organizada, profissional para a circulação de bens e/ou serviços, como assim informa expressamente o Código Civil Brasileiro em seu artigo 966.

1.2.1 Do conceito de elemento de empresa

Ao passo que o art. 966²³, caput, do CCB define e conceitua o empresário – e por via indireta conceitua a empresa para o ordenamento jurídico brasileiro - o parágrafo único do mesmo dispositivo legal institui uma exceção ao conceito definido no caput, ou seja, diz expressamente que quem, embora exerça atividade organizada e profissional, não pode ser considerado, para os fins do Direito Empresarial, como empresário.

O Código Civil brasileiro, expressamente, exclui as atividades intelectuais, científicas, literárias e artísticas do conceito de empresário e, por consequência, do conceito de empresa. Em outras palavras, o literário, ainda que exerça profissionalmente sua atividade, não é considerado empresário e, portanto, não pode ser o sujeito do Direito Empresarial. Dessa constatação, decorrem dois questionamentos básicos: por qual motivo houve a exclusão dessas atividades? E, em nenhuma hipótese, os profissionais de tais atividades poderão ser enquadrados como empresários?

Quanto ao primeiro questionamento, tem-se que “pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como os fazem os artistas”, entretanto nesse tipo de atividade econômica, “falta aquele elemento de organização dos fatores de produção”; essa ausência ocorre porque a “coordenação e fatores” é “meramente acidental”, sendo o “esforço criador” implantado “pela própria mente do autor”²⁴, ou seja, há um caráter de pessoalidade na atividade prestada pelo profissional dessas atividades econômicas. Em suma, a procura por um profissional intelectual não se dá pela organização dos fatores de produção,

²³ Art. 966: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, **salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.** (grifo meu).

²⁴ WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil, livro II, do direito de empresa.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.XIV, p.45.

mas sim, pelo seu renome e conhecimentos adquiridos, o que não se coaduna com a necessidade de organização e impessoalidade da empresa²⁵.

Por outro lado, é possível que as atividades, em regra, excluídas do conceito de empresário – e de empresa – sejam elementos da empresa desenvolvida, caracterizando, em tais casos, a pessoa – física e jurídica – que as organiza e as exerce como empresário, nos termos do *caput* do art. 966, do CCB. A legislação brasileira, ao mesmo tempo em que exclui determinadas atividades, permite, em certas condições, que essas mesmas atividades sejam enquadradas e exercidas de maneira empresarial. Mas o que seria e como é definido esse elemento de empresa?

Avançando na resposta do segundo questionamento feito anteriormente, é importante esclarecer o entendimento da legislação brasileira para a questão do elemento de empresa. Para empreender tal esclarecimento, faz-se necessário rememorar o fato de que o empresário organiza diversos fatores de produção para o exercício de sua atividade econômica. Nesse sentido, quando a atividade intelectual, científica, artística ou literária é mais um fator de produção organizado, transformando-se em um dos elementos da empresa, pode-se dizer que o sujeito que a presta é um empresário e a atividade econômica será empresarial. Clélio Gomes dos Santos Júnior²⁶ afirma:

Assim, cada fator de produção reunido para a formação da organização constitui um elemento de empresa. São elementos de empresa os bens, o capital e o trabalho. A doutrina contemporânea em economia tem somado aos três meios de produção clássicos um novo, qual seja, a empresarialidade, que se identifica com a atividade do empresário, como capacidade de organização. A empresa é formada por todos esses elementos. Quando a atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística for absorvida como um dos fatores de produção, ela constituirá um elemento de empresa.

Percebe-se, portanto, que com a organização das atividades econômicas eminentemente pessoais, quando organizadas em fatores de produção, ganhando um caráter de impessoalidade, podem ser enquadradas como elementos da empresa, ou seja, um dos fatores de produção organizados para o exercício da atividade econômica do empresário²⁷. Embora o

²⁵ Nesse mesmo sentido: Não há empresa na atuação que está fortemente marcada pelo elemento pessoal, ainda que gozando do auxílio ou da colaboração de outros; não há intuito de empresa, não há prática de empresa, não há procedimento de empresa, não há patrimônio de empresa. (MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.v.1, p.34.

²⁶ JUNIOR, Clélio Gomes dos Santos. **A evolução do elemento de empresa e elemento de empresa**. In: Anais XVIII do Congresso Nacional do Conpedi. São Paulo, 2009, p.3875.

²⁷ Nesse mesmo sentido são claros os enunciados de nº. 194 e 195 da III Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: 194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida; 195 – Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da

conceito de elemento de empresa seja o já explicitado, há autores, como Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa²⁸, que afirmam que, embora “a atividade intelectual leva seu titular a ser considerado empresário se ela estiver integrada em um objeto mais complexo, próprio da atividade empresarial”, a ressalva contida no parágrafo único está mais clara, podendo ser substituída a “redação equivocada por outra, ou seja, “salvo se o exercício da profissão constituir parte do objeto da empresa”. Não obstante a falta de clareza do dispositivo legal, a doutrina brasileira já aclarou situação e conceituou o denominado elemento de empresa, possibilitando a prestação de serviços de serviços pessoais na forma empresarial, desde que seja mais um elemento organizado – um fator de produção – da empresa²⁹.

atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

²⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004.v.1, p.142-143.

²⁹ Vale frisar que no Brasil existem atividades que, por lei, não podem ser organizadas da forma empresarial, como, por exemplo, o exercício da advocacia, conforme o art. 16 da Lei Federal de nº. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)

2 DOS PRINCÍPIOS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Para o doutrinador português, José Joaquim Gomes Canotilho³⁰, “os princípios jurídicos são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos.”.

De acordo com Robert Alexy³¹, é importante diferenciar princípios e regras, espécies do gênero “norma”. As regras são normas que exigem algo de definitivo, aplicando-se na forma de subsunção. Os princípios, por sua vez, exigem que sejam realizados da melhor maneira possível, atentando-se as possibilidades de fato e de direito, aplicando-se a técnica da ponderação. Assim, os princípios passam a ser vistos como mandados de otimização pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e o seu cumprimento depender não apenas da possibilidade fática como também da possibilidade jurídica, sendo que uma não existe sem a outra.

Para Dworkin³², as regras são aplicáveis na forma do “tudo ou nada”, assim ela apenas poderá ser considerada válida ou não. Os princípios jurídicos, na visão desse autor, não pretendem estabelecer quaisquer condições que tornam sua aplicação necessária. Ao contrário, visam exprimir uma razão para sua aplicação de acordo com cada caso especificamente apresentado. O autor distingue, ainda, os princípios de política, o que não é abordado por Alexy. Dessa forma, o princípio visa estabelecer um padrão de justiça, equidade, devido procedimento ou qualquer forma de moralidade. Já a política, visa estabelecer a melhoria de algum aspecto econômico, político, ou social de determinada sociedade.

Dito isso, percebe-se que os princípios são vistos como fórmulas condensadoras dos valores fundamentais do sistema, que dão uma estrutura coerente e flexível, servindo de diretriz do sistema normativo, pois estão suficientemente determinados para compreender determinadas consequências jurídicas.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1164.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.83 e ss.

³² DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.37 e ss.

Com isso, serão estudados os princípios basilares existentes nas relações contratuais, os quais se aplicam ao estudo em questão: o princípio da autonomia privada; da boa-fé contratual; e da igualdade.

2.1 O princípio da autonomia privada

Etimologicamente a palavra “autonomia” vem do grego antigo “*autós* (por si mesmo) e *nomos*, (lei)”, que, em conjunto, são interpretados como “aquele que estabelece suas próprias leis”³³. Doutrinariamente, autonomia é entendida como “o aparelho motor de qualquer consciente regulamento recíproco de interesses privados”³⁴.

O conceito de autonomia privada difere do de autonomia da vontade. Aquele fixa a vontade das partes dentro ordenamento jurídico, tornando, portanto, a vontade como “lei”. A autonomia de vontade, contrariamente, possui expressão unicamente no subjetivo das partes, não interferindo no “mundo jurídico”.

Em sentido amplo, a autonomia privada passa a ser o espaço de liberdade facultado a cada um dentro da ordem jurídica, englobando tudo quanto as pessoas possam fazer, sobre um prisma material ou jurídico. E, em sentido estrito, equivale ao espaço de liberdade jurídica, ou seja, a área reservada para que as pessoas possam desenvolver as atividades jurídicas que acharem pertinentes³⁵.

Percebe-se, portanto, que autonomia privada “é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas”³⁶. A autonomia privada e o negócio jurídico tendem a ser vistos, pois, como correspondentes. O negócio jurídico é o modo de ser ou de manifestar-se da autonomia privada³⁷. O instrumento da autonomia privada em sua dimensão patrimonial é o negócio jurídico, fonte do Direito das Obrigações, incluindo os contratos e as declarações de vontade. O relevo desse princípio no Direito das Obrigações

³³ ZATTI, Vicente. **Autonomia e educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <www.pucrs.com.br>. Acesso em: 24 set. 2014.

³⁴ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969, v.1, p.88.

³⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral**. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.391.

³⁶ RIBEIRO, Joaquim Sousa de. **O Problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2003. Teses, p.21.

³⁷ *Ibid.*, p.33.

comunica-se com o Direito Comercial e o Direito do Trabalho; neste proliferam, contudo, regras injuntivas, tal como ocorre em algumas áreas contratuais³⁸.

José Abreu Filho³⁹ ressalta a função nitidamente normativa da autonomia privada, sua essência tipicamente negocial e vinculativa ao ordenamento, traço fundamental, uma vez que não se pode conceber a autonomia privada, assim como o negócio jurídico, que serve como seu instrumento, sem a presença do direito.

O princípio da autonomia privada, chamado tradicionalmente dessa forma pela doutrina alemã⁴⁰, é derivado do princípio da autodeterminação dos povos⁴¹, "é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício da sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica"⁴².

Esse princípio pode ser compreendido sob o ponto de vista técnico e institucional (e estrutural). Neste, a autonomia privada constitui-se como um dos princípios fundamentais do direito privado, com o reconhecimento da existência de uma atuação de particulares com eficácia normativa. Sob o enfoque técnico, é demonstrada a importância prática desse princípio, visto que funciona como verdadeiro poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem, bem como funciona como princípio informador do sistema jurídico; funciona, também, como critério interpretativo, pois aponta o caminho a ser seguido na pesquisa e no enfoque jurídico⁴³.

Ressalta-se, todavia, que o princípio da autonomia privada não é ilimitado. Encontra seus limites na ordem pública e nos bons costumes. Entende-se por ordem pública as normas jurídicas imperativas, ou seja, que não podem ser afastadas pela vontade das partes, que

³⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral**. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.394.

³⁹ FILHO, José Abreu. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.44.

⁴⁰ FROMONT, Michel. **L'autonomie de la volonté et les droits fondamentaux en droit privé allemand**. In: *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques: études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*. Bruxelas: Bruylant, 2000, p.337.

⁴¹ "A autodeterminação, como conceito pré-jurídico, assinala o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências. É um conceito mais amplo que autonomia privada e, necessariamente, um conceito de valor. Ligado consequencialmente, ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana, como um fim em si, é uma forma de expressão da sua dignidade e individualidade próprias – por isso ela, ao contrário da autonomia, não pode ser reportada a entes públicos. (...) A autonomia privada relaciona-se com a autodeterminação como um meio para o seu fim (um de seus fins)". (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O Problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003. Teses, p. 22-30).

⁴² AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.337.

⁴³ *Ibid.*, p.338. Exemplo no direito brasileiro: arts. 85, 1.090, 1.483 e 1.666 do Código Civil. Exemplos no direito português: arts. 81°, 405°, 1.263° a), 1.318° do Código Civil Português.

regulam os interesses principais da vida em sociedade. São consideradas as normas fundamentais do sistema jurídico. Por bons costumes, compreendem-se as regras comumente aceitas por determinada sociedade, regras estas que não estão escritas no ordenamento jurídico, visto terem apenas um caráter moral⁴⁴.

Hodiernamente, em decorrência da crescente intervenção do Estado nas relações particulares, esse princípio tem sofrido uma redução no seu campo atuante. O interesse público é colocado acima do interesse privado, porém não o anula. O Estado vem apenas limitar. “Permanece, como regra, a liberdade de contratar e de estabelecer o conteúdo do contrato, devendo ser excepcional a intervenção do Estado ao estabelecer a obrigatoriedade de certos contratos e de cláusulas e preços prefixados”⁴⁵.

2.1.1 O princípio da liberdade contratual

É uma componente e relevante manifestação da autonomia privada⁴⁶. A liberdade contratual é um ramo específico da autonomia privada, visto que esta aparece em diversos ramos do direito. O CCB, em seu art. 421 e o CCP, no art. 405º, refere-se diretamente à expressão “liberdade contratual”, ao invés da expressão “autonomia privada”, justamente pelo fato de a liberdade contratual ser mais restrita às questões contratuais.

Doutrinariamente, destaca-se a diferença entre “liberdade de contratar”, sendo esta uma faculdade concedida às partes de escolherem com quem desejam contratar e “liberdade contratual”, que “pode ser definida como liberdade de dispor sobre o conteúdo e interesses das partes, clausulando-os ao alvitre das partes.”⁴⁷ Essa diferença, todavia, na prática, é pouco perceptível, sendo, muitas vezes, esses conceitos tratados como sinônimos.

De acordo com Pinto Monteiro⁴⁸, “a liberdade contratual, na sua vertente de liberdade de modelação do conteúdo contratual (*Gestaltungsfreiheit*), permite que cada parte decida livremente acerca dos deveres que assume, das obrigações que contrai, desde que obtenha o acordo do outro contratante”.

⁴⁴ Para maiores informações sobre a diferença entre moral e bons costumes, c.f.: PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.349.

⁴⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2003. Tese, p.21

⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Liberdade Contratual**. In: Enciclopédia Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v.49, p.371.

⁴⁸ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas Limitativas do Conteúdo Contratual**. In: Estudos de Direito da Comunicação, Coimbra: Almedina, 2002, p.194.

Segundo Orlando Gomes⁴⁹, a liberdade contratual, como fundamento da autonomia privada, reverte-se da seguinte forma:

- a) Liberdade de contratar ou deixar de contratar; b) liberdade de negociar e de determinar o conteúdo do contrato; c) liberdade de celebrar contratos atípicos; d) liberdade de escolher outro contratante; e) liberdade de modificar o esquema legal do contrato; f) liberdade de agir por meio de substitutos; g) liberdade de forma.

Assim, esse princípio acarreta dois efeitos: o efeito obrigatório do contrato e o efeito relativo⁵⁰. Se as partes celebram um contrato por livre vontade, a palavra dita e trocada impõe o cumprimento do contrato, tornando-o obrigatório. É a ideia do *pacta sunt servanda*. Sob esse mesmo raciocínio, se as partes livremente manifestaram seu aceite em contratar, e este os vincula, só poderá vincular aqueles que aceitaram contratar, de modo que todos os que se encontrem fora do contrato, por não terem manifestado o consentimento, por ele não podem ser atingidos⁵¹.

Em relação à forma, nesse princípio contratual, vigora o consensualismo, ou seja, o simples consentimento das partes é o necessário para a celebração do contrato, não importando, portanto, a maneira como esse consentimento é dado. Ressalta-se, todavia, que há negócios nos quais a forma é essencial, como, por exemplo, no Brasil, a outorga de mandato ou, ainda, a compra e venda de imóveis.

O princípio da liberdade contratual, igualmente ao princípio da autonomia privada, até porque dele se origina, vem, cada vez mais, sendo limitado. “Em decorrência das mudanças econômicas e sociais decorrentes da revolução industrial e tecnológica e o surgimento de novos institutos jurídicos”⁵², que acabaram por diminuir a possibilidade das partes intervirem na relação contratual, apenas se limitando a aceitar ou não determinado contrato⁵³. Porém, assim como no princípio da autonomia privada, é uma questão apenas de limites.

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.81-82.

⁵⁰ Para muitos doutrinadores, esses dois efeitos são, também, considerados princípios contratuais.

⁵¹ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Princípios do direito contratual no código de defesa do consumidor: autonomia privada e boa-fé**. Algumas reflexões sobre a sua harmonização. In: *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.9. (Série GVlaw)

⁵² AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.351.

⁵³ A partir do momento em que certas operações se tornam correntes, realizadas por um número indeterminado de pessoas humanas e jurídicas, exigências de simplificação e racionalização de custos e de eficiência, celeridade e segurança na contratação levam os operadores a elaborar formulários ou impressos com um conjunto de cláusulas que os clientes não estarão em condições de discutir. Concluir ou não o contrato é a liberdade que resta ao cliente. C.f.: SILVA, João Calvão da. *Contratação por cláusulas contratuais gerais (Contratos de adesão)*. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n.39. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2011.

Dessa forma, percebe-se que a necessidade de padronização dos contratos está diminuindo a possibilidade de negociação e interferência no desenho contratual. Nos contratos de adesão, a liberdade de uma das partes está restrita a aceitar, ou não, determinado contrato. Ocorre que, como se verá, em alguns casos, aquele determinado contrato faz-se necessário e inexistindo a possibilidade de recusa. Assim, nesses casos, praticamente não existe a liberdade contratual, bem como a autonomia privada.

2.2 O princípio da boa-fé contratual

“Na linha possibilitada por uma ciência jurídica sensível às realidades e capaz de alterar, em função delas, o próprio sistema, a boa fé esteve na base de praticamente todas as inovações jurídicas verificadas, no Direito Civil, nos últimos cem anos.”⁵⁴. Para uma melhor compreensão desse princípio, é necessária uma breve introdução histórica⁵⁵.

Surgiu, inicialmente, no direito romano, como *fides*. Este nome adveio de um culto que os romanos faziam à Deusa Fides, para que esta desse segurança às estipulações contratuais, como uma maneira de garantir o cumprimento das obrigações.

A *fides*, a depender do seu período evolutivo, transformou-se em vários tipos, de acordo com Menezes Cordeiro⁵⁶:

Uma *fides*-poder, própria das relações entre o *patronus* e o *cliens*, que evolui para a virtude do mais forte; uma *fides*-promessa, característica de quem assumisse determinada adstrição que, centrada primeiro num ritual exterior, progride depois para a ideia de respeito pela palavra dada; uma *fides*-externa, que sujeitava os povos vencidos ao poder de Roma.

Após isso, a *fides* atingiu o conceito de *bona fides* (ou boa fé). O autor supracitado⁵⁷ informa que este conceito:

⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português – Parte Geral**. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.403.

⁵⁵ “A natureza juscultural da boa fé implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.18. Para maiores informações da evolução histórica sobre a “boa-fé”: c.f.: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no Direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

⁵⁶ CORDEIRO. António Menezes. **Tratado de direito civil português – Parte Geral**. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.399.

⁵⁷ *Ibid.*, p.401.

[...] permitiu, no Direito romano clássico, a criação de figuras essenciais que constituem, ainda hoje, o cerne do moderno Direito das obrigações; além disso, ela facultou um esforço geral no sentido de desformalizar o Direito, de modo a obter soluções fundadas no próprio mérito substancial das causas a decidir. Mas essa vitória foi a sua perda momentânea: criados os institutos e implantado o regime, a *bona fides* perdeu um sentido técnico preciso, tornando-se apta, apenas, para transmitir uma vaga ideia apreciativa.

A *bona fides* também passou a ser desenvolvida na esfera de direitos reais, como requisito para a defesa da posse, nos institutos da *usucapio*, *longi temporis praescriptio* e da *praescriptio longissimi temporis*. Nesses casos, os romanos apenas exigiam esse requisito no momento do indício da posse, não interferindo no direito do possuidor que a possuísse por eventual má fé superveniente⁵⁸.

O direito canônico também influenciou a boa fé. Aqui, ela era considerada como a ausência do pecado. Como bem expressa Menezes Cordeiro em seu livro “Da boa fé no Direito Civil”⁵⁹:

A boa fé, que de conceito técnico-jurídico evoluíra, no Direito romano, para um lugar-comum retórico, não escaparia a este movimento. Dentro do Direito canônico, ganhou uma dimensão axiológica, a entender dentro do espírito do pensamento cristão. O que é perfeitamente retratado pela afirmação aplaudida de Ruffini: a boa fé canônica traduz a ausência do pecado.

No decorrer da Idade Moderna, a boa fé passou a predominar nas concepções jurídicas em face do *princípio solus consensus obligat* (os contratos, em regra, são consensuais), que justifica a imperatividade de se respeitar os contratos firmados, prevalecendo a intenção sobre a forma⁶⁰.

A Escola da Exegese⁶¹ pregava a inclinação à lei e ao individualismo congregado ao princípio da autonomia de vontade; não possibilitava, portanto, que o juiz interpretasse e

⁵⁸ FILHO, Romeu Martins Ribeiro. **Abuso de direito e boa-fé**: Um estudo sobre a sistematização do instituto do abuso de direito e a aplicabilidade do princípio da boa-fé como meio de coibir práticas abusivas nas relações contratuais. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008, p.60.

⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.159.

⁶⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1995, p.59.

⁶¹ A Escola da exegese “surgiu na França, entre os cultores do direito civil, logo após o advento do Código Civil Napoleônico de 1804. A influência dessa escola, contudo, ultrapassou as barreiras da França e se fez presente na maior parte dos países da Europa continental do século XIX, sendo que, ainda hoje, exerce uma influência significativa no ensino e prática do direito. (...) Assentou-se sobre os seguintes fundamentos: 1º) riqueza da legislação, a partir da promulgação dos códigos, torna praticamente impossível a existência de lacunas; 2º) na hipótese de lacuna, deve o intérprete se valer dos recursos fornecidos pela analogia; 3º) a interpretação tem como objetivo investigar a vontade do legislador (voluntas legislatoris), tendo em vista ser este o autor da lei”. LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v.97, p. 106-111, 2008. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/>>. Acesso em: 24 set. 2014.

aplicasse adequadamente a lei, o que ocasionou muitas situações causadoras de abuso da liberdade contratual. Por esse motivo, ocorreu uma limitação da liberdade contratual através de conceitos que delimitavam aquele princípio, representados, muitas vezes, por valores de ordem moral. Em decorrência disso, o princípio da boa fé ganhou força na teoria dos contratos, como mecanismo regulador do comportamento das partes, em que a lealdade e confiança se tornam pontos norteadores da liberdade contratual ⁶².

No direito alemão, a boa fé recebeu a sua força normativa, a qual passou a ser valorada de maneira autônoma, como princípio fundamental do direito obrigacional⁶³. Ao princípio da boa-fé, em sentido literal, disposto no § 242 do BGB, cabe concretizar a maneira da realização da prestação pelo devedor. A boa fé trabalha como meio de integração do conteúdo vinculativo da relação obrigacional, constituindo deveres acessórios de conduta das partes, além de se apresentar como princípio regulador do sentido das declarações negociais ⁶⁴.

Foi o direito alemão que deu origem à divisão dos sentidos da boa fé. Dividiu-a em boa fé objetiva e subjetiva. No sentido subjetivo (*guter Glaube*), ela traduz a não consciência de prejudicar os outros. No objetivo (*Treu und Glaube*), ela materializa-se em uma regra de conduta, a ser observada pelas pessoas no cumprimento da obrigação ⁶⁵.

A boa fé subjetiva diz respeito a um elemento proposital do indivíduo, que manifesta um estado ou situação de espírito que envolve o convencimento ou consciência de se ter um comportamento de acordo com o direito. Assim, almeja-se uma atuação de ou em boa fé⁶⁶. Tem como oposto a “má fé”, que também é conhecida pela lei civil com efeitos diversos ⁶⁷. “A boa fé subjetiva revela-se, afinal, como realidade afeita as regras de conduta, (...), quando as regras de conduta foram cumpridas: há boa fé; quando não o foram, surge a má fé.” ⁶⁸.

⁶² FILHO, Romeu Martins Ribeiro. **Abuso de direito e boa-fé**: Um estudo sobre a sistematização do instituto do abuso de direito e a aplicabilidade do princípio da boa-fé como meio de coibir práticas abusivas nas relações contratuais. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2008, p.62.

⁶³ ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: RT. 815, 2003, p.176.

⁶⁴ Obs.: O Código Alemão, ao falar da boa-fé, referiu-se, apenas, expressamente, ao devedor, porém, em casos práticos, este dever foi estendido também ao credor. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 542.

⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português – Parte Geral**. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.403.

⁶⁶ ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Coimbra: policopiada, 1983, p.90.

⁶⁷ CORDEIRO MENEZES. António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.407.

⁶⁸ Ibid., p.524.

Pode ser dividida em dois sentidos: o psicológico e o ético. Nas palavras de António Menezes Cordeiro⁶⁹:

Em um sentido puramente psicológico: estaria de boa fé quem pura e simplesmente desconhecesse certo facto ou estado de coisas, por muito óbvio que seja. E em um sentido ético: só estaria de boa fé quem se encontrasse num desconhecimento não culposo; noutros termos: é considerada de má fé a pessoa que, com culpa, desconheça aquilo que deveria conhecer.

Por outro lado, a boa fé objetiva constitui “um princípio norteador das condutas das partes, um padrão objetivo de comportamento e, concomitantemente, um critério normativo da sua valoração.”⁷⁰. “A rigor, há um *standard* realmente genérico que considera o que normalmente se espera de pessoas de boa-fé em dadas circunstâncias e, a seguir, uma concretização específica que considera as características do caso individual”⁷¹.

O princípio da boa fé objetiva tem três funcionalidades específicas, tais quais: a função interpretativa, a criadora de deveres jurídicos anexos e a delimitadora. A interpretativa é a mais comum entre todas, é a função que o aplicador do direito utilizará para, em determinado caso concreto, avaliar o grau de moralidade e sociabilidade do ato. Como exemplo, o CCB traz essa função interpretativa da boa-fé em seu artigo 113, que diz: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A função criadora traz deveres que devem ser cumpridos por todas as partes em todas as fases negociais, inclusive, pré e pós negocial, como o dever de lealdade, informação, assistência, entre outros. O CCP traz essa função em seu artigo 762º que informa: “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”. Na função delimitadora, evita-se que aconteçam abusos de direito por uma das partes, assim como traz o artigo 334º do CCP: “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

⁶⁹ CORDEIRO MENEZES. António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.524-525.

⁷⁰ RÊGO, Nelson Melo de Moraes. **Da boa-fé objetiva nas cláusulas gerais de direito do consumidor e outros estudos consumeristas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.24.

⁷¹ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Princípios do direito contratual no código de defesa do consumidor: autonomia privada e boa-fé**. Algumas reflexões sobre a sua harmonização. In: *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade económica*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw).

O direito português atual traz as duas vertentes da boa fé (a objetiva e subjetiva)⁷². A boa fé objetiva, em Portugal, é mais acentuada no direito das obrigações e nos direitos do consumidor. Como exemplo da boa fé objetiva, têm-se os seus artigos 3º, 239º, 272º, 437º do CCP. Efetiva-se em cinco institutos: culpa in *contrahendo*; integração dos negócios; abuso do direito; modificação dos contratos por alteração das circunstâncias; complexidade das obrigações. Na esfera subjetiva, o direito português adota somente a boa-fé subjetiva em sentido ético. Encontra-se disposta em alguns artigos do código civil, tais como: 119º, 291º, 1260º, 1648º, entre outros.

No direito brasileiro, a boa fé é um instituto relativamente recente. Teve a sua consagração com o Código de Defesa do Consumidor em 1990. Anteriormente, o projeto do Código Civil de 1916 trouxe vários artigos relativos à boa fé, porém foram retirados pelos legisladores⁷³. O Código Civil de 1916 chegou a se referir a tal princípio apenas em alguns contratos nominados, como em seus artigos 1.404 e 1.443⁷⁴. Apesar disso, os doutrinadores e julgadores da época já aplicavam tal princípio em suas obras e decisões.

Com o Código Civil de 2002, a boa-fé foi consagrada como cláusula geral, sendo aplicada no âmbito consumerista (já o era, desde o Código de Defesa do Consumidor de 1990), obrigacional, contratual e em todas as relações jurídicas, como bem informa o art. 422 do CCB⁷⁵. O direito brasileiro traz cada vez menos a aplicação da boa fé subjetiva, vigente, ainda, em determinados assuntos, tais como em direitos reais e no casamento putativo.

Assim, percebe-se que o princípio da boa fé é de suma importância na seara contratual, bem como em outras áreas também. Ressalta-se que não apenas o direito português e o brasileiro, como também outros ordenamentos jurídicos consagram tal princípio.

⁷² O código de Portugal deu bastante importância ao princípio da boa-fé, transformando-o em um preceito fundamental no direito das obrigações.

⁷³ COSTA, Judith Martins. O projeto de Código Civil Brasileiro: em busca da ideia da situação. In: **Revista Jurídica**, ano 49, n.282. Porto Alegre: Notadez, 2001, p.27-53.

⁷⁴ **Art.1404.** A renúncia de um dos sócios só dissolve a sociedade (art. 1.399, V), quando feita de boa-fé, em tempo oportuno, e notificada aos sócios 2 (dois) meses antes. **Art. 1.443.** O seguro e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto como das circunstancias e declarações a ele concernentes.

⁷⁵ **Art. 422:** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

2.3 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade é bastante antigo e é consagrado em praticamente todas as Constituições atuais. Ana Prata⁷⁶, ao se referir à igualdade, informa que:

Juridicamente, a igualdade formaliza-se na atribuição de uma qualidade jurídica a todos os homens desde o seu nascimento: personalidade jurídica. A uniformização da condição jurídica de todas as pessoas não depende, pois do preenchimento de qualquer requisito suplementar ao da sua existência física. Mas a igualdade jurídica, se tem esta forma inicial e essencial de expressão, assume, decorrentemente dela, aliás, um outro sentido: o da proibição, para o Estado, de discriminação entre os sujeitos. Isto é, se juridicamente todo o homem é uma pessoa jurídica – definida, portanto, pela identidade recíproca -, isto significa que perante a lei todos os homens são iguais e que, conseqüentemente, ela tem de os tratar a todos uniformemente, não podendo operar discriminações entre eles.

O princípio da igualdade se comporta de maneira diferente quando analisado sob a ótica do direito público ou do direito privado. No ramo do direito público, a obtenção da igualdade foi muito mais lenta, principalmente quando comparada ao direito privado no ramo do direito das obrigações. Para esse trabalho, analisar-se-á sob a ótica do direito privado, preferencialmente no direito obrigacional.

Comumente, divide-se a evolução desse princípio em três estágios. O primeiro referente aos contratos mais pessoais, em que os contratantes, normalmente, se conheciam, negociavam a forma e os valores. O pressuposto era de que ambas as partes estariam em uma situação de igualdade, de tal forma que o contrato deveria ser cumprido integralmente, fazendo-se lei entre as partes. O apogeu desse estágio foi atingido quando a burguesia assumiu o poder político, visto que o Estado liberal da época não interferia nas relações privadas. Era a chamada igualdade formal.

O estágio subsequente veio com a Revolução Industrial, haja vista a completa mudança nas formas de trocas exercidas no mercado. Os produtos, que antes eram comercializados em pequenas quantidades, agora eram produzidos em larga escala. Com isso, era necessário também um aumento nas vendas de tais produtos, o que ocasionou a difusão das práticas abusivas. Em decorrência disso, os contratos deixaram de ser feitos nas relações pessoais para serem, então, impessoais. Com isso, o fornecedor passou a pré-formular as condições do

⁷⁶ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p.86.

contrato, restando pouca opção a outra parte na formação do contrato. Maria Cecília Amarantes⁷⁷ resume esse estágio da seguinte forma:

A questão da qualidade foi sufocada pela questão quantidade, evidenciando-se na predominância do princípio da produção máxima, afirmando no quanto mais produzimos, tanto melhor, em detrimento da qualidade de vida. E nessa sociedade de massas, fragilizada e impotente diante do poder econômico, posiciona-se como vítima da ganância desmedida e do desequilíbrio em todo o sistema, gerados pelo acelerado desenvolvimento econômico, o consumidor, reconhecidamente vulnerável, sensivelmente prejudicado pela massificação social.

É a partir de então que o conceito de igualdade perde um pouco o sentido. Em razão de as partes não terem formulado as cláusulas contratuais em conjunto, a parte que não participou do processo de formação do contrato, muitas vezes, teve que se submeter a certas condições que tornaram praticamente impossível o cumprimento de tal contrato, porém mesmo assim teria que o cumprir em face do *pacto sunt servanda*. “Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio (...), agora é o fornecedor que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, dita as regras.”⁷⁸.

Foi no terceiro estágio que a noção de igualdade foi sendo recuperada. Esse estágio acontece com a mudança do Estado Liberal para o Estado Social⁷⁹. Nesse contexto, desenvolveu-se a ideia da igualdade material. Essa ideia traz o fato de se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Nas palavras de Gomes e Silva:

No lugar da concepção ‘estática’ da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção ‘dinâmica’, ‘militante’ de igualdade, na qual, necessariamente, são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.

Assim, compreende-se que o princípio da igualdade “deve erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, cuidando de estabelecer até onde e em que condições as

⁷⁷ AMARANTES, Maria Cecília. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.13.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.7.

⁷⁹ O Estado Social passa a intervir nas relações privadas e não somente na pública como era no Estado Liberal.

desigualdades podem ser acompanhadas por tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação mais injusta”⁸⁰.

A Constituição portuguesa atual traz ambos os significados de igualdade, o formal e o substancial. O seu artigo 13º, n. 1 diz: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. A priori, em uma primeira leitura, pode-se extrair que a lei deve ignorar as desigualdades situacionais, devendo tratar todos os cidadãos da mesma maneira; porém, em uma análise pormenorizada da constituição portuguesa, percebe-se a atuação do Estado na promoção do bem estar e qualidade de vida da população. Assim, o princípio descrito no artigo 13º da Constituição informa que “o legislador não está impedido de operar discriminações, mas, pelo contrário, lhe é imposto operá-las, sempre que elas visem a realização e a promoção da igualdade, de facto ou juridicamente.”⁸¹.

No Brasil, o princípio da igualdade está inserido no art. 5º da Constituição Federal. Igualmente, a de Portugal traz a igualdade formal e material, devendo, também, ser feita uma análise da constituição em um todo.

Por fim, além da Constituição, outras leis trazem em seu conteúdo o princípio da igualdade, principalmente, material, como exemplo: a lei brasileira 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); a lei portuguesa nº 29 de 22 de agosto de 1981; a Carta do consumidor pelo Conselho da Europa de 1973, entre outras.

⁸⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, p.34.

⁸¹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p.95.

3 DOS CONTRATOS DE ADESÃO

O contrato de adesão “é uma manifestação tradicional da sociedade de massas; a racionalidade técnica da sociedade industrial acabou por acarretar a substituição da negociação individual entre sujeitos econômicos, pela aplicação repetitiva e uniforme de esquemas pré-fixados.”⁸². Nas palavras de Renata Mandelabaum⁸³:

As necessidades da vida contemporânea demandaram mecanismos, técnicas e modalidades mais convenientes e eficazes para a satisfação das exigências geradas pelo novo tráfico mercantil, resultando no abandono das técnicas negociais baseadas em oferta e contraoferta, para dar lugar a um mecanismo mais adequado, mais rápido, ágil e seguro, que implicou uma ruptura com o antigo sistema contratual, buscando a satisfação das novas realidades negociais.

Desta forma, as atividades mercantis deixaram de se desenvolver principalmente no plano individual para se desenvolver, mais fortemente, no plano intergrupar. Os contratos, portanto, passaram a ser em massa, evolução que culminou na figura do contrato de adesão, como consequência da ideia de autonomia da vontade, que acabou se concentrando na pessoa do empresário que redige o contrato, destituindo-se o aderente de qualquer aparente autonomia.⁸⁴

3.1 Evolução histórica dos contratos de adesão

A designação do nome “contrato de adesão” surgiu, na França, utilizada pelo doutrinador Saleilles na obra “*déclaration de volonté*” ao referir-se a uma modalidade contratual que se impunha cláusulas em bloco e sem possibilidade de discussão pelas partes.⁸⁵

Relata José Engrácia⁸⁶ que, historicamente, os primeiros contratos de adesão tiveram a sua gênese no tráfico contratual comercial, mais precisamente no domínio dos contratos bancários: surgidas em finais do século XIX, junto de “condições” ou termos negociais

⁸² ASCENSAO, Jose de Oliveira. Contrato de Adesão. In: **Revista da Universidade Gama Filho**, v.27, p.94, jan. 1986.

⁸³ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de Adesão e Contratos de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.126-127.

⁸⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.29-31.

⁸⁵ RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1927, p.101.

⁸⁶ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009, p.183- 184.

apostos nos livros de cheques dos clientes bancários. Afirma, ainda, que a evolução posterior, ocorrida ao longo do século XX, não fez senão confirmar este ligame genético. Com efeito, a empresa moderna, sobretudo a grande empresa nascida para a produção e distribuição econômica em massa de bens e serviços homogêneos, rapidamente exigiria o desenvolvimento paralelo de instrumentos jurídicos aptos a possibilitar a contratação em massa ou em grande escala: tal como uma empresa automobilística ou bancária não produz automóveis ou fornece serviços “por medida” aos seus potenciais clientes, também assim necessita de entrar em relação com estes através de processos estandardizados e uniformizados, estando fora de causa negociar caso a caso o conteúdo de milhares e milhares de contratos que se sucedem ininterruptamente.

Após a difusão desse tipo contratual, notou-se que a regra geral do código civil que disciplina os contratos seria insuficiente para diminuir as desigualdades causadas. Essa percepção foi sentida praticamente em todos os cantos do mundo em que se utilizou esse tipo contratual⁸⁷.

Isto ocorreu porque a parte que formulava as cláusulas contratuais (chamada de proponente), normalmente empresas, tinha uma proteção contratual ampla, em razão do princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual e, muitas vezes, os direitos da outra parte (chamada aderente) tornavam-se extintos ou bem reduzidos. Resumidamente, “se tratou de utilizar as suas próprias fórmulas de consagração ampla da liberdade contratual e da autonomia da vontade na regulamentação das obrigações, para desvirtuar o sistema, pela violação reiterada do equilíbrio e da justiça na contratação.”⁸⁸.

O Código Civil italiano de 1942, como pioneiro, trouxe uma medida de tentar amenizar essas desigualdades. Previu as chamadas condições gerais dos contratos e determinou que as cláusulas onerosas fossem expressamente aceitas, entretanto, tal medida não teve um efeito prático muito relevante, tendo em vista a impossibilidade de se analisar, pormenorizadamente, as cláusulas predispostas nos contratos em massa.⁸⁹.

⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil**, p.4. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

⁸⁸ MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. Sobre as Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito de Risco, In: **Separata da revista da faculdade de direito**, Lisboa, 1988, p.12-13.

⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil**. p.4. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

Posteriormente, em 1978, a lei alemã trouxe um conjunto de cláusulas contratuais proibidas em determinadas situações. Teve como intento, ao tomar essa medida, não somente assegurar a proteção ao aderente, mas também a intenção de melhorar o tráfego jurídico. Nas palavras de José Ascensão⁹⁰:

A lei alemã se destina a assegurar o tráfego jurídico. A primeira preocupação é impor que estas cláusulas se integrem no conteúdo do contrato. O critério determinante é colocado na cognoscibilidade: as cláusulas compõem o contrato, desde que ao destinatário seja dada a possibilidade de tomar conhecimento delas. Temos assim consolidada a categoria das 'condições gerais dos contratos', como cláusulas predispostas unilateralmente para uma generalidade de pessoas, que não têm possibilidade de discutir o seu conteúdo.

Portugal também se manifestou na intenção de amenizar as diferenças entre as partes contratuais. Instituiu um diploma avulso: o DL n° 446/85 de 25 de outubro (regime jurídico das cláusulas contratuais), que foi posteriormente alterado pelos decretos-lei n° 220/95 de 31 de agosto, n° 249/99 de 7 de julho e n° 323/2001 de 17 de dezembro. Todas essas alterações foram tomadas com base nas orientações da diretiva 93/13/CE da comunidade europeia⁹¹.

A legislação brasileira, a respeito do assunto, definiu expressamente em seu artigo 54 do CDC⁹² o que seria contrato de adesão e trouxe, também, no CCB de 2002, princípios e artigos com o intuito de limitar as diferenças entre as partes, tais como o princípio da boa-fé objetiva, princípio da igualdade material, entre outros.

3.2 Elementos, distinções e formação dos contratos de adesão

Por definição, os contratos de adesão afastam o aderente de qualquer intervenção na definição do conteúdo negocial, uma vez que os potenciais clientes das empresas ficam apenas com a opção entre aceitar ou rejeitar em bloco o contrato padronizado⁹³. A título de informação, ressalta-se que se define por proponente a parte que define as cláusulas

⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil**, p. 5. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

⁹¹Essa diretiva regula os contratos de adesão, visto que proíbe as cláusulas abusivas nos próprios, porém se limita apenas aos contratos de adesão feitos com consumidores.

⁹² A título de informação: art. 54 do CDC: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

⁹³ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009, p.186.

contratuais e por aderente a parte que recebe as propostas elaboradas unilateralmente e não as pode modificar.⁹⁴.

Há autores⁹⁵, todavia, que defendem que há liberdade contratual nos contratos de adesão. Entendem que recusar um contrato também é uma forma do exercício de liberdade. Assim, como a empresa não é obrigada a fornecer qualquer produto, a outra parte não é obrigada a aceitar qualquer cláusula. Apesar de entender e concordar, em parte, com a referida doutrina, no presente trabalho, defende-se os casos do contrato de adesão nos quais a opção de não contratar não é viável à outra parte, principalmente nos casos de abuso, dependência econômica ou de, apenas, falta de alternativa equivalente.

Após uma análise da doutrina portuguesa a respeito do tema, podem-se delimitar, como elementos do contrato de adesão, a pré-disposição, a unilateralidade e a rigidez. Entende-se por pré-disposição o fato de as cláusulas contratuais serem elaboradas previamente; por unilateralidade, entende-se que as cláusulas existentes foram elaboradas por apenas uma das partes; por fim, por rigidez, o fato de não poder haver negociação das cláusulas anteriormente elaboradas.

Pinto Monteiro⁹⁶ ainda distingue os contratos de adesão em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito, seriam os contratos com esses três elementos citados acima, já em sentido amplo, acrescentam-se às cláusulas mais duas características: a generalidade e a indeterminação (cláusulas contratuais gerais). Esses dois elementos informam que as cláusulas são feitas previamente para uma quantidade indeterminada de pessoas.

Já sob a análise da doutrina brasileira, os contratos de adesão se delimitam pelos seguintes elementos: consentimento por adesão, totalidade ou parte significativa do conteúdo constituído por cláusulas contratuais gerais e impossibilidade de discussão (ou modificação substantiva do conteúdo).

⁹⁴ Obs.: Há ainda quem entenda ser possível existir um contrato parcialmente de adesão, em que os contratos poderiam ser negociados parcialmente, não afastando a adesão. Nesse sentido, c.f.: MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções.** In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2001.

⁹⁵ A exemplo Karl Larenz e Guilherme Neto. NETO, Guilherme Fernandes. **Os contratos de adesão e o controle das cláusulas abusivas.** São Paulo: Saraiva, 1991, p.60.

⁹⁶ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções.** In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2001, p.1106-1110.

Por consentimento por adesão, entende-se que o contrato seja dividido em dois momentos. Em um primeiro momento, o proponente elabora as cláusulas e formula o contrato, oferecendo ao público. No segundo momento, o aderente se manifesta com o intento de aceitar determinado contrato anteriormente formulado. Assim, “o intento do predisponente é obter, de número indeterminado de aderentes, a aceitação passiva das mesmas condições, de sorte que seja invariável o conteúdo de todas as relações contratuais.”⁹⁷

O elemento referente à “totalidade ou parte significativa do conteúdo” caracteriza-se pelo fato de ser necessário que o contrato de adesão seja composto na sua maioria por cláusulas contratuais gerais. De toda forma, pode haver algumas cláusulas em que possa haver algum tipo de negociação, porém, enfatiza-se que a maioria delas tem de ser inegociável.

Por fim, o último elemento (a impossibilidade de discussão) refere-se ao fato de não poder haver, nas partes negociáveis, mudança significativa no conteúdo contratual, o que se quer enfatizar “é que a parte deixada a livre disposição dos contratantes não pode ser capaz de modificar substancialmente o conteúdo, sob pena de sendo uma margem de discussão muito ampla, descaracterizar o contrato como de adesão, em razão da prevalência da parte livremente negociada.”⁹⁸

Em relação aos elementos caracterizadores dos contratos de adesão, percebe-se que, apesar da doutrina portuguesa e brasileira adotarem elementos distintos, em ambas o significado é quase o mesmo, não diferindo, portanto, o conceito desse tipo contratual. Assim, tanto no Brasil, quanto em Portugal, os contratos de adesão têm as semelhantes características e funções.

Os contratos de adesão se diferem das cláusulas contratuais gerais. Para Pinto Monteiro⁹⁹:

A fórmula dos contratos de adesão é mais ampla, podendo não coincidir com a expressão cláusulas contratuais gerais. Na verdade, em regra, o contrato de adesão é concluído através de cláusulas contratuais gerais; mas pode acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas o requisito da generalidade (ou o da indeterminação), caso em que haverá contrato de adesão (estando presentes as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez) sem se poder falar de cláusulas contratuais gerais. Estas últimas são previamente elaboradas, numa palavra, tendo em vista a

⁹⁷ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: RT, 1972, p.9.

⁹⁸ FIUZA, Cezar. **Direito Civil – curso completo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.375.

⁹⁹ MONTEIRO, Antônio Pinto. Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, v.1, ano 62, jan., 2002. Disponível em: <<http://www.oa.pt>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

celebração, no futuro, de múltiplos contratos, que serão de adesão — mas tais contratos não deixarão de o ser se faltarem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação.

Ainda sobre essa diferença, Orlando Gomes¹⁰⁰ manifesta-se da seguinte maneira:

A figura jurídica nomeada contrato de adesão apresenta-se sob duplo aspecto, conforme o ângulo que seja focalizada. Considerada na perspectiva da formulação das cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, recebe a denominação de condições gerais dos contratos e é analisada à luz dos princípios que definem a natureza desse material jurídico. Encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, é chamada de contrato de adesão e examinada no prisma do modo por que se formam as relações jurídicas bilaterais (...) no primeiro momento, o empresário formula o esquema contratual abstrato, redigindo as cláusulas do conteúdo das relações contratuais que pretende concluir uniformemente com pessoas indeterminadas. No segundo momento, o eventual cliente da empresa adere a esse esquema, travando-se entre os dois uma relação jurídica de caráter negocial, com direitos e obrigações correlatas, sem qualquer conexão jurídica com os outros vínculos que, do mesmo modo e com igual conteúdo, se formam com distintos sujeitos.

Nesse sentido, a terminologia “contratos de adesão” é melhor, visto ser mais abrangente: engloba tanto a questão das cláusulas gerais, quando utilizadas na generalidade dos contratos, quanto aquelas produzidas sem prévia negociação singular, inseridas nos contratos individuais, em que uma pessoa certa e determinada só tem como opção aceitar ou não aquele contrato¹⁰¹.

Para além dessa diferença, esse tipo contratual também se diferencia dos contratos normativos e dos contratos preliminares. A diferença entre os contratos de adesão e os contratos normativos está no fato de que “enquanto nos contratos de adesão apenas uma das partes – o aderente – aceita integralmente as cláusulas pré-elaboradas pela outra parte – o proponente –, nos contratos normativos a determinação do conteúdo dos contratos é precedida de discussão entre as partes, com o propósito de estabelecer as normas abstratas que serão utilizadas nos contratos individuais”¹⁰²; já em relação aos contratos preliminares, diferencia-se pelo fato de que, nestes, o conteúdo do contrato ser predeterminado e feito por ambas as partes contraentes e estas têm a obrigação de concluir o acordado, enquanto no de adesão a fixação das cláusulas, como se sabe, é feita unilateralmente e as partes não possuem a obrigação de aceitá-las.

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. **Contratos de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: RT, 1972, p.4.

¹⁰¹ SILVA, João Calvão da. Contratação por cláusulas contratuais gerais (Contratos de adesão). In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 39. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2011, p.75.

¹⁰² FIUZA, Cezar. **Direito Civil – curso completo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.379.

Quanto à formação dos contratos de adesão, é nítida a diferença no que concerne à formação dos contratos tradicionais. Enquanto nestes as partes estão abertas à negociação e o contrato se forma depois da chegada de um consenso entre as partes, naquele, o contrato já está pronto, e a outra parte apenas manifesta o seu interesse em contratar. Assim, não existiria nenhuma negociação preliminar entre as partes. Simplificando, depois de decididas que cláusulas contratuais constarão no contrato de adesão, este é ofertado para o público e somente com a manifestação de declaração de vontade do aderente em aceitar tais cláusulas, é que o contrato se concretiza. Nesse sentido, Orlando Gomes¹⁰³ destaca:

Quanto à iniciativa da proposta, em geral se procede a oferta ao público, considerando o contrato perfeito e acabado no momento em que o cliente declara a aceitação, sob a forma de comportamento típico; mas pode se dar também por iniciativa do cliente, por meio de convite a oferta, concluindo-se o contrato quando a empresa aceita; a rigor, a adesão manifesta-se, no seu significado próprio na oferta ao público.

Ressalta-se, ademais, em relação à aceitação, que essa, em tese, deve ser expressa. Nesse diapasão, mesmo que não exista a negociação das cláusulas contratuais, para que seja firmado aquele determinado contrato de adesão, o aderente deve-se manifestar expressamente sobre o aceite¹⁰⁴.

3.3 O uso dos contratos de adesão

O uso dos contratos de adesão trouxe muitas vantagens à sociedade. Entre as vantagens dos contratos de adesão, encontram-se: a agilidade, a possibilidade de contratação mesmo a distância, a rapidez no atendimento aos clientes, a padronização nas relações administrativas e jurídicas de uma mesma empresa para com seus clientes, um custo mais baixo de produção e mais praticidade, qualidades estas que são essenciais à atual sociedade comercial e globalizada.

Esse contrato, todavia, não trouxe somente vantagens. Com o passar do tempo, a parte que possuía poder econômico mais forte na relação contratual começou, na busca incessante de reduzir seus custos e riscos, a explorar a parte economicamente mais fraca¹⁰⁵. Apesar de o

¹⁰³ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: RT, 1972, p.41-42.

¹⁰⁴ Tal aceite deve ser expresso, inclusive, nos contratos eletrônicos. Normalmente, tal aceite expresso é feito através do “click” final.

¹⁰⁵ No mesmo sentido sobre o contrato de adesão: “também não restam dúvidas de que esse modo de contratação tem sido a forma de exercício do abuso do poder econômico e que deve ser controlado”. FERNANDES, Wanderley. **Contratos de adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação**. In: Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica. São Paulo: Saraiva, 2009, p.94.

lucro sempre ter sido valorizado, com a não participação da outra parte na formação contratual, o interesse da parte não participante, em alguns casos, não teve a devida importância. Em sua defesa, a parte exploradora afirmava que a outra parte tinha a opção de não contratar, visto que a conclusão do contrato não era imposta, porém em alguns serviços básicos essa opção era inexistente, visto que não se é possível viver sem determinados bens, como água, luz, entre outros, além do fato de certos serviços e produtos serem ofertados ao mercado em um verdadeiro regime de monopólio, fato esse que obriga a sua contratação em quaisquer termos, praticamente.

Um problema encontrado nesse tipo contratual é em relação ao princípio da liberdade contratual¹⁰⁶, que se encontra inserido, como já visto, tanto no ordenamento jurídico português quanto no brasileiro. “Os contratos de adesão, pela sua própria essência, notoriamente limitam o princípio da liberdade contratual.”¹⁰⁷ Essa limitação, entretanto, não é absoluta, visto que não existe a obrigação de se contratar, assim, o direito de celebração contratual, existente também em tais contratos, faz com que o princípio da liberdade contratual não seja totalmente excluído.

Mesmo que se considere que essa limitação não é absoluta, há, em muitos casos, exploração de uma parte contraente pela outra. Diante desse fato, o Estado percebeu a necessidade de intervir nas relações contratuais privadas como já analisado. No Brasil, foram tomadas medidas administrativas e criadas leis que diminuíssem a diferença econômica entre as partes. Várias cláusulas contratuais estão sendo fortemente evitadas pelo direito brasileiro no intuito de diminuir as diferenças entre as partes, tais quais as cláusulas que: invertam o ônus da prova quando prejudique a parte mais fraca economicamente; as que obriguem a utilização da arbitragem para resolver litígios que possam vir a surgir; transfiram irregularmente a responsabilidade para terceiros; permitam que quem ofereça o produto modifique unilateralmente o preço; entre outras¹⁰⁸.

Em Portugal, rememorando, o legislador nacional instituiu um regime próprio das cláusulas contratuais gerais através do Decreto-Lei n° 446/85, que perdurou por 10 (dez) anos e circunscrevia eventualidades que ultrapassavam os meros consumidores ou utentes finais de

¹⁰⁶ Para maiores informações sobre esse princípio, vide capítulo 2 desse trabalho.

¹⁰⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 2005, p.102.

¹⁰⁸ C.f.: artigo 51 do CDC.

bens ou serviços. Depois, por intermédio da Diretiva 93/13¹⁰⁹ da Comunidade Econômica Europeia, houve adaptação das leis nacionais, que tiveram por objetivo principal a harmonização legislativa geral, assim como uma crescente e válida ideia de proteção do consumidor. Esta procedeu à fixação de elementos tuteladores mínimos relativamente às cláusulas que não tenham sido objeto de negociação individual, criando, também, um sistema de fiscalização administrativa assente na expressão “cláusulas abusivas”, que, ao esbarrar com os princípios básicos da boa-fé negocial, arrastasse um desajuste entre direitos e deveres. Do lado subjetivo, a diretiva incidiu apenas sobre os contratos celebrados entre profissionais e consumidores e, do objetivo, buscou reduzir as cláusulas que não hajam sido objeto de negociação individualizada, afora o fato de se tratarem de meras cláusulas ou de verdadeiros contratos.¹¹⁰

3.3.1 *Do dever de informação*

Como referido no capítulo sobre os princípios contratuais, qualquer contrato, seja ele de adesão ou não, deve ser pautado em boa-fé. O dever de informação decorre desse princípio contratual. É o dever que todas as partes têm, em todas as fases contratuais, de prestar informações a respeito do que se está contratando. A informação tem que ser dada de forma clara, precisa e verídica, de modo a possibilitar a outra parte ter conhecimento total sobre o que está sendo contratado. Esse dever foi imposto como forma de coibir os possíveis abusos praticados nesse tipo contratual.

Quando se trata desse dever em contratos de adesão, a doutrina separa-o em duas fases: pré-contratual¹¹¹ (que cessa com a aceitação) e no período do desenvolvimento do contrato. Essas duas fases são consideradas as mais importantes, visto serem capazes de interferir na decisão da outra parte contratual. Assim, uma informação errônea ou omissa poderá afetar significativamente a vontade da parte em contratar¹¹². Dessa forma, o dever de informação deve ser prestado, desde o início, ou seja, desde o primeiro contato prévio entre as partes, até a finalização do contrato.

¹⁰⁹ Essa diretiva proíbe o uso de cláusulas abusivas nos contratos de adesão, porém restringe sua aplicação aos contratos de adesão feitos com consumidores.

¹¹⁰ MANSO, Luís Duarte Baptista Manso. **Direito Comercial e das Sociedades Comerciais**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, v.II, p.25-26.

¹¹¹ Apesar de não existir nesse tipo contratual negociações sobre as cláusulas contratuais, não significa dizer que não houve um contato anterior entre as partes. Esse período é tudo aquilo que antecede a aceitação.

¹¹² MONTEIRO. Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989, p.49.

Mota Pinto¹¹³, ao falar sobre o dever de informação, informa que se podem distinguir, pelo menos, quatro exigências relativas à informação: essencialidade (as informações essenciais devem ser fornecidas); compreensibilidade (que ela seja compreendida por quem a tiver); acessibilidade (os clientes devem ter acesso à informação); e, tempestividade (a informação deve ser dada no tempo devido).

Nesse sentido, o dever de informar vai além de o estipulante fazer o aderente conhecer todas as cláusulas contratuais. Existem cláusulas que pela sua complexidade e significado jurídico não são bem compreendidas por todos. Outras, o teor literal é até compreendido, mas pelo objeto contratual ter uma complexidade técnica, o teor real não é entendível por uma pessoa com diligência média. Além disso, há cláusulas que, para serem compreendidas, necessitam de outras para lhe completar o sentido; costumam constituir as chamadas cláusulas-surpresas¹¹⁴. E há também aquelas cláusulas que necessitam de uma atenção maior, visto a importância que elas trazem naquele contrato¹¹⁵.

Ressalta-se, entretanto, que esse dever não obriga o estipulante a explicar a todo cliente, cláusula por cláusula, mas obriga-o a explicar somente aquelas que, em razão da dificuldade de compreensão do seu significado e/ou da capacidade¹¹⁶ da outra parte em compreender o sentido, justifiquem uma explicação sobre o seu conteúdo. Além disso, outra ressalva é

¹¹³ PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distancia. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, nº 7. Coimbra: Publicação do Centro de Direito de Consumo, 2005, p.195.

¹¹⁴ São cláusulas que “pelo seu conteúdo, pela linguagem utilizada ou pela sua apresentação, são de natureza tal que a outra parte não podia razoavelmente esperar vê-las incluídas no contrato”. PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais**. Coimbra: Almedina, 2010, p.278.

¹¹⁵ PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais**. Coimbra: Almedina, 2010, p.253.

¹¹⁶ Quanto menor a capacidade da pessoa em discernir o conteúdo contratual, maior será a obrigação de o estipulante prestar as devidas informações. Como exemplo, cita-se uma jurisprudência tratando do dever de informação a uma pessoa analfabeta: CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À AUTORA. PESSOA IDOSA E ANALFABETA. TELE MARKETING PARA ATRAIR CLIENTES. PROMESSA DE BRINDE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. A situação noticiada na inicial versa sobre relação de consumo e por este motivo merece a tutela do CDC. A conduta da ré é abusiva, uma vez que se aproveitou das condições pessoais da autora (idosa e analfabeta) para que fosse realizada a compra e venda **sem que as informações necessárias fossem fornecidas de forma clara**. Não restando demonstrado nos autos que o contrato tenha sido lido para a autora, tem-se que a ré violou os direitos da autora, induzindo-a em erro ao adquirir os produtos referidos na nota fiscal (fl. 05). Por certo, a autora, ao receber um telefonema do tele marketing acreditou, de fato, que tinha um brinde para receber, tanto que foi até a loja ré. Diante desses fatos, resta caracterizada a ocorrência de danos morais, o qual serve de reprimenda para que a ré abstenha-se de praticar novos ilícitos, assim como serve para amenizar os transtornos sofridos pela autora. A indenização fixada no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) não comporta minoração, uma vez que atende aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, encontrando-se em sintonia com os julgados das Turmas Recursais em casos análogos. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004228813, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Lucas Maltez Kachny, Julgado em 26/11/2013) (TJ-RS - Recurso Cível: 71004228813 RS, Relator: Lucas Maltez Kachny, Data de Julgamento: 26/11/2013, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/11/2013). (grifo meu).

referente à obrigação de o estipulante esclarecer o sentido de algumas cláusulas quando pedido pelo aderente; essa obrigação apenas deve ser concretizada quando houver uma razão, especificada pelo aderente ou de razão notória, que justifique o pedido. Isso decorre do fato de se evitar satisfazer os caprichos do aderente, que, inclusive, podem ser considerados abuso de direito¹¹⁷.

Em Portugal, esse dever encontra-se legalmente expresso, entre outras leis¹¹⁸, no art. 6º do DL 446/85, além de consagrar esse direito como um direito do consumidor nos artigos 3º, 7º e 8º da Lei 24/96 de 31 de julho, lei que revogou Lei nº 29/81 de 22 de agosto. No Brasil, tal dever só vem expresso como um direito/princípio do consumidor nos artigos 4º e 6º, entre outros, do CDC¹¹⁹. O CCB, todavia, apesar de não trazer especificamente esse dever, traz o princípio da boa-fé no seu art. 422, sendo, como já explanado, o dever de informar considerado um dever anexo a este princípio.

O referido artigo do Decreto-Lei português é aplicado tanto aos consumidores, quanto aos empresários ou profissionais liberais, em decorrência da disposição expressa do art. 17º, que diz “nas relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou colectivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua atividade específica, aplicam-se as proibições constantes desta secção e da anterior.” O mesmo não ocorre no direito brasileiro, pois tal ordenamento jurídico pressupõe uma igualdade fática entre empresários. Assim, ambas as partes seriam detentoras de conhecimento e informação, devendo elas próprias buscar as informações. Tal informação, todavia, deve ser prestada sempre de forma honesta.

¹¹⁷ PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 255. Como exemplo de tal argumento, cita-se a jurisprudência portuguesa: “(...)11ª - In casu, atendendo ao **elevado grau cultural** da recorrente, professora universitária, **não se impunha** que essa comunicação tivesse que ser oral. 12ª - A presença dos contratos assinados pressupõe que a recorrente os entendeu e, em conformidade com o disposto no artigo 6º, a exequente apenas teria que informar a outra parte dos aspectos cuja esclarecimento se justificasse, e prestar os esclarecimentos solicitados. 13ª – Donde, **o cumprimento do dever de comunicação a que se reporta o artigo 5º, bastou-se com a entrega da minuta do contrato, que continha todas as cláusulas (incluindo as gerais), com a antecedência necessária, em função da extensão e complexidade das mesmas, na medida em que, com a entrega dessa minuta, a recorrente teve a efectiva e real possibilidade de ler e analisar todas as cláusulas e de pedir os esclarecimentos que entendesse necessários para a sua exacta compreensão**. 14ª - Embora considerando que o aderente está numa situação de maior fragilidade, face à superioridade e poder económico da parte que impõe as cláusulas, **o legislador não tratou o aderente como pessoa inábil e incapaz de adoptar os cuidados que são inerentes à celebração de um contrato e por isso lhe exigiu também um comportamento diligente tendo em vista o conhecimento real e efectivo das cláusulas que lhe estão a ser impostas**. 15ª - Daí que a recorrente não possa invocar o desconhecimento dessas cláusulas, para efeitos de se eximir ao respectivo cumprimento, quando esse desconhecimento, a existir, apenas resultou da sua falta de diligência (...). (acórdão STJ. 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1. 24.03.2011)”. (grifo meu).

¹¹⁸ A Constituição Portuguesa também traz esse dever referente aos consumidores em seu artigo 60.

¹¹⁹ O dever de informação não se esgota nesses artigos, em muitos outros artigos desse código esse direito também é falado.

A infração do dever de informação acarreta algumas penalidades, dentre elas: a exclusão das cláusulas não informadas, a anulação do contrato e o pagamento de indenização moral e/ou material. Assim, aquelas cláusulas que não forem informadas são consideradas como não escritas¹²⁰, todavia, “não é possível por vezes evitar a nulidade total do contrato, designadamente quando a cláusula retirada tenha por objeto elemento essencial dele que não possa ser integrado *ope judicis*”¹²¹. Além disso, quando essa falta de informação acarretar um dano, utiliza-se o código civil para se buscar uma reparação dos prejuízos decorrentes da omissão, seja ela moral ou material. Essa reparação é prevista pelos dois ordenamentos jurídicos em estudo¹²².

A respeito desse dever contratual, Sousa Ribeiro¹²³ informa que esse sistema do “dever de informação” é insuficiente, visto que “as razões, de cálculo econômico e, até, de índole psicológica, que tornam justificável o seu desinteresse pelo conteúdo das cláusulas contratuais gerais, não são elimináveis com a possibilidade do seu conhecimento completo e efetivo”. O autor reporta-se ao fato de que, na prática, os custos e dificuldades em comparar o conteúdo das cláusulas contratuais gerais, bem como as conveniências pessoais, sobre qual seria o melhor custo-benefício, acabam por tornar ineficaz essa tutela da informação como medida protetiva dos interesses do aderente.

¹²⁰ Obs.: existe uma discussão doutrinária sobre a classificação das cláusulas não informadas. Há quem considere como cláusulas inexistentes e há quem considere como cláusulas nulas, porém não cabe aqui debater esse aspecto, visto não ser relevante para o objeto central do presente trabalho. Para maiores informações sobre o assunto, vide: PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2010.

¹²¹ PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais**. Coimbra: Almedina, 2010, p.275.

¹²² Jurisprudência brasileira nesse sentido: APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. OFENSA AO DEVER ANEXO DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. INADIMPLEMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. I. Presentes as figuras do consumidor e fornecedor de produtos e serviços, de ser reconhecida a relação jurídica entabulada entre as partes como de consumo. II. Caracteriza omissão capaz de ofender o dever anexo de informação - decorrente da boa-fé objetiva -, frustrando legítima expectativa de consumidor adquirente de imóvel, de ser rescindido o contrato, com o retorno das partes ao status quo ante. III. Presente o nexo causal entre a omissão das rés - vendedora do imóvel e prestadoras de serviço de assessoria/corretagem -, e a angústia, ansiedade e transtornos experimentados pela parte compradora - decorrentes da ofensa ao dever de informação - é inequívoca a existência de dano extrapatrimonial. IV. O quantum indenizatório deve ter o condão de prevenir, de modo que o ato lesivo não seja praticado novamente, bem como deve possuir um caráter pedagógico. Deve-se atentar, ainda, em juízo de razoabilidade, para a condição social da vítima e do causador do dano, da gravidade, natureza e repercussão da ofensa, assim como exame do grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, e de eventual contribuição da vítima ao evento danoso. Manutenção do valor fixado na sentença. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. (Apelação Cível Nº 70052683042, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 23/05/2013) (TJ-RS - AC: 70052683042 RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Data de Julgamento: 23/05/2013, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/06/2013)

¹²³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p.367.

3.4 Das cláusulas abusivas

Como necessidade de complementar a tutela do aderente, surge o controle de conteúdo das cláusulas contratuais. Dessa forma, há o “modelo de informação” e o “modelo de restrição do conteúdo” como forma de tutelar a parte que não interfere na produção contratual. Essas duas soluções, todavia, parecem ser antagônicas, pois o objetivo de um torna a utilização do outro incongruente, ou, pelo menos, desnecessário¹²⁴. Para Sousa Ribeiro¹²⁵, tal fato ocorre, porque:

Se o controlo do conteúdo se baseia, em grande medida, na falta de transparência das ccg, qual o papel das exigências de comunicação e informação que visam justamente assegurá-la? Das duas, uma: ou elas cumprem a sua função, e nesse caso decaí a razão de ser das limitações de conteúdo, ou não cumprem, e então por que impô-las?

Apesar de tal contradição, os ordenamentos jurídicos português e brasileiro preveem esses dois modelos. Nos contratos de adesão, a disciplina das cláusulas abusivas é bastante importante, haja vista o fato de apenas uma das partes ter formulado as cláusulas contratuais, e, em decorrência desse poder, impor alguma cláusula que lhe traga benefícios e/ou acentue o seu poder em face do aderente.

Antes de mostrar como as legislações em estudo preveem esse controle, conceituam-se as cláusulas abusivas. Nas palavras de Cláudio Godoy¹²⁶, “as cláusulas abusivas são aquelas que: vêm marcadas pela unilateralidade, que é resultado da posição de força, de superioridade de uma das partes contratantes, impondo um desequilíbrio contratual, de vantagens e riscos, que a ordem jurídica corrige ou, antes, impede”.

Em Portugal, sob influência do modelo alemão, o legislador exemplificou várias cláusulas que, quando inseridas nos contratos, são absolutamente proibidas, além de exemplificar aquelas as quais considerou como relativamente proibidas.

As absolutamente proibidas encontram-se exemplificadas no art. 18^o¹²⁷ do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Estas são de aplicação geral, exatamente como o

¹²⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p.369.

¹²⁵ Ibid., p.370-371.

¹²⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.49.

¹²⁷ Art. 18º: São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: a) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas; b) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por

princípio da boa-fé (arts. 15º e 16º), visto que são válidas nas relações entre empresários ou entidades equiparadas (art. 17º¹²⁸), nas relações com os consumidores finais e, genericamente, em todas as relações não abrangidas pelo artigo 17º, em conformidade com o art. 20º¹²⁹.¹³⁰. No artigo 21º¹³¹ da referida lei, também se encontram enumeradas cláusulas absolutamente proibidas, porém essas se restringem às relações com consumidores finais. “Naturalmente, através do princípio geral da boa fé não se afigura de todo impossível atingir nas relações entre empresários o resultado de uma proibição especificada no art. 21º, com a cláusula a merecer tratamento idêntico: proibição por contrariedade à boa-fé”¹³²

Quanto às relativamente proibidas, quando estiver em um contrato entre empresários, encontram-se descritas no art. 19º¹³³, porém quando o consumidor for uma das partes contratuais, além do artigo 19º, incluem-se as cláusulas do artigo 22º¹³⁴

danos patrimoniais extracontratuais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros; c) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave; d) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave; e) Confirmam, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato; f) Excluem a excepção de não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento; g) Excluem ou limitem o direito de retenção; h) Excluem a faculdade de compensação, quando admitida na lei; i) Limitem, a qualquer título, a faculdade de consignação em depósito, nos casos e condições legalmente previstos; j) Estabeleçam obrigações duradouras perpétuas ou cujo tempo de vigência dependa apenas da vontade de quem as predisponha; l) Consagrem, a favor de quem as predisponha, a possibilidade de cessão da posição contratual, de transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da contraparte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial.

¹²⁸ Art. 17º: Nas relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou colectivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica, aplicam-se as proibições constantes desta secção e da anterior.

¹²⁹ Art. 20º: Nas relações com os consumidores finais e, genericamente, em todas as não abrangidas pelo artigo 17.º, aplicam-se as proibições das secções anteriores e as constantes desta secção.

¹³⁰ SILVA, João Calvão da. Contratação por cláusulas gerais (contratos de adesão). In: **Revista de Direito Comparado**, n.39. Rio de Janeiro: Instituto de direito comparado luso-brasileiro, 2011, p.85.

¹³¹ Art. 21: São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: a) Limitem ou de qualquer modo alterem obrigações assumidas, na contratação, directamente por quem as predisponha ou pelo seu representante; b) Confirmam, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de verificar e estabelecer a qualidade das coisas ou serviços fornecidos; c) Permitam a não correspondência entre as prestações a efectuar e as indicações, especificações ou amostras feitas ou exibidas na contratação; d) Excluem os deveres que recaem sobre o predisponente, em resultado de vícios da prestação, ou estabeleçam, nesse âmbito, reparações ou indemnizações pecuniárias predeterminadas; e) Atestem conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em questões materiais; f) Alterem as regras respeitantes à distribuição do risco; g) Modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos; h) Excluem ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.

¹³² SILVA, João Calvão da. Contratação por cláusulas gerais (contratos de adesão). In: **Revista de Direito Comparado**, n. 39. Rio de Janeiro: Instituto de direito comparado luso-brasileiro, 2011, p. 86.

¹³³ Art. 19: São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: a) Estabeleçam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para a aceitação ou rejeição de propostas; b) Estabeleçam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para o cumprimento, sem mora, das obrigações assumidas; c) Consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir; d)

A diferença entre as cláusulas absolutamente e relativamente proibidas consiste no fato de que as primeiras não podem, em nenhuma hipótese, constar no contrato. As relativamente proibidas, por sua vez, podem ser consideradas válidas em alguns contratos. Para cada análise, é atribuído um juízo de valor consoante cada “quadro negocial padronizado”, que “é o modelo perante o qual se deverá apreciar, determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial típico de determinado setor da atividade”¹³⁵. Esse juízo de valor “não se realiza tomando como referência os vários contratos *uti singuli*, mas a partir das cláusulas – em si próprias e encaradas no respectivo conjunto –

Imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes; e) Façam depender a garantia das qualidades da coisa cedida ou dos serviços prestados, injustificadamente, do não recurso a terceiros; f) Coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia, imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis; g) Estabeçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem; h) Consagrem, a favor de quem as predisponha, a faculdade de modificar as prestações, sem compensação correspondente às alterações de valor verificadas; i) Limitem, sem justificação, a faculdade de interpelar.

¹³⁴ Art. 22: 1 - São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: a) Prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia; b) Permitam, a quem as predisponha, denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção; c) Atribuem a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado; d) Estipulem a fixação do preço de bens na data da entrega, sem que se dê à contraparte o direito de resolver o contrato, se o preço final for excessivamente elevado em relação ao valor subjacente às negociações; e) Permitam elevações de preços, em contratos de prestações sucessivas, dentro de prazos manifestamente curtos, ou, para além desse limite, elevações exageradas, sem prejuízo do que dispõe o artigo 437.º do Código Civil; f) Impeçam a denúncia imediata do contrato quando as elevações dos preços a justifiquem; g) Afastem, injustificadamente, as regras relativas ao cumprimento defeituoso ou aos prazos para o exercício de direitos emergentes dos vícios da prestação; h) Imponham a renovação automática de contratos através do silêncio da contraparte, sempre que a data limite fixada para a manifestação de vontade contrária a essa renovação se encontre excessivamente distante do termo do contrato; i) Confiram a uma das partes o direito de pôr termo a um contrato de duração indeterminada, sem pré-aviso razoável, excepto nos casos em que estejam presentes razões sérias capazes de justificar semelhante atitude; j) Impeçam, injustificadamente, reparações ou fornecimentos por terceiros; l) Imponham antecipações de cumprimento exageradas; m) Estabeçam garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas em face do valor a assegurar; n) Fixem locais, horários ou modos de cumprimento despropositados ou inconvenientes; o) Exijam, para a prática de actos na vigência do contrato, formalidades que a lei não prevê ou vinculem as partes a comportamentos supérfluos, para o exercício dos seus direitos contratuais. 2 - O disposto na alínea c) do número anterior não determina a proibição de cláusulas contratuais gerais que: a) Concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações do mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração; b) Atribuem a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente o conteúdo de um contrato de duração indeterminada, contanto que se preveja o dever de informar a contraparte com pré-aviso razoável e se lhe dê a faculdade de resolver o contrato. 3 - As proibições constantes das alíneas c) e d) do n.º 1 não se aplicam: a) Às transacções referentes a valores mobiliários ou a produtos e serviços cujo preço dependa da flutuação de taxas formadas no mercado financeiro; b) Aos contratos de compra e venda de divisas, de cheques de viagem ou de vales postais internacionais expressos em divisas. 4 - As alíneas c) e d) do n.º 1 não implicam a proibição das cláusulas de indexação, quando o seu emprego se mostre compatível com o tipo contratual onde se encontram inseridas e o mecanismo de variação do preço esteja explicitamente descrito.

¹³⁵ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais**: problemas e soluções. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2001, p. 1113.

para eles abstratamente predispostas”¹³⁶ Caso assim não fosse, a discrepância das decisões judiciais geraria uma insegurança e ocasionaria grandes problemas ao poder judiciário. Para além do “quadro negocial padronizado”, o juiz deve prezar pelo princípio da boa fé, visto que é “destinado a corrigir excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual, ao nível da fixação das consequências do não cumprimento das obrigações.”¹³⁷.

Ressalta-se que, apesar de existirem várias cláusulas contratuais descritas – sejam absolutamente ou relativamente proibidas –, não há impedimento que outras cláusulas venham a ser proibidas, por decisão judicial, mesmo que não se encontrem inseridas em qualquer dos referidos artigos. Isso é possível pelo princípio da boa-fé também presente na lei das cláusulas contratuais gerais.¹³⁸.

No Brasil, as cláusulas abusivas apenas foram expressamente previstas como absolutamente proibidas, porém o Código Civil pouco se referiu a esse assunto, apenas o seu artigo 424º informando que: “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultando da natureza do negócio”. Tendo em vista o texto legal, percebe-se uma restrição desse artigo apenas aos contratos de adesão e às cláusulas desnaturalizantes. Todavia, podem existir outras cláusulas, diferentes dessas, que também sejam abusivas. Dessa forma, quando ocorrer uma situação que não se encaixe no que foi previsto pelo art. 424, utilizar-se-ão, como forma de resolução, os princípios contratuais. Essa solução nem sempre será satisfatória, em decorrência de a aplicação dos princípios ser, normalmente, subjetiva, e, por isso, de maior dificuldade de comprovação, bem como pelo fato de não existirem sanções predeterminadas.

Quando se trata da relação com os consumidores, a legislação brasileira a respeito das cláusulas abusivas é bem mais extensa. O CDC enumera um rol de cláusulas que considera abusivas, segundo um critério objetivo, conforme se vê no art. 51¹³⁹. Esse rol prevê, também,

¹³⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida, e CORDEIRO, Antônio Menezes. **Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de outubro**. Coimbra: Almedina, 1993, p.46.

¹³⁷ MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1999, p.730.

¹³⁸ MONTEIRO, Antônio Pinto. Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, v.1, ano 62, jan., 2002. Disponível em: <<http://www.oa.pt>>. Acesso em: 17 set. 2014.

¹³⁹ Art. 51, CDC. "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I- impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor - pessoa jurídica - a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código; III - transfiram responsabilidade a terceiros; IV - estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V -

a possibilidade de o aplicador do direito, no caso em concreto, considerar uma cláusula como abusiva, mesmo que ela não esteja descrita nesse artigo.

3.4.1 Meios de controle de abusividades nos contratos de adesão

Em decorrência das desvantagens que os contratos de adesão trazem, foram criados pelo legislador (tanto português quanto brasileiro) meios de controle com o objetivo de amenizar tais desvantagens. Analisar-se-ão, agora, tais métodos.

Pinto Monteiro¹⁴⁰ informa que os riscos que esse tipo contratual traz podem ser agrupados em três planos, quais sejam: no plano da formação do contrato, visto que aumentam consideravelmente o risco de o aderente não conhecer algumas cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo do contrato, pois acabam favorecendo a inserção de cláusulas abusivas; e no plano processual, visto a inadequação e insuficiência do normal controle judiciário que atua *a posteriori*, ou seja, depende da iniciativa do processualmente lesado, sendo os efeitos restritos ao caso concreto.

Em continuidade com o autor supracitado¹⁴¹, este informa que para um controle realmente eficaz de tais problemas é necessário atuar em três direções: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato concluído, um efetivo e real acordo sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela proibição de cláusulas abusivas; e pela atribuição de legitimidade processual ativa a certas instituições (como o Ministério Público)

(vetado) VI- estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII- determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII- imponham representante para concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X- permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI- autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII- obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobranças de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII- autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV- infriam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV- estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI- possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (Vetado); §4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente, requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código, ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

¹⁴⁰ MONTEIRO, Antônio Pinto. **Contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções.** In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2001, p.1110.

¹⁴¹ Ibid., p. 1110.

ou organizações (como as associações de defesa do consumidor, que no Brasil, são denominadas, em sua maioria, de procuradoria do consumidor – PROCON ou delegacia do consumidor – DECON) para desencadear um controle preventivo (permitindo, com isso, a superação da habitual inércia do aderente, sendo bem mais adequado à generalidade e indeterminação que caracteriza esse processo negocial, isto é, um controle sobre as “condições gerais” antes e independentemente de já haver sido celebrado um contrato).

Explicando melhor essas três direções, no plano da formação do contrato, já existem muitas medidas instituídas por lei que tendem a diminuir o problema do desconhecimento do aderente às cláusulas contratuais. São os deveres de comunicação e informação. Como já falado acima, essas regras servem para obrigar o preponente a prestar ao aderente toda a informação relativa ao contrato e ao produto sem nenhuma ilusão, para que ele possa estar ciente do que e como está contratando. Essa medida, porém, possui pouca eficácia no plano prático, visto que não protege o aderente das cláusulas abusivas e nem evita que ele não tenha conhecimento absoluto sobre os termos contratuais.

No plano do conteúdo contratual, fiscaliza-se especificamente o conteúdo das cláusulas que constarão nos contratos. Portugal, como exposto, consagrou um rol de cláusulas absolutamente e/ou relativamente proibidas e o Brasil, apenas as cláusulas absolutamente proibidas. Em ambos os países em análise, para além das cláusulas, deve-se observar o princípio da boa fé. Assim, as cláusulas absolutamente proibidas, por expressa disposição legal, são consideradas nulas de imediato. Então, como forma de controle, é decretada a nulidade daquela cláusula, mas não significa que o contrato no todo vai ser anulado, pelo contrário, essa solução é tida como exceção.

Por fim, no plano processual, pode ser dividido de duas formas: declaração de nulidade e ação inibitória. Na declaração de nulidade, não existem problemas especiais. Tanto a lei brasileira¹⁴², quanto a portuguesa¹⁴³, informam que não é necessário procedimento especial para o pedido de declaração de nulidade das cláusulas contratuais. O Poder Judiciário pode, inclusive, declarar nulidade de cláusulas que não constem no rol das absolutamente proibidas, bem como daquelas relativamente proibidas.

¹⁴² Em seu artigo 51, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁴³ Em seu artigo 24º do DL 446/85

A ação inibitória não é tão simples, visto ser uma forma de controle preventivo. É uma forma de proibir a inclusão das cláusulas proibidas, por meio de decisão judicial “independentemente da sua inclusão numa concreta relação jurídico-negocial já encetada”¹⁴⁴.

A ação inibitória, em Portugal, por uma imposição legal, não aceita apenas os artigos citados acima de proibição legal expressa (artigos 18º, 19º, 21º e 22º do Decreto-Lei 446/85), mas leva também em consideração o descrito nos artigos 15º e 16º do mesmo decreto que cita o princípio da boa-fé. A intenção dessa ação, como assinala Joaquim de Sousa Ribeiro, “dirige-se contra o risco de proliferação não contrariada de cláusulas ilícitas”¹⁴⁵. Sob essa intenção, buscou o legislador “superar os inconvenientes de um controle apenas a posteriori, com efeitos circunscritos ao caso concreto, sub judice, e dependente apenas da iniciativa processual do lesado, o qual é vítima, frequentemente, da sua própria inércia e da falta de meios para enfrentar, sozinho, um contraente poderoso”¹⁴⁶.

Tem legitimidade para propor a ação as pessoas descritas no art. 26 do Decreto-Lei 446/85¹⁴⁷. Para além dessas pessoas, a diretiva da comunidade europeia trouxe a possibilidade de o consumidor singular, mesmo que não diretamente prejudicado, propor tal ação, em conformidade com o artigo 13º da LDC¹⁴⁸. Pode ser proposta contra quem ofereça contratos de que constem as cláusulas contratuais gerais e contra quem recomende esses contratos e cláusulas a terceiros. Existe, além da proibição definitiva, citada acima, a proibição temporária,

¹⁴⁴ MONTEIRO, António Pinto. Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, v.1, ano 62, jan., 2002. Disponível em: <<http://www.oa.pt>>. Acesso em: 17 set. 2014.

¹⁴⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato, as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2003, p.494.

¹⁴⁶ MONTEIRO, António Pinto. Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, v.1, ano 62, jan., 2002. Disponível em: <<http://www.oa.pt>>. Acesso em: 17 set. 2014.

¹⁴⁷ Art. 26: 1 - A acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais só pode ser intentada: a) Por associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva; b) Por associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, actuando no âmbito das suas atribuições; c) Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado. 2 - As entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.

¹⁴⁸ Art. 13º LDC: Têm legitimidade para intentar as ações previstas nos artigos anteriores: a) Os consumidores diretamente lesados; b) Os consumidores e as associações de consumidores ainda que não diretamente lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto; c) O Ministério Público e a Direção-Geral do Consumidor quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos.

especificada no art. 31^{o149} do decreto lei em questão. Essas medidas são cautelares, visam evitar o perigo da demora. Não se trata de uma ação específica e regulamenta-se nos artigos 399^o e seguintes do Código de Processo Civil Português.

A cláusula que for sentenciada como abusiva em decisão transitada em julgado não pode ser inserida sob nenhuma forma no contrato, mesmo que venha a ser feito com outras partes, ou seja, mesmo que não seja com a parte que demandou a ação. Caso a inclua posteriormente, o novo contratante poderá alegar uma declaração incidental de nulidade. Além disso, o art. 33^{o150} do DL 446/85 traz uma sanção pecuniária como força de reforçar a obrigatoriedade do cumprimento da sentença proferida na ação inibitória.

A ação inibitória, todavia, traz algumas desvantagens, visto sua eficácia ser muito limitada, pois só abrange as próprias partes do processo e não a todos, além de ser um processo lento e faltar, aos aplicadores do direito, conhecimento específico sobre o assunto. Nas Palavras de Pinto Monteiro¹⁵¹:

Compreende-se que o aderente possa valer-se, sem mais, de anterior decisão inibitória, cuja natureza e finalidades justificam a sua eficácia automática e ultra partes. Mas o êxito desta diligência depende de o aderente ter concluído o contrato com o mesmo sujeito vencido na acção inibitória. Não se verificando este requisito, já o aderente não poderá valer-se de anterior decisão inibitória, ainda que as cláusulas contratuais gerais proibidas nesta decisão sejam iguais ou do mesmo tipo das que constam do seu contrato singular. Assim, a decisão proferida pelo tribunal só pode ser oposta contra a mesma empresa (contra a qual foi intentada a ‘acção inibitória’), não contra uma outra empresa, ainda que as cláusulas desta sejam iguais às que o tribunal proibiu na ‘acção inibitória’. Quer dizer, a eficácia ultra partes da sentença limita-se a quem pode invocá-la: qualquer pessoa que venha a celebrar um contrato com a empresa condenada — mas só contra esta empresa.

Ressalta-se, por fim, que, quando houver uma ação inibitória e esta decidir pela não proibição da cláusula, posteriormente, na análise do caso concreto, esta mesma cláusula poderá ser considerada abusiva, ou seja, o fato de já ter existido uma ação inibitória com

¹⁴⁹ Art. 31 do DL 446/85: 1 - Quando haja receio fundado de virem a ser incluídas em contratos singulares cláusulas gerais incompatíveis com o disposto no presente diploma, podem as entidades referidas no artigo 26.º requerer provisoriamente a sua proibição. 2 - A proibição provisória segue, com as devidas adaptações, os termos fixados na lei processual para os procedimentos cautelares não especificados.

¹⁵⁰ Art. 33º do DL 446/85: 1 - Se o demandado, vencido na acção inibitória, infringir a obrigação de se abster de utilizar ou de recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objecto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa sanção pecuniária compulsória que não pode ultrapassar o valor de (euro) 4987,98 por cada infracção. 2 - A sanção prevista no número anterior é aplicada pelo tribunal que apreciar a causa em 1.ª instância, a requerimento de quem possa prevalecer-se da decisão proferida, devendo facultar-se ao infractor a oportunidade de ser previamente ouvido. 3 - O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao requerente e ao Estado.

¹⁵¹ MONTEIRO, António Pinto. Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, v.1, ano 62, jan., 2002. Disponível em: <<http://www.oa.pt>>. Acesso em: 17 set. 2014.

sentença declarando que determinada cláusula não é abusiva, não invalida uma posterior análise no caso em concreto¹⁵².

¹⁵² Exemplo de jurisprudência brasileira sobre os meios de controle das cláusulas abusivas: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CABIMENTO. LIMITES. 1. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. 2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. 3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/97 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem. 4. Recurso especial a que se nega provimento. RECURSO ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO: Nº 1.69.841 -RJ (209/02399-0). Fonte: <http://www.stj.jus.br/>.

Exemplo de jurisprudência portuguesa: TÍTULO/RESP: Acórdão de 12 de Abril de 2010: Contrato de seguro: Noção. Seguro de grupo. Contrato de adesão. Seguro de vida. Suicídio voluntário. Premeditação. Cláusula de exclusão do risco. Dever de informação. Violação deste dever. AUTOR(ES): PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Secção Social NOTAS: I - Os contratos de seguro, individuais ou de grupo, são inequivocamente contratos de adesão, tendo as suas cláusulas a natureza de cláusulas contratuais gerais. II - Não se pode afirmar que o art. 458º, nº 1, do Cód. Comercial exija a <premeditação>, a demonstração de uma intenção deliberada de prejudicar a seguradora, ou seja o <suicídio premeditado>, bastando-se com o <suicídio voluntário>, no qual não importam as razões, externas ou internas (psicológicas ou não) que levaram o agente ao suicídio. III - Não é nula a cláusula de um contrato de seguro de vida que estabelece a exclusão do risco no caso de suicídio voluntário ocorrido após dois anos de celebração do contrato. IV - Nos contratos de seguro de grupo o dever de informação recai sobre o <tomador> do seguro, mas a <seguradora> não pode invocar perante o <segurado/beneficiário>, uma cláusula geral que não foi devidamente comunicada. V - A omissão do dever de comunicação não gera a nulidade da cláusula mas sim a sua exclusão do contrato. FONTE INFORMAÇÃO: "Colectânea de Jurisprudência". - ISSN 0870-7979. - A. 35, tomo 2/2010 (Setembro 2010) p. 183-190 ASSUNTOS: EMPRESA DE SEGUROS; SEGURO DE GRUPO; CONTRATO DE SEGURO; SEGURO DE VIDA; SUICÍDIO; DEVER DE INFORMAÇÃO; CONTRATO DE ADESÃO; EXCLUSÃO DA GARANTIA; CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS. Ano: 2010.

Outra jurisprudência interessante a respeito do assunto: Processo: 2587/10.0 TVLSB.L1-6 – Tribunal de Relação de Lisboa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

4 DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NO ÂMBITO CONTRATUAL

Como já falado acima, houve uma relativização dos princípios da autonomia privada e da liberdade de contratar face às disparidades que começaram a existir entre os contratantes, tais como as diferentes posições econômicas e o domínio de uma parte sobre a outra.

As desigualdades existentes, atualmente, não estão contidas apenas nos contratos de consumo ou nos de trabalho, estão também contidas naqueles contratos em que ambas as partes são profissionais e independentes. A desigualdade advém, entre outros motivos, da situação de dependência econômica na qual se encontra uma das partes face à outra.¹⁵³

4.1 Conceito

Primeiramente, ressalta-se que a dependência econômica não é, por si só, um fato ilícito e punível. O abuso desse estado, sim, é considerado ilegal. O instituto da dependência econômica foi criado com a intenção de moralizar as relações econômicas.

A dependência econômica é a situação de dependência de uma empresa em relação à outra, quando somente uma empresa oferece determinados bens ou serviços, de forma satisfatória ou suficiente, que a outra empresa necessita. “São fatores econômicos e de mercado, que não correspondem necessariamente a uma dependência jurídica, que pressupõe, à partida, uma igualdade das partes e não uma relação de subjugação jurídica como as inerentes, por exemplo, às relações contratuais de trabalho”¹⁵⁴.

Não apareceu como um conceito absolutamente novo, mas surgiu de outras noções jurídicas com interesses semelhantes, qual seja o de evitar desequilíbrios contratuais. O abuso de posição dominante e o abuso de poder econômico são exemplos de conceitos que influenciaram o instituto da dependência econômica e, muitas vezes, são confundidos com este. Esses conceitos, todavia, são distintos entre si.

¹⁵³ Ver, por todos, VIRASSAMY, Georges J. **Les contrats de dépendence**: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendence économique. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1986.

¹⁵⁴ VIVEIROS, Aura Célia Benevides. **Abuso de dependência econômica**: entre direito dos contratos e direito da concorrência. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2011, p.45.

Considera-se abuso de posição dominante quando uma empresa inviabiliza a concorrência em um determinado mercado ou explora demasiadamente os agentes econômicos dele. As autoridades da concorrência de Portugal¹⁵⁵ entendem por abuso de posição dominante quando uma empresa dispõe de comportamentos que são passíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual o grau de concorrência já está enfraquecido, tendo como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles considerados normais em uma competição de produtos ou serviços, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta¹⁵⁶. Diferentemente, no abuso de dependência econômica, não é necessário que a empresa possua o poder total do mercado, mas apenas que abuse daquela empresa que depende economicamente dela, visto não possuir outras opções no mercado. Assim, trabalha-se em uma relação específica, e não com o mercado como um todo. Há autores, como Miguel Mendes Pereira¹⁵⁷, que denominam esse instituto como posição dominante relativa.

Por poder econômico, entende-se aquela empresa que se vale da detenção de determinados bens, necessários ou considerados como tais, em uma condição de insuficiência, para compelir aqueles que não os possuem a manter certo comportamento, consistente, sobretudo, na realização de um determinado tipo de trabalho¹⁵⁸. É uma das hipóteses de dependência econômica, porém não se confundem, sendo a dependência econômica mais abrangente.

Adiante no assunto, Calixto Salomão¹⁵⁹ classifica a dependência econômica em absoluta ou relativa. O referido autor entende que a dependência absoluta pode acontecer de três formas distintas: o exercício do poder de mercado; situação de limitada informação ao consumidor e/ou agente econômico; e controle de compatibilidade com a rede e retornos crescentes de escala. Em relação à dependência relativa, afirma que ela pode ser: dependência de sortimento; dependência empresarial; e dependência conjuntural.

Melhor explicando cada uma delas sob a visão do autor supracitado, entende-se por dependência absoluta em face do exercício do poder de mercado a prática do abuso de posição

¹⁵⁵ Site: <http://www.concorrenca.pt/>. Acessado em 12.08.2014

¹⁵⁶ O Tratado sobre o funcionamento da União Europeia – TFUE - traz em seu artigo 102º (antigo 82 do Tratado da Comunidade Europeia) exemplos de abusos de posição dominante.

¹⁵⁷ PEREIRA, Miguel Mendes. **Lei da concorrência anotada**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.178.

¹⁵⁸ BOBBIO, Noberto, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino. Coordenação da tradução: João Ferreira. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Unb, 1998, v.1, p.955.

¹⁵⁹ FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.204-220.

dominante nas comercializações forçadas¹⁶⁰, pela forma de “venda casada” que busca o inadimplemento do tabelamento de preço, ou seja, determinado produto, com o seu valor tabelado, é vendido conjuntamente com outro que não o tem, recebendo, portanto, esse outro, o valor que se desejaria obter com o produto de preço tabelado - ou pela venda casada que permite a discriminação de preços – quando se têm dois produtos conexos entre si e se vincula a venda do principal ao secundário, deixando o principal com um valor mais barato e o secundário com um valor de monopólio; como exemplo, a máquina fotocopadora e o papel que ela utiliza. Quanto mais papel se compra, maior é a importância dessa máquina para o comprador, assim, vende-se a máquina por um preço mais competitivo e o papel por um sobrepreço.

Quanto à situação de limitada informação ao consumidor e/ou agente econômico, é considerada a mais comum por Calixto Salomão. Ocorre por meio de negociações compulsórias como a venda casada, mas aqui, não interessa o mercado, haja vista a possibilidade do consumidor ou do agente econômico não expressar grandes demandas pelo bem, interessando, apenas, a quantidade de informação que foi repassada a outra parte sobre todo o negócio em questão.

O controle de compatibilidade com a rede e retornos de crescente escala, como forma de dependência econômica absoluta, pode acontecer de duas formas: lança-se, no mercado, um novo produto sem qualidades novas relevantes, apenas com um sistema incompatível com acessórios fabricados pelos concorrentes, como uma maneira de evitar a compra de tais acessórios dos concorrentes; e quando lança um produto, realmente com uma nova tecnologia, lança-o incompatível com os acessórios anteriores com o objetivo de vender os novos acessórios fabricados com compatibilidade exclusiva para o novo aparelho.

A dependência relativa é que mais interessa no presente trabalho, em decorrência de ela acontecer quando determinado agente econômico vincula-se a outro sem possibilidade de escolha. A dependência de sortimento é aquela que um determinado agente econômico necessita dos produtos de determinado fabricante, principalmente produtos de marcas famosas ou de prestígio, já que os seus consumidores almejam encontrar tais produtos em suas ofertas, submetendo-se, assim, a aceitar o preço que o fornecedor estipular.

¹⁶⁰ Obs.: a comercialização forçada só será considerada abuso de posição dominante quando puder fixar preços monopolistas diretamente e sem considerar o mercado em questão. FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p.222.

Na dependência empresarial, também conhecida como dependência em função da relação entre empresas, as empresas formam vínculos duradouros com outras, organizam-se em função dessas relações econômicas, de tal maneira que a troca de parceiro acarretaria grandes prejuízos à empresa, e traz, por consequência, a impossibilidade de escolha de outro fornecedor. O contrato de distribuição é clássico exemplo dessa dependência.

Por fim, a dependência conjuntural é uma dependência passageira e advém, normalmente, de uma escassez temporária de determinado produto, que devido à sua escassez, naquele momento, o único fornecedor do produto escasso impõe as condições que desejar na negociação.¹⁶¹

A utilização do instituto da dependência econômica é importante, visto que visa analisar pormenorizadamente os contratos comerciais que são celebrados em posição de subordinação, aplicando, em tais contratos, mais intensamente os princípios da igualdade e da boa-fé.

4.2 Teoria dos contratos incompletos e a assimetria de informações

Para correta análise da questão da dependência econômica, importa, ainda, explicitar a teoria dos contratos incompletos e a questão da assimetria das informações disponíveis no momento da contratação, bem como a sua relação e consequência nas relações contratuais firmadas.

Quanto à teoria dos contratos incompletos, tal linha de pensamento fundamenta-se no “pressuposto da racionalidade limitada, que impede o desenho de contratos completos”¹⁶², ou seja, entende-se que os agentes envolvidos no desenho contratual, notadamente os de execução continuada, não têm condições de, a priori, prevê e suportar todos os acontecimentos futuros no cumprimento do contrato firmado. Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi¹⁶³ afirmam que os “contratos são sempre incompletos, imperfeitos, passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries de natureza”.

¹⁶¹ Esse tipo de dependência é classificada para Miguel Mendes Pereira como dependência relativa a fornecedores e a clientes. Indica quatro critérios caracterizadores para o primeiro tipo: notoriedade da marca, quota de mercado do fornecedor, fração dos produtos do fornecedor no volume de negócios do distribuidor e existência de alternativas equivalentes. PEREIRA, Miguel Mendes. **Lei da concorrência anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 179.

¹⁶² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim De. In: **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.109.

¹⁶³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.61.

A teoria dos contratos incompletos relaciona-se com a questão da dependência econômica, tendo em vista que, em regra, os contratos nos quais se verifica tal dependência são de execução continuada ao longo do tempo, ou seja, as situações inicialmente previstas podem, por fatos e circunstâncias não previstas, serem alteradas. Assim, esses contratos incompletos podem apresentar lacunas que “abrem a possibilidade de ocorrência de custos derivados da dependência econômica”¹⁶⁴. Ressalta-se o fato de que, também, “em relações econômicas, o custo decorrente de uma contratação cresce fortemente na presença de dependência econômica entre as partes”¹⁶⁵, necessitando, para verificar a ocorrência de dependência econômica, a existência de um ativo específico¹⁶⁶¹⁶⁷.

Nesse contexto, considerando a incompletude dos contratos e a possibilidade de abuso da dependência econômica verificada em função dos ativos específicos existentes, “as partes”, no momento da negociação contratual, “devem criar mecanismos para lidar com as contingências inesperadas”¹⁶⁸. Uma das formas de evitar a existência de abuso da dependência econômica é criar, na negociação, mecanismos que inibam a conduta abusiva e aproveitadora da contraparte na relação contratual. Tais mecanismos, sejam contratuais ou extracontratuais, são incentivos ou desincentivos à prática de determinada conduta considerada abusiva. A alocação e negociação desses incentivos em contratos de adesão, entretanto, são deveras complexas, tendo em vista que inexiste a negociação aberta e completa entre as partes¹⁶⁹.

No que pertine à assimetria das informações e as suas consequências pré e pós-contratual, tem-se que a assimetria “ocorre quando uma das partes de uma transação possui

¹⁶⁴ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim De. In: **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.128.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Um ativo é considerado específico se uma fração relevante de seu retorno depende, para a sua realização, da continuidade de uma transação específica. Nos casos em que os ativos são específicos, as partes dependem de suas contrapartes para obter os ganhos que imaginavam por ocasião da realização do investimento. Configura-se, portanto, uma relação de dependência econômica, sendo a especificidade dos ativos a magnitude da dependência. ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim De. In: **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.127.

¹⁶⁷ Williamson afirma: Given that incomplete contracts need to be adapted to disturbances for which contractual provision was not made or was incorrectly made at the outset, continuity can and Will benefit from a spirit of cooperation. But therein lies the rub: continuity can be put in jeopardy by defecting from the spirit of cooperation and reverting to the letter. Maladaptation to disturbances is where the main costs of governance reside”. Williamson, Oliver E. The economics of governance. In “**The American Economic Review**”, vol. 95, no. 2. Philadelphia: Papers and Proceedings of the One Hundred Seventeenth Annual Meeting of the American Economic Association, 2005, p. 2

¹⁶⁸ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim De. In: **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.128.

¹⁶⁹ Dificuldade esta que será estudada em tópico próprio.

mais informações do que a outra”¹⁷⁰. A relevância da assimetria das informações decorre do fato de que “dispor de informações relativas aos produtos, direitos de propriedade e sobre as ações das partes é uma condição fundamental para haver dificuldades ao fazer cumprir os contratos”¹⁷¹, bem como pela constatação que, para obter tais informações, há custos tanto para a negociação do contrato como para a verificação que o negócio formalizado está sendo cumprido.¹⁷²

Decorrem da assimetria informacional dois problemas: a seleção adversa e o risco moral. Nesse diapasão, a “seleção adversa é um problema de assimetria de informações que ocorre antes de efetuada a transação”¹⁷³, e os agentes que, provavelmente, produzirão resultado indesejado, serão selecionados para formação do contrato. Explicando melhor, em casos de seleção adversa, haverá uma diminuição dos produtos e dos agentes de melhor qualidade do mercado, em função de que a parte com menos informação irá exigir um prêmio maior e, com isso, a contraparte com produtos e serviços de melhor qualidade, em função do mercado não pagar os preços que considera justo, irá sair do mercado. Nesse sentido, “a seleção adversa, ao afastar agentes do mercado (os produtores com bons produtos), impede diversas transações”¹⁷⁴.

Por outro lado, o risco moral é um problema derivado da assimetria de informações, que se dá no “momento pós-contratual da parte que possui uma informação privada e pode dela tirar proveito em prejuízo” da outra parte na transação existente, ou seja, o risco moral “significa que uma parte tem incentivos para alterar seu comportamento de forma prejudicial

¹⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. **Análise econômica dos contratos**. In: Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2014, p.166.

¹⁷¹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim De. In: **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.121.

¹⁷² Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi dão o seguinte exemplo de assimetria de informações: Vamos tomar o exemplo da compra de carro usado, o mesmo que George Akerlof usou em seu célebre artigo “The market for lemons” (...). Como os potenciais compradores não têm condições de avaliar de forma mais apurada ou precisa a qualidade e o histórico do carro (se já foi batido, se o motor está batendo pino etc.), ocorre um fenômeno que se conhece como assimetria informacional. Simetria (e seu antônimo, assimetria) vem da geometria. É a característica de duas figuras geométricas que podem ser colocadas de um modo tal que cada ponto de uma corresponda a um ponto da outra; assimetria é o oposto. No caso, o vendedor sabe muito mais sobre o carro que o comprador. E, levando esse mesmo raciocínio adiante, o comprador está em clara desvantagem, já que não dispõe de informações que são críticas para avaliar se o preço pedido pelo carro é “justo”. Para lidar com esse problema, há duas alternativas: primeiro, usar a regulação, ou seja, o suprimento e a superação dessa deficiência informacional por meio do Estado; e, em segundo lugar, um certo monitoramento pós-contrato, como, por exemplo, estabelecendo uma garantia de uso pós-venda. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 127.

¹⁷³ NUNES, André F. Nunes de; CAVALCANTE, Bruno Maia; RIBEIRO, Bruno Passos Spínola. **A crise do subprime sob a ótica da teoria da informação**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/>>. Acesso em: 03 set. 2014.

¹⁷⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. **Análise econômica dos contratos**. In: Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2014, p.166.

à outra parte, sem que esta possa saber ou impedir essa alteração”¹⁷⁵. Nesse contexto, Sztajn, Zylberstajn e Azevedo¹⁷⁶ frisam a relevância do risco moral para o desenho e vinculação dos contratos:

Problemas de risco moral são especialmente relevantes para o desenho de contratos. Para que os deveres acordados no contrato, assim como a transferência dos direitos de propriedade, resultem efetivamente em mudança de comportamento, é necessário que haja informações confiáveis sobre esse comportamento.

A questão do risco moral relaciona-se à dependência econômica, principalmente, quanto ao seu abuso, ou seja, quando uma parte tem incentivos para agir em prejuízo da sua contraparte contratual, abusando, por exemplo, da sua posição contratual e da dependência que a outra parte tem daquele ativo específico existente. Como já dito, os contratos são incompletos por essência e quando não são estabelecidos mecanismos inibidores das condutas abusivas, há um claro risco moral de uma das partes abusar da sua posição contratual em claro detrimento da outra.

A consequência do risco moral é o aumento dos custos envolvidos na celebração dos contratos e, principalmente, dos custos envolvidos na fiscalização e inibição de condutas abusivas. Contudo, vale frisar que se tratando de dependência econômica existente em contratos de adesão, a negociação de mecanismos de desincentivo de práticas equivocadas é praticamente impossível, sujeitando, assim, tais situações ao controle do Poder Judiciário.

4.3 Relação entre os tipos contratuais e a dependência econômica

Atualmente, a produção em massa e a busca pela especialidade e celeridade nas produções têm aumentado as relações empresariais na forma vertical¹⁷⁷. Assim, como uma empresa trabalha de forma complementar ao produto da outra, as situações de dependência econômica são mais frequentes. Esses contratos nas relações verticais são chamados doutrinariamente de “contratos de dependência”¹⁷⁸.

¹⁷⁵ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim De. In: **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 123.

¹⁷⁶ Ibid., p.124.

¹⁷⁷ Relação vertical é aquela entre empresas que operam em níveis e mercado adjacentes. Já a relação horizontal tem lugar entre empresas concorrentes, operando no mesmo nível de mercado. CUNHA, Carolina. **Controle das concentrações de empresas. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – IDET**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 31.

¹⁷⁸ Os contratos de dependência, normalmente, são contratos sucessivos ou contratos de adesão. Este último, objeto central do presente trabalho, já foi explicado anteriormente, tratar-se-á, agora, apenas do caso específico da dependência econômica nesse tipo contratual. Os contratos sucessivos são aqueles em que todas as partes, ou

Além desse fato, há um crescente número de pequenas e micro empresas¹⁷⁹ nos países estudados nesse trabalho, em decorrência disso, a estrutura empresarial portuguesa e brasileira “é um campo fértil para que as situações ou potenciais situações de abuso de dependência econômica possam ocorrer, pois esta é constituída esmagadoramente por PME’S, empresas que geralmente têm uma posição no mercado particularmente especial (...)”¹⁸⁰. Além disso, essas empresas são “mais sensíveis aos riscos e oscilações do mercado”¹⁸¹¹⁸².

apenas uma delas, cumprem a prestação de forma contínua ou repetida em determinados intervalos, podendo ter tempo determinado ou indeterminado. “A obrigação é única; fracionam-se as prestações.”. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.83.

¹⁷⁹ Para Portugal, de acordo com os despachos Normativos nº 52/87, nº 38/88 e Aviso constante do DR nº 102/93, Série III, considera-se micro e pequenas empresas aquelas que, cumulativamente, preencham os tais requisitos: Empreguem até 500 trabalhadores (600, no caso de trabalho por turnos regulares); Não ultrapassem 11.971.149 euros de vendas anuais; E não possuam nem sejam possuídas em mais de 50% por outra empresa que ultrapasse qualquer dos limites definidos nos pontos anteriores. Essa definição não é muito utilizada, visto que, “na maioria das situações, e designadamente para efeitos de atribuição de incentivos no âmbito do POE, estão a ser considerados os critérios constantes da “definição europeia” (Recomendação da Comissão (2003/361/CE, de 6 de Maio), por motivos que se prendem com a necessidade de harmonização de conceitos no seio da União Europeia”. A legislação europeia, através da recomendação 2003/361/CE, considera micro e pequena empresa aquelas que estão na “Categoria N.º Trabalhadores Volume de Negócios Balanço Total Média Empresa < 250 < = 50 Milhões de euros < = 43 Milhões de euros Pequena Empresa < 50 < = 10 Milhões de euros < = 10 Milhões de euros Microempresa < 10 < = 2 Milhões de euros < = 2 Milhões de euros”. Informa que o método dos cálculos são: “Para uma empresa autónoma, os dados financeiros e relativos aos efetivos são baseados unicamente nas contas dessa empresa e para uma empresa que tenha empresas parceiras ou associadas, os dados financeiros e relativos aos efetivos são baseados nas contas e outros dados da empresa (ou das contas consolidadas quando existam). A estes dados devem agregar-se os dados das empresas parceiras – numa base proporcional à percentagem de participação no capital (ou à percentagem de direitos de voto, se esta for superior) – e 100% dos dados das empresas associadas”. Fonte: <http://www.portaldaempresa.pt/>. Acessado dia: 25.09.2014. Essa definição, todavia, não difere as micros, pequenas e médias uma das outras. A Recomendação 2003/361/CE traz da seguinte forma: “Uma pequena empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros. Uma microempresa é definida como uma empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios ou balanço total anual não excede 2 milhões de euros.” Fonte: <<http://europa.eu/>>. Acesso em: 25 set. 2014.

No Brasil, de acordo com a Lei Geral para Micro e Pequenas Empresas de 2006, são consideradas microempresas aquelas que possuem faturamento máximo de R\$ 240.000,01, e pequenas empresas as que faturam entre R\$ 240.000,01 a R\$ 2,4 milhões anuais. Todavia esse valor mudou desde janeiro de 2012, passou a ser: microempresa passa de R\$ 240 mil para R\$ 360 mil; pequena sobe de R\$ 2,4 milhões para R\$ 3,6 milhões. Fonte: <<http://www.brasil.gov.br/>>. Acesso em: 25 set. 2014.

¹⁸⁰ VIVEIROS, Aura Célia Benevides. **Abuso de dependência econômica**: entre direitos dos contratos e direito da concorrência. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2011, p.21.

¹⁸¹ VIVEIROS, Aura Célia Benevides. **Abuso de dependência econômica**: entre direitos dos contratos e direito da concorrência. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2011, p. 22.

¹⁸² Esse grande aumento das pequenas e micro empresas pode ser constatado, em Portugal, no Instituto Nacional de Estatísticas, com notícia disponível em: <http://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/ine_pme_representavam_999_do_tecido_empresarial_portuguescircs_em_2010.html>. Acesso em: 14 set. 2014. No Brasil, constata-se tal fato no relatório feito pelo Serviço de Apoio as Micros e Pequenas Empresas. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mpes_numeros/onde_mpes_brasil.pdf>. Acesso em: 18 set. 2014.

Para melhor se compreender as relações verticais e as situações de dependência econômica no âmbito contratual, estudar-se-ão, agora, exemplos de contratos comerciais com essa característica.

4.3.1 *Contratos de distribuição comercial*

Primeiramente, cumpre salientar que o contrato de distribuição que será tratado no presente tópico é referente apenas em relação ao produtor/importador e o distribuidor¹⁸³. E este tipo contratual é atípico no Brasil¹⁸⁴, em Portugal¹⁸⁵ e na maioria dos países do mundo.

Os principais tipos de contratos de distribuição são contratos de concessão, agência e franchising. “É com base nestes esquemas contratuais e a partir deles que se constrói a categoria dos contratos de distribuição comercial”¹⁸⁶. Tratar-se-á, no presente trabalho, apenas dos dois últimos, visto tratar desse assunto apenas com a intenção de exemplificar os contratos de dependência econômica.

Depois de feitas tais considerações, conceitua-se o contrato de distribuição, como: “a distribuição é contrato de colaboração empresarial por intermediação, em que o colaborador (distribuidor) comercializa produtos fabricados pelo fornecedor (distribuído)”¹⁸⁷.

¹⁸³ Nas palavras de Pinto Monteiro ao se referir aos contratos com os consumidores: “Num sentido muito amplo e impróprio, porém, dir-se-ia que também estes são contratos de distribuição, pois é através deles – designadamente pela compra e venda – que os bens se transmitem, se “distribuem”, hoc sensu. Mas nesta perspectiva teríamos, então, de incluir também o transporte, o depósito, a locação, o mútuo, etc., pois todos eles são contratos utilizados na distribuição. Não é este o sentido em que se fala dos contratos de distribuição (...)” – MONTEIRO, António Pinto. **Direito Comercial: Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 35.

¹⁸⁴ No Brasil, a Lei Ferrari, Lei 6.729 de 79, apesar de tratar dos contratos de concessão comercial, ela versa especificamente da distribuição de veículos territoriais automotores, assim, não serve para todos os tipos de contratos. Além disso, há, na doutrina brasileira, quem diferencie os contratos de concessão e distribuição. Fábio Ulhoa Coelho defende a diferença informando que há diferença da subordinação da empresa colaboradora e do fornecedor. No de distribuição, quem recebe o produto da distribuição tem menor influência sobre a disposição empresarial do distribuidor. Além disso, no de concessão, há prestação de serviços, isso já não ocorre no contrato de distribuição. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.v.3, p. 144). A jurisprudência pátria ainda não se pacificou sobre o tema.

Portugal, no que tange à diferenciação de distribuição e concessão, considera dois institutos distintos. A distribuição seria o gênero no qual a concessão é uma espécie.

¹⁸⁵ Em Portugal, o Decreto-Lei 178/86 de 3 de julho, alterado pelo Decreto-Lei 118/93 de 13 de abril, disciplina os contratos de agência. A doutrina e a jurisprudência portuguesa aceitam pacificamente aplicar a analogia, no que couber, aos outros tipos de contratos de distribuição. Além disso, o direito comunitário europeu regula os acordos verticais na sua totalidade no regulamento n° 1215 de 1999 (que alterou o regulamento n° 19 de 1965).

¹⁸⁶ MONTEIRO, António Pinto. **Direito Comercial: contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p 28.

¹⁸⁷ Conceito retirado do projeto do novo código comercial brasileiro (ainda não entrou em vigor, mas visa corrigir os erros existentes atualmente sobre esse tipo contratual). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

4.3.1.1 Contratos de agência

O contrato de agência, em ambos os ordenamentos estudados nesse trabalho, é um contrato típico. Em Portugal, está previsto no Decreto-Lei n°178/86, alterado pelo Decreto-Lei n°118/93. No Brasil¹⁸⁸, por sua vez, encontra-se na parte especial, livro 1, título VI, capítulo XII do Código Civil e, no que não for contrário, aplica-se, também, a Lei n° 4.886/1965¹⁸⁹. Essa legislação contratual é aplicada analogicamente, no que couber, aos outros contratos de distribuição, visto o contrato de agência ser o único típico¹⁹⁰.

O Decreto-Lei Português define, em seu artigo 1º, o contrato de agência como sendo “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”. O direito brasileiro pouco, ou em nada, difere de tal conceito, pois o CCB, em seu artigo 710, diz que “pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”.

Assim, como se pode ver, esse contrato traz como elementos essenciais: a obrigação de o agente promover a celebração de contratos, a atuação por conta do principal, a autonomia, a estabilidade e a retribuição. E são elementos que permitem compreender a função econômico-social desse contrato¹⁹¹.

A obrigação de o agente promover a celebração de contratos, típica de todos os contratos de distribuição, envolve uma vasta atividade como a “prospecção do mercado, de angariação de clientes, de difusão dos produtos e serviços, de negociação, etc., que antecede e

¹⁸⁸ O contrato de agência, no Brasil, é chamado de “representação comercial autônoma”. Pela maioria da doutrina pátria tais conceitos são tratados como sinônimos, porém há quem discorde.

¹⁸⁹ Ambas as legislações brasileiras são criticadas por doutrinadores, como Waldirio Bulgarelli e Rubens Requião. As críticas são, entre outras, a falta de precisão da lei e a incapacidade que ela teve de definir alguns institutos pertinentes ao tema.

¹⁹⁰ “É metodologicamente correcto, perante um contrato legalmente atípico, atender às regras dos contratos *mais próximos*, às regras daqueles contratos que tenham a sua disciplina fixada na lei e possam aplicar-se aos contratos de concessão e de “franching” por *analogia*”. - MONTEIRO, António Pinto. **Direito Comercial:** contratos de distribuição comercial. Coimbra: Almedina, 2009, p.66.

¹⁹¹ MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial:** contratos de distribuição comercial. Coimbra: Almedina, 2009, p.86.

prepara a conclusão dos contratos, mas na qual o agente já não tem de intervir”¹⁹². A segunda característica informa que o agente irá agir “por conta do principal”, na busca dos interesses deste. Quanto à autonomia, refere-se ao fato de o agente ser livre no exercício de sua função, porém essa liberdade não é absoluta, visto que não poderá agir contrariamente a vontade do principal e deverá prestar as devidas contas sobre o seu serviço. A estabilidade existe tanto em um contrato por tempo indeterminado, quanto em um com o prazo determinado, em que o importante para caracteriza-la é que a relação seja durável, ou seja, não se extinguindo com a realização de um ato. Por fim, a retribuição é o valor que o agente recebe como contraprestação dos seus serviços, sendo, portanto, o contrato de agência um contrato oneroso.

Depois de feitas essas considerações, visualiza-se a dependência econômica quando o agente, apesar de ter uma autonomia, que não é absoluta, como já falado, deve seguir determinadas regras do principal. Ocorre que, muitas vezes, essas normas limitam e interferem no seu trabalho, inclusive de forma prejudicial. Na necessidade de continuação do contrato, por exemplo, o agente acaba por sujeitar-se a tais imposições. Além disso, tais imposições, quando aceitas, podem acarretar, inclusive, danos à livre concorrência¹⁹³.

Outra questão que pode acentuar a dependência econômica é a cláusula de exclusividade, muito frequente nesse tipo contratual, ou seja, ao trabalhar exclusivamente para uma determinada empresa, o agente organiza toda a sua atividade em torno do principal, em decorrência disso, uma ruptura contratual pode ocasionar até uma insolvência do agente, que acaba por se submeter e aceitar as regras do principal. Embora, na maioria dos casos, a questão do término contratual¹⁹⁴ seja prevista no próprio contrato, devendo, ambas as partes,

¹⁹² MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial: contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p.87.

¹⁹³ Um caso análogo e muito conhecido é o caso Centralcer/Unicer, que obrigou os seus distribuidores a utilizar fardamentos e logótipos em seus veículos, aparentemente de imposição inofensiva, porém foi decidido pelo conselho “que esta seria mais uma forma de controlar, por parte da Unicer, a sua rede de distribuidores, tirando proveito de um elevado grau de integração daqueles na sua estratégia, sem que isso se traduzisse em qualquer benefício equivalente para os distribuidores. Além disso, considerou que tal imposição se traduzia numa restrição à liberdade comercial dos distribuidores, vendo a sua autonomia e identidade empresarial fortemente associada à Unicer e às suas marcas, acabando por declarar que esta cláusula seria restritiva da concorrência (art. 4 LdC), servindo para aumentar o controlo da Unicer sobre os seus distribuidores.” VIVEIROS, Aura Célia Benevides. **Abuso de dependência econômica: entre direitos dos contratos e direito da concorrência**. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2011, p. 33.

¹⁹⁴ As formas de extinção dos contratos de distribuição, tanto no direito português, quanto no brasileiro, são: mútuo acordo, resolução, caducidade e denúncia. Para maiores informações sobre o assunto, c.f.: MONTEIRO, António Pinto. **Direito Comercial: Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p.129-169.

cumprir o que foi acordado. Além disso, uma ruptura que ocorreu de forma diversa da previsão contratual pode causar prejuízos tanto ao principal, quanto ao agente¹⁹⁵.

4.3.1.2 Contratos de franchising

Primeiramente, antes de adentrar-se nos contratos de franquia, há a necessidade de se caracterizar o que é “franquia”. O Doutor Alexandre Dias Pereira¹⁹⁶ caracteriza franquia como sendo:

Um sistema funcionalmente pré-ordenado à produção e/ou comercialização de bens, composto por direitos relativos a objetos da propriedade incorpórea e por saber-fazer. Esta caracterização funcional é acolhida pelo legislador comunitário, que trata a franquia como um ente *a se stante* e, nessa medida, como unidade jurídico-negocial. Em termos que nos sugerem a sua qualificação como coisa incorpórea complexa.

O contrato de franquia nasce em uma linha evolutiva que destaca a crescente interferência na atividade de distribuição. Nesse contexto, ele é um desenvolvimento do contrato de concessão e constitui a mais estreita forma de cooperação entre empresas independentes e o mais alto grau de integração entre o distribuidor (franquiado) e o franqueador, causando, no público, a certeza de ser o próprio fabricante, ou uma filial dele, a incumbir-se da distribuição.¹⁹⁷

No ordenamento jurídico português, o contrato de franquia é um contrato atípico¹⁹⁸. Já não o é no direito brasileiro, vez que a Lei 8.955/94 disciplinou tal contrato. Há, todavia,

¹⁹⁵ Como exemplo: RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL (LEI N. 4.886/65). RESCISÃO DO CONTRATO POR CULPA DA REPRESENTADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. EXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DE CONDENAÇÃO E APLICAÇÃO DA SANÇÃO CABÍVEL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Entendeu a Corte sul-rio-grandense que a rescisão do contrato de representação comercial ocorreu por conduta atribuída à própria Representada, quando impôs condição determinante da quebra de continuidade do negócio jurídico, não contida originariamente no referido acordo de representação comercial, qual seja, a constituição de pessoa jurídica pelo Recorrido; 2. Ao julgar procedente o pedido e condenar a Representada no pagamento das verbas indenizatórias, o Tribunal estadual reconheceu, necessariamente, a situação fática autorizadora da formação do título executivo, qual seja, a rescisão do contrato, não amparada por justa causa; existência de pedido expresso na inicial da referida ação indenizatória; 3. O artigo 27, alínea j, da Lei n. 4.886/65, com a redação dada pela Lei n.8.420/92, trata de simples critério de cálculo do montante mínimo a ser pago ao representante comercial, quando da rescisão do contrato, fora das hipóteses de justa causa; ademais, a matéria se encontra preclusa, visto que já decidida pelo magistrado singular; 4. Recurso especial não conhecido.

¹⁹⁶ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da franquia de empresa: Franchising**. In: Boletim da Faculdade de Direito, vol. 73. Coimbra, 1997, p.257.

¹⁹⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Direito Comercial: Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p.119.

¹⁹⁸ Por analogia, utiliza-se, no que couber, o regime do contrato de agência. Além desse regime, utiliza-se o regime de contrato de licença, o regime aplicado às cláusulas contratuais gerais e o código civil português, visto

doutrinadores, como Fábio Ulhoa Coelho¹⁹⁹, que acreditam que esse tipo contratual continua atípico no Brasil, visto que tal lei não define quais são os direitos e deveres dos contratantes, somente obrigando ao franqueador agir com clareza e prestar todas as informações necessárias ao franqueado, relativas, principalmente, àquelas informações indispensáveis ao conhecimento das vantagens e desvantagens sobre o negócio da franquia.

De toda forma, o artigo 2º da lei em questão conceitua contrato de franquia como sendo²⁰⁰:

O sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Em face de tal conceito, o franqueado e o franqueador possuem uma relação vertical que permite, ao primeiro, apropriar-se das vantagens econômicas e do renome do segundo²⁰¹, com a condição de aceitar um controle praticamente absoluto do franqueador. Com essa aceitação de controle e apropriação comercial, como já falado acima, o franqueado quase não é visto como uma empresa independente/autônoma.

Nesse diapasão, nota-se o intenso grau de controle do franqueador perante o franqueado presente em tal contrato; esse é tão forte que “a acentuada dependência em que fica perante o franqueador e a sua forte integração na ‘família’ deste já levaram a falar de um ‘novo feudalismo’”²⁰². “Não obstante a autonomia jurídica existente entre a empresa mãe,

ser o contrato de franquia um contrato misto, em que se encontram presentes elementos dos contratos de licença de exploração de direitos de propriedade industrial e de gestão de interesses alheios.

¹⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 1, p. 126/127.

²⁰⁰ Na mesma linha, Pinto Monteiro define contrato de franquia como sendo “o contrato mediante o qual o produtor de bens e/ou serviços concede a outrem, mediante contrapartidas, a comercialização dos seus bens, através da utilização da marca e demais sinais distintivos do primeiro e em conformidade com o plano, método e directrizes prescritas por este, que lhe fornece conhecimentos e regular assistência”. MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial: contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 122.

²⁰¹ Pinto Monteiro exemplifica as vantagens do franquiado como “a possibilidade de se comercializar bens já conhecidos pelo público (...), muitas vezes, poupa investimentos que, de outro modo, teria de suportar, sem os riscos sempre inerentes ao lançamento de produtos e/ou serviços; beneficia, por outro lado, da assistência técnica, dos conhecimentos e da experiência que lhe são transmitidos pelo franquiador (...)” MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial: contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 123.

²⁰² MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial: contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 119.

franqueadora, e a empresa satélite, franqueada, é patente a dependência econômica fática desta relação àquela”²⁰³.

As cláusulas de exclusividade, entre outras, também contribuem bastante para o aumento dessa dependência nos contratos de franchising, mesmo sendo uma modalidade de cláusula bilateral. As consequências dessa cláusula são maiores para franqueado, visto que, no caso em concreto, ele só poderá comprar os produtos produzidos pelo franqueador ou por quem o franqueador aprove. Isto representa uma alienação em relação ao mercado, e, também, por consequência, à via contratual.^{204 205}.

4.4 Abuso de dependência econômica

Foi na Alemanha que surgiu a figura do abuso de dependência econômica. Esta veio para coibir os abusos praticados na esfera concorrencial e contratual. Apareceu, primeiramente, no § 26, 2 da Lei de Restrição da Concorrência Alemã (GWB), em razão da reforma de 1973²⁰⁶. Esse artigo adjudicava à autoridade concorrencial o dever de evitar condutas discriminatórias por parte das grandes empresas, ou de associações de empresas, com as empresas menores que delas dependiam. Na nova redação da GWB, o artigo que trata desse assunto é o § 20, 2²⁰⁷. Apesar dessa mudança, não houve, nesse artigo, alteração

²⁰³ D’ALTE, Sofia Tomé. O contrato de concessão comercial. In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. n° 2. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.v.43, p.1417.

²⁰⁴ VIVEIROS, Aura Célia Benevides. **Abuso de dependência econômica**: entre direitos dos contratos e direito da concorrência. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2011, p. 40.

²⁰⁵ O contrato de franquia, diante do exposto, é considerado um contrato de adesão. Nesse sentido, a jurisprudência brasileira manifesta-se: Agravo de instrumento. Franchising. Contrato de adesão. Competência. Juízo do domicílio do aderente. Antecipação de tutela. Caução. Desnecessidade. Interlocutória mantida. Agravo improvido. I - **Por ser o contrato de franquia considerado de adesão**, o foro de eleição é cláusula abusiva que não deve prevalecer em detrimento do aderente, geralmente parte mais frágil na relação do franchising. II - E facultativa a exigência de caução pelo juiz da causa em relação ao art. 804, do CPC. III - Agravo improvido. (TJ-SE - AI: 2005204295 SE, Relator: DES. LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA, Data de Julgamento: 07/06/2006, 2ª.CÂMARA CÍVEL). Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 23 set. 2014. (grifo meu).

²⁰⁶ Obs.: Pode-se vê, anteriormente a essa data, que já em 1957, na lei anterior, § 22, se referia ao abuso de poder, proibindo em relação às empresas com posição dominante, mas apenas nos casos de fixação de preços ou de condições de vendas ou acordos de espécies diferentes. GEMMA, Andrea. Abuse of economic dependence between competition and contract law. In: **Europa e diritto private**, n° 2. Milão: Giuffrè, 2000, p. 373.

²⁰⁷ § 20 GWB Diskriminierungsverbot, Verbot unbilliger Behinderung: (1) Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Abs. 1 und Unternehmen, die Preise nach § 28 Abs. 2 oder § 30 Abs. 1 Satz 1 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. (2) Absatz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. 2Es wird

significativa no texto legal, apenas foi adicionado o fato dessas pequenas (ou médias) empresas serem dependentes por não achar, junto a outras sociedades, opções suficientes e razoáveis.

Na França, país que influenciou Portugal em relação ao abuso de dependência econômica, o conceito surgiu, primeiramente, no artigo 8^o²⁰⁸, na ordenança de 1^o de dezembro de 1986. Foi criado para controlar empresas que não possuíam uma posição dominante, mas que, apesar disso, detinham um poder de mercado alto e, por isso, eram capazes de causar abusos. Depois, foi instituído, embora insatisfatoriamente, no artigo L-420²⁰⁹ do Código de Comercio Francês. Posteriormente, tal artigo sofreu uma reforma, sendo instituído o artigo L-420-2²¹⁰, que ampliou o conceito de dependência econômica e esclareceu melhor o sentido desse instituto. Ademais, o artigo L-442-6 do mesmo código complementa o artigo L-420-2 ao trazer alguns comportamentos que podem ser considerados abusivos em situações de dependência econômica.

vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden. (...) Disponível em: <<http://www.brennecke.pro/134491/20-GWB-Diskriminierungsverbot-Verbot-unbilliger-Behinderung>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

²⁰⁸ Art. 8. - Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises: 1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ; 2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. – Disponível em: <<http://sos-net.eu.org/conso/tig/ordo86.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

²⁰⁹ L-420-1: Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1^o Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2^o Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3^o Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4^o Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.- Disponível em: <<http://codes.droit.org/cod/commerce.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

²¹⁰ L-420-2: Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme. Disponível em: <<http://codes.droit.org/cod/commerce.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

Em Portugal, o instituto do abuso de dependência econômica foi, inicialmente, introduzido pelo DL 371/93 no artigo 4^{o211}, com notória influência do direito francês. Esse artigo, todavia, sofreu muitas críticas por não ter conceitos precisos, tais como a expressão “alternativa equivalente” e não ter acrescentado informações sobre o que seria considerado um “abuso”.

Juntamente com a criação da Autoridade da concorrência pelo DL 18/2003, ocorreu uma reforma no instituto da defesa da concorrência português. No que tange ao abuso de dependência econômica, esse decreto ampliou e melhorou o seu antecedente. O artigo 7^{o212} dispõe:

1 - É proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência econômica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente. 2 - Pode ser considerada abusiva, designadamente: a) A adoção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do artigo 4.º; b) A ruptura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade econômica e as condições contratuais estabelecidas. 3 - Para efeitos da aplicação do n.º 1, entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando: a) O fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e b) A empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.

Percebe-se, nesse artigo, a informação do que seria “alternativa equivalente”, consertando o erro do artigo anterior. Hodiernamente, tal Decreto-Lei encontra-se revogado pela Lei n.º19/2012. No diploma vigente, o abuso de dependência econômica, em Portugal, está previsto no artigo 12º. Ressalta-se que, essa reforma, em relação ao instituto do abuso de dependência econômica, não trouxe alteração substancial de conteúdo.

No Brasil, o Código Comercial Brasileiro de 1850 aceitava toda a manifestação, inclusive exagerada, dos contratantes comerciais, visto ter em consideração que a busca pelo lucro era essencial a tais tipos de contrato, não vigorando, portanto, nenhuma proteção contra abusos. Na mesma linha, seguiu o Código Civil de 1916, não prevendo, igualmente, consequências em casos de abuso. Posteriormente, surgiu o Código de Defesa do Consumidor

²¹¹Art. 4: É também proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência econômica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente, nomeadamente quando se traduza na adopção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do artigo 2º. Disponível em: <<http://www.concorrenca.pt/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

²¹² Disponível em: <<http://www.concorrenca.pt/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

em 1990, o qual já trouxe alguns casos de proibição de lesões, porém restrito às relações de consumo. Apenas com o Código Civil de 2002, surgiram conceitos e princípios que regulam as relações contratuais em casos de abusos.

O instituto do abuso de dependência econômica não está expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, eis que a sua importância e o seu conceito são retirados de outros institutos e princípios jurídicos, tais como: o conceito de lesão, de abuso de direito e de enriquecimento sem causa²¹³. A Lei nº 12.529/11, todavia, é a lei que regula a concorrência brasileira, e traz várias condutas que podem ser enquadradas como abuso de dependência econômica.

No direito brasileiro utiliza-se, para coibir práticas ilícitas no âmbito concorrencial, a teoria (ou princípio) da razão²¹⁴. Esta informa, em sucintas palavras, que as condutas, para serem consideradas ilegais, devem restringir a concorrência de forma não razoável. Dessa forma, caso a conduta praticada não atinja de forma considerável o mercado e a concorrência, não irá incidir as normas penalizantes da lei antitruste.

O abuso de dependência econômica é quando uma empresa explora ilicitamente outra que dependa economicamente dela e que não tenha alternativa equivalente para contratar.

²¹³ Estão previstos, respectivamente, nos artigos: 157, 187 e 884 do Código Civil. Assim dispõe: **Art. 157:** Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. **Art. 187:** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. **Art. 884:** Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

²¹⁴ “Tal regra, que teve origem no direito norte-americano (*rule of reason*), não foi prevista inicialmente no *Sherman act*, sendo decorrência de uma criação jurisprudencial. Como o tempo, os juízes norte-americanos passaram a perceber que a aplicação literal do *Sherman act* implicaria a condenação de inúmeras práticas capazes de produzir muito mais vantagens à economia nacional e aos consumidores do que prejuízos ao mercado. Dessa forma, foi instituída uma válvula de escape ao *Sherman Act*, pela qual somente as práticas que restringissem a concorrência de forma não razoável seriam consideradas ilegais, o que acabaria por ajudar a produzir o *economic welfare*, nas palavras de Bork. O marco desse critério de razoabilidade foi o processo *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 1911*”. FAVA, Marina Dubois. **Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais:** a disciplina das cláusulas abusivas. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 116.

Para que esse abuso de dependência econômica aconteça é necessário verificar determinados critérios. A Autoridade da Concorrência Portuguesa²¹⁵ destaca-os:

i) o abuso de dependência apenas se pode verificar numa **relação vertical entre duas empresas**; ii) a empresa “vítima” tem que se encontrar num **estado de dependência econômica** da empresa “dominante”, atendendo à **inexistência de alternativas equivalentes**. Considera-se que a empresa “vítima” não dispõe de alternativa equivalente quando o fornecimento do bem ou serviço em causa for assegurado por um número restrito de empresas e a empresa “vítima” não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável; iii) a empresa dominante tem que ter adotado **comportamentos** em relação à empresa “vítima” que, no âmbito daquela relação de dependência, sejam considerados **abusivos**. A lei exemplifica alguns desses possíveis comportamentos abusivos: recusa de fornecimento, corte abrupto de relações comerciais, tendo em conta as relações comerciais anteriores ou os usos do ramo de atividade econômica, entre outros; e, finalmente, como já se referiu, iv) a exploração abusiva da situação de dependência econômica tem de ser **suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência**. (grifo próprio).

Explicando detalhadamente esses critérios, uma relação vertical entre empresas ocorre quando duas empresas estão em setores diferentes da cadeia produtiva, porém se complementam. “De forma geral, o alinhamento vertical refere-se à sucessão de estágios produtivos de determinado bem ou serviço, desde a extração de matérias primas até o seu consumo pelo destinatário final.”²¹⁶ Normalmente, é uma relação fornecedor/cliente, como uma empresa que fabrica matéria prima que outra empresa necessita para produzir o seu próprio produto.

Quanto ao “estado de dependência” e “inexistência de alternativa equivalente”, exige-se um pouco mais de atenção. A inexistência de alternativa equivalente é a principal causa de um estado de dependência. Utilizando-se das lições de Virassamy²¹⁷ sobre o estado de dependência, três elementos caracterizam e reforçam tal estado: elementos estruturais, objetivos e contratuais.

²¹⁵ Disponível em: <<http://www.concorrenca.pt>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

²¹⁶ GRANZOTI, Fernando de Miranda. **O abuso do estado de dependência econômica no contrato de distribuição**. Orientador: Dr. Roberto Catalano Botelho Ferraz – Curitiba: PUC, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2005, p. 42.

²¹⁷ Ver, por todos, VIRASSAMY, Georges J. **Les contrats de dépendence**: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendence économique. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1986, p.133 e ss.

Estruturalmente, é necessária a existência de uma relação contratual, como forma de limitar a quantidade de pessoas que poderão sofrer os efeitos desse estado. Exige-se, também, que esta relação seja vital para uma das partes²¹⁸ e que não seja de caráter temporário.

Quanto ao objetivo, pode decorrer a dependência pela notoriedade da marca do produto, principalmente, quando esta for bastante procurada pela freguesia. Nesse sentido informa o professor doutor Nogueira Serens²¹⁹:

Os industriais, ao publicitarem, de modo como o fazem as suas marcas, 'passam por cima' dos distribuidores, 'obrigando-os' a comprar para vender os produtos que, por acção dessa publicidade, são agora da preferência dos consumidores – produtos que se podem dizer 'pré-vendidos', ou que se 'vendem a si mesmos'. Dessa maneira, o industrial manterá a sua dominância, regulando segundo os seus interesses a circulação dos produtos, escolhendo e seleccionando os revendedores mais aptos, imponho um estilo de venda próprio, fixando os preços ao consumo, etc. e, fazendo tudo isso, assim, logo se afirmam subdivisões do mercado, que redundam na formação de verdadeiras e próprias reservas monopolísticas.

Virassamy²²⁰, adiante, destaca outro elemento de ordem objetiva: a impossibilidade de se estocar o produto perecível. Essa dependência é mais comum em empresas de pequeno porte, visto não terem condições adequadas de conservar o produto perecível e necessitem constantemente dele, as negociações com o fornecedor costumam ser rápidas ou por um período longo. Por fim, o autor destaca, entre outros elementos objetivos, o custo suportado por uma das partes em um determinado contrato, pois, muitas vezes, uma parte assumiu encargos que não poderá cumprir e, caso ocorra uma ruptura contratual repentina, a empresa poderá não ter conseguido pagar os custos iniciais que teve ao fazer tal contrato.

Em relação aos elementos contratuais de reforço da dependência econômica, o autor supracitado informa que, normalmente, ocorrem no momento de finalizar o contrato. Nas suas palavras²²¹:

²¹⁸ A questão da vitalidade para uma das partes só poderá ser analisada no caso em concreto pelo aplicador do direito, visto se necessitar de meio de provas para a comprovação do estado de dependência econômica.

²¹⁹ SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. **A tutela das marcas e a (liberdade de) concorrência:** alguns textos [texto policopiado]. Coimbra, 1990.v.2.

²²⁰ Ver, por todos, VIRASSAMY, Georges J. **Les contrats de dépendence:** essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendence économique. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1986, p.145.

²²¹ VIRASSAMY, Georges J. **Les contrats de dépendence:** essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendence économique. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1986, p. 146. Em modesta tradução: Ao final do contrato, o sujeito é obrigado a aceitar certas disposições que não necessariamente visam assegurar o fortalecimento da dependência econômica, no entanto, acaba por produzir este resultado. Principalmente quanto a duração do contrato, a estipulação da cláusula de exclusividade e de termos pós-contratuais com cláusulas restritivas de liberdade.

Lors de la conclusion du contrat, l'assujetti se voit contraint d'accepter certaines stipulations qui, si elles n'ont pas nécessairement pour but d'assurer le renforcement de la dépendance économique, produisent néanmoins ce résultat. Il s'agit principalement de la durée du contrat, de la stipulation d'une clause d'exclusivité, et enfin de clauses post-contractuelles restrictives de liberté.

A preocupação que a duração do contrato traz pode ser tanto aos contratos curtos, quanto aos contratos longos. Nos curtos, por manter sempre a parte economicamente mais fraca pressionada a fazer o melhor que pode, por esta, normalmente, sempre desejar a renovação do contrato. Já nos longos, muitas vezes, a parte mais fraca não consegue manter muitos contratos ao mesmo tempo, assim, prioriza apenas um e uma ruptura inesperada desse contrato longo pode acarretar inúmeros prejuízos. No mesmo sentido dos contratos de longa duração, as cláusulas de exclusividade podem reforçar a dependência econômica. E, quanto às cláusulas de exclusividade²²², podem acarretar até o fim daquela empresa, em decorrência da impossibilidade de contratar com outras pessoas ou manter o negócio.

Quanto à falta de alternativa equivalente, refere-se à busca, pela empresa dependente, por outros fornecedores/clientes que possam contratar no lugar daquela que lhe é abusiva, porém não o encontra. A concorrência por si só não é suficiente, sendo necessário que a empresa concorrente seja capaz de suprir as necessidades que a empresa abusiva supre. Além disso, devem ser avaliados também os “prós e os contras” no rompimento contratual, pois a mudança pode tornar impossível a existência da empresa devido ao ônus que esta terá que suportar.

Outro critério citado acima é o comportamento abusivo. Portugal, na lei de concorrência (Lei 19/2012), cita, exemplificadamente, comportamentos que são considerados abusivos, tais como: impor, de forma direta ou indireta, preços de compra e venda ou outras condições de transação não equitativas; limitar a produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; ruptura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos nos ramos da atividade econômica e as condições contratuais estabelecidas.²²³²²⁴

²²² Essas cláusulas atualmente podem ser objeto de derrogação por parte do Poder Judiciário. No Brasil, por exemplo, o próprio Código Civil, em seu artigo 1.147, informa que o prazo de não concorrência é de 5 anos. Esse prazo, todavia, pode ser derogado por estipulação diversa das partes, porém não pode ser indefinido e só pode ser feito em decorrência de um espaço territorial específico. Em Portugal, diferentemente, o DL sobre contrato de agência estabelece, no artigo 9º o dever de fazer com que essa cláusula conste no contrato e que esta não pode ultrapassar o prazo de 2 anos circunscrevendo apenas a zona ou círculo de clientes do agente.

²²³ Artigo 12-2: Podem ser considerados como abusos, entre outros, os seguintes casos: a) adoção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do nº 2 do artigo anterior; b) ruptura injustificada, total ou

Por fim, o último critério mencionado pelas autoridades da concorrência portuguesa é uma “situação que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou estrutura da concorrência”. Assim, quando ocorrer alguns dos fatos acima dispostos, estes têm que serem capaz de alterar a concorrência para sofrer sanções, ou seja, um ato apenas será considerado abuso de dependência econômica quando for capaz de modificar o ambiente normal do mercado. Tal fato é concordante com o direito brasileiro sobre a teoria da razão. Essa situação, todavia, tem que ser analisada pormenorizadamente, pois uma interpretação errônea da afetação do mercado pode, inclusive, comprometer a regra, qual seja: a livre concorrência. Desta forma, somente com a combinação de todos os critérios citados acima, existirá o abuso de dependência econômica.

parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos nos ramo da atividade econômica e as condições contratuais estabelecidas. **Artigo 11-2:** Pode ser considerado abusivo nomeadamente: a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra e venda ou outras condições de transação não equitativas; b) limitar a produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por este facto, em desvantagem na concorrência; d) subordinar à aceitação de contratos, por partes dos outros contraentes de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos.

²²⁴ Como exemplo, transcreve-se uma jurisprudência portuguesa: (...) Mas, se é certo ter ficado provado ter sido sempre pressuposto da celebração do contrato celebrado em 1/10/2003 a sua cessação, no limite, até 1/10/2005, sabendo a autora antecipadamente que a sua manutenção, como “agente de vendas”, terminaria, no seu limite máximo, em 30/9/2005 (respostas aos artigos 130.º e 131.º da base instrutória), provado também ficou que, a partir daquela primeira data (1/10/2003), por força do Regulamento CE 1400/2002 da Comissão, de 31 de Julho de 2002, a estrutura de intermediação da 2ª ré, apta a fazer a colocação da marca TOYOTA no mercado, passou a designar-se por “Rede de Distribuidores Autorizados”, sem qualquer restrição territorial. Tendo-se comprometido tal ré a vender veículos novos através de um “sistema de distribuição selectiva”. Mais se tendo apurado que o aludido contrato de 1/10/2003, que extinguiu o anterior contrato de 1 de Julho de 1991, assentou no pressuposto, conhecido pela autora e rés, de que a partir de 1/10/2005 poderia vir a ocorrer a reorganização total ou parcial da rede de distribuição dos produtos TOYOTA em Portugal. Sendo certo que, afinal, e no que tange à autora, provada apenas ficou a sua mera substituição pela CC – COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS, S. A., detida pelas rés em 50%. Não se vendo, afinal de contas, repete-se, qualquer reorganização da rede da distribuição da TOYOTA que implicasse a resolução do contrato com a autora celebrado. Mantendo a mesma distribuidores autorizados sedeados no continente e ilhas, tendo a maioria dos concessionários TOYOTA, existentes à data da entrada em vigor do referido Regulamento CE, sido integrados, em 1/10/2003, na rede de “Distribuidores Autorizados”. Não tendo as rés resolvido ou denunciado os contratos que mantinham com tais distribuidores. E, assim, sem embargo de nada se ter apurado com relevo quanto aos lucros cessantes pela autora estimados em € 436 762,35 a que atrás se aludiu, também **aqui se entende, na sequência do decidido na sentença de 1ª instância, confirmado pela Relação no seu acórdão ora recorrido, dever a autora ser pelas rés indemnizada, a título de responsabilidade civil contratual, pelo abuso de dependência económica previsto na LdC então em vigor.** (...) No que tange à afetação da estrutura do mercado: Por todo o exposto, o contrato resolvido, quando rigorosamente apreciado no seu contexto económico e jurídico - apreciação para a qual relevam, nomeadamente o número global de estabelecimentos autorizados Toyota ligados ao importador exclusivo para Portugal (aqui 2ª Ré), a quota de mercado das Rés (importador exclusivo da Toyota para Portugal e com uma quota de 77,4% da revenda da marca junto dos consumidores portugueses (1ª Ré/ cfr. resposta aos quesitos 3º, 4º, 5º e 6º da BI) -, **é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros** e, consequentemente, releva do ponto de vista do direito comunitário. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português. Processo nº: 178/07.2TVPR.T.P1.S1- 20.06.2013. Disponível em: <<http://www.gde.mj.pt/>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

5 (IN)SUFICIÊNCIA LEGISLATIVA EM CASOS DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS DE ADESÃO ENTRE EMPRESAS

O Direito comercial é conhecido como o direito que é sensível às exigências do mundo moderno, como criador e sistematizador de novos princípios jurídicos. A interpretação empresarial sempre seguiu um rito próprio em decorrência do seu objetivo maior, qual seja o intuito lucrativo.²²⁵ Apesar dessa característica própria, o ordenamento jurídico não pode ser reprimido pela ordem econômica. Sabe-se que não se pode ordenar um empresário a não ter lucro, mas se deve determinar que esse atue em conformidade com o direito e a legítima expectativa da outra parte²²⁶.

A justiça contratual deve ser requerida em todos os tipos contratuais, inclusive nos contratos de adesão celebrados entre empresas, pois, nesse tipo contratual, é mais frequente a prática de abusos por conta da unilateralidade na formulação das cláusulas. Assim, é necessário proibir os abusos praticados em virtude da dependência econômica de uma parte sob a outra, visto que, se assim não o for, não se consagra a igualdade material, apenas a formal.²²⁷

5.1 Insuficiência no Código Civil

Primeiramente, quando se está diante de um contrato de adesão celebrado entre duas empresas, utiliza-se, como regra geral, o Código Civil para dirimir qualquer conflito existente entre as partes, ou, no ordenamento jurídico português, a lei das cláusulas contratuais gerais.

A regra é a utilização desses institutos, pois os ordenamentos jurídicos estudados partem do pressuposto de que a relação traçada entre empresários tem, de ambos os lados contratuais, pessoas com capacidades iguais. Como foi visto acima, porém, essa situação nem sempre é verdadeira, visto que, principalmente, nos dias atuais, com o crescente número de micro e pequenas empresas, a desigualdade entre as partes, mesmo sendo empresários, tem sido acentuada.

²²⁵ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.

²²⁶ FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. In: **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**, n.130, v.42, abr./jun., 2003, p.16.

²²⁷ Ibid.

O Código Civil, tanto o brasileiro, quanto o português, no que tange à interpretação contratual, manifestou-se por levar em consideração a liberdade contratual e os ditames da boa-fé. Ademais, nas situações em que ocorrem abusos no âmbito contratual, a legislação cível prevê, como forma de corrigir tais erros, a resolução por onerosidade excessiva, lesão e abuso de direito. Sem entrar no mérito de cada um desses institutos, será dada uma explicação breve sobre cada um.

Quanto à primeira solução, ela vem especificada no CCB nos artigos 317 e 418²²⁸, além de ser prevista, também, no CDC, no artigo 6º. Já no CCP essa questão não vem expressa, porém é aceita pelas doutrina e jurisprudência pátrias²²⁹. Para que ocorra uma revisão contratual com base na onerosidade excessiva, é necessário que, ocorrido um fato imprevisível²³⁰, esta não tenha a influência da vontade de uma das partes, e torne a execução contratual muito difícil ou excessivamente onerosa para uma das partes. Dessa forma, é uma medida que visa assegurar problemas surgidos após a celebração contratual.

Em relação à lesão, está inserida no CCB no artigo 157 e, no direito português, no artigo 282 do CCP com a denominação de usura. Ocorrerá a lesão “quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência²³¹, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza

²²⁸ Obs.: Sobre esse conteúdo desse artigo, o Conselho de Justiça Federal, no enunciado 176, manifesta-se da seguinte forma: 176 – Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 18 set. 2014.

²²⁹ Nas palavras de José Ascensão: “Esta figura, embora não referida expressamente nos arts. 437 a 439 CC, não é desconhecida da ordem jurídica portuguesa. É assim que o art. 566/1 CC dispõe que a indemnização será fixada em dinheiro se a reconstituição natural for excessivamente onerosa para o devedor. Na mesma linha, o art. 1221/2, em matéria de empreitada, exclui o direito de o dono da obra exigir a eliminação dos defeitos ou nova construção, se as despesas forem desproporcionadas em relação ao proveito. E é ainda a ideia da onerosidade excessiva que está na base da previsão de numerosas cláusulas negociais gerais relativamente proibidas”. ACENSÃO, José de Oliveira. Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, n.65, v.3, 2005. Disponível em: <<http://www.oa.pt/>>. Acesso em: 16 set. 2014.

²³⁰ “O fato imprevisível deve ser analisado tendo como parâmetro não o mercado, mas a pessoa do contraente, se ele previa ou não o resultado quando celebrou o contrato. A utilização do mercado como parâmetro tornaria praticamente impossível a revisão ou resolução do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil, pois o desemprego, a escala inflacionária, a alta do dólar, etc. não podem ser considerados fatos imprevisíveis para o mercado”. FAVA, Marina Dubois. **Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas**. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p.107.

²³¹ Obs.: No Brasil, o entendimento majoritário da doutrina sobre a ideia de inexperiência, na lesão, “somente abarcaria as pessoas físicas. Eventualmente, contudo, também os empresários poderão ficar sujeitos a abusos praticados pelo contratante em posição de superioridade quando estiverem no início de suas experiências empresariais, sendo, portanto, inexperientes em comparação com aqueles empresários que já tenham muito tempo de mercado”. FAVA, Marina Dubois. **Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas**. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 111.

de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados”²³².

Outra situação que serve para corrigir os abusos no âmbito contratual é o abuso de direito²³³. Previsto no art. 334º do CCP e 187 do CCB, em conteúdos praticamente idênticos. É um instituto com muitas discussões doutrinárias, todavia, as soluções encontradas com base nesse instituto, pouco, ou nada, diferem das soluções que aplicam o princípio da boa-fé, princípio já estudado em tópico próprio.

Especificamente sobre os contratos de adesão, como já falado acima, o direito brasileiro apenas propõe soluções referentes às “cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”²³⁴ e informa, no art. 423 do CCB, que em casos de “cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”²³⁵. A proteção maior conferida a esse tipo contratual, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se prevista no CDC, porém apenas se aplica às relações com os consumidores. Sobre esse assunto, manifesta-se Ascensão de Oliveira²³⁶:

Isto é consequência de a figura da cláusula contratual geral não ter sido por si objecto de regulação na ordem jurídica brasileira. Donde resulta que, mesmo explorando todas as potencialidades de expansão das previsões legais, não é possível chegar a um sistema integrado na disciplina das cláusulas abusivas. O sistema civil – que não o do consumidor – está ainda por completar. Mas isto é uma inversão, porque o que caracteriza antes de mais as pessoas é serem cíves, cidadãos, e não consumidores.

O ordenamento jurídico português, diferentemente do brasileiro, trouxe, como já visto, uma lei específica para as cláusulas contratuais gerais - Lei nº 446/85. Apesar de tal fato, quando o contrato de adesão é concluído entre empresas, a proteção conferida por essa lei é menor do que quando é firmado um contrato de adesão entre uma empresa e um consumidor.

²³² Redação do artigo 282º do CCP.

²³³ Para maiores informações sobre o assunto, c.f.: CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, v.2, ano 65, setembro/2005. Disponível em: <<http://www.oa.pt/>>. Acesso em: 14 set. 2014.

²³⁴ Art. 424 do CCB.

²³⁵ Exemplo da utilização desse artigo pela jurisprudência brasileira: cominatória - Ação julgada procedente - Plano de saúde coletivo - Dependente de beneficiário falecido - Autora que busca a continuidade do contrato, com a renúncia ao período de remissão previsto na apólice - Admissibilidade - **Contrato que possui cláusula que não permite a interpretação clara com relação à situação contratual após o término do período de remissão - Aplicação do quanto inserto no art. 423, do Código Civil**, com a possibilidade de escolha pela seguradora - Sentença mantida - Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 01254580420128260100 SP 0125458-04.2012.8.26.0100, Relator: Percival Nogueira, Data de Julgamento: 06/06/2013, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/06/2013). (grifo meu). Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116484021/apelacao-apl-1254580420128260100-sp-0125458-0420128260100>>. Acesso em: 23 set. 2014.

²³⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/>>. Acesso em: 23 set. 2014.

Ressalta-se que, nos contratos celebrados entre empresas, a interpretação contratual deve ser feita de forma a excluir efeitos danosos de situações imprevisíveis, bem como coibir os abusos praticados pela parte economicamente mais forte, mas não deve excluir os riscos inerentes da própria atividade comercial²³⁷.

Nota-se, porém, que os comerciantes, em uma situação de abuso de dependência econômica, poderiam valer-se de inúmeros institutos (como os citados de forma exemplificativa acima), bem como dos princípios contratuais. Todos esses institutos, todavia, dependem de uma apreciação do caso concreto e estão “a mercê” de termos vagos e subjetivos. Dessa forma, os institutos em questão não são suficientes para proteger os comerciantes dos abusos cometido no âmbito dos contratos entre empresários. É possível que, no caso concreto, eles não sejam suficientes em decorrência de uma aplicação deficiente por parte do magistrado ou, também, em decorrência da dificuldade da produção das provas necessárias em juízo.²³⁸.

5.2 Insuficiência na legislação concorrencial

No que tange à legislação antitruste, retoma-se o estudo já feito em tópico anterior, sobre a questão da dependência econômica. Dessa forma, o estado de dependência econômica só seria protegido pelas autoridades da concorrência quando ocorresse o abuso desse estado.

Para se caracterizar esse abuso, como informa a autoridade da concorrência portuguesa, é necessário o preenchimento de alguns requisitos. Importante relembra-los: a) tem que ser em uma relação vertical; b) tem que haver a dependência econômica de uma empresa em face da outra; c) a empresa dominante deve ter comportamentos abusivos; d) essa exploração abusiva deve afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência. Assim, uma empresa que abuse da situação de dependência econômica da outra só sofrerá a devida sanção quando esse abuso vier a afetar o mercado.

²³⁷ STGANI, Alexandre. et al. Os princípios peculiares do direito comercial e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos interempresariais. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, n.145, v.46, p.243, jan./mar., São Paulo, 2007.

²³⁸ FAVA, Marina Dubois. **Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais**: a disciplina das cláusulas abusivas. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p.115.

Na mesma linha, segue o direito brasileiro, haja vista a denominada “regra da razão”, que não aceita a ilegalidade “per si” na seara concorrencial²³⁹, ou seja, as condutas serão avaliadas em decorrência dos efeitos positivos ou negativos que acarretarem à concorrência.

No paradigma atual, como já visto, com o crescente número de micro e pequenas empresas e com as relações contratuais formadas, cada vez mais, por contratos de adesão, nem todos os abusos cometidos pela empresa economicamente dominante afetarão a estrutura do mercado, pelo contrário, apenas a minoria irá afetar. O que se percebe em decorrência disso, é que, muitas vezes, existe o abuso de dependência econômica, porém, por ele não afetar a concorrência, aquele empresário dependente não obterá a proteção da legislação concorrencial.

Nesse sentido, a denominada regra da razão torna-se uma das principais válvulas de escape do processo interpretativo da legislação antitruste, permitindo, assim, um espaço para a realização de condutas abusivas²⁴⁰. Em concordância sobre a questão de essa regra ser considerada uma válvula de escape para o cometimento de infrações, Marina Fava²⁴¹ manifesta-se da seguinte forma:

Uma mesma prática, portanto, pode configurar ou não concorrência ilícita dependendo do efeito que gera ou pode gerar. A efetiva obtenção do efeito, todavia, é irrelevante para a caracterização da infração, bastando que haja elevada probabilidade de obtenção de um desses efeitos. Não obstante, a comprovação da intenção do agente em gerar efeitos anticoncorrenciais, na prática, é muito difícil. Em primeiro lugar, porque, em geral, não existem documentos internos comprobatórios das intenções do agente econômico e, em segundo, porque, ainda que existam tais documentos, eles só podem representar verdadeira intenção na medida em que haja uma capacidade mínima de produção dos efeitos desejados.

Dito isso, nota-se que, apesar de a legislação antitruste ser uma boa solução para muitos problemas, nem sempre, em um determinado contrato específico, principalmente em relação aos contratos de adesão entre empresas, será a melhor solução, tendo em vista os problemas já mencionados.

²³⁹ Essa ilegalidade é referente ao fato do aplicador do direito apenas analisar a norma e não avaliar as consequências da conduta nos elementos de mercado.

²⁴⁰ FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.181.

²⁴¹ FAVA, Marina Dubois. **Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais**: a disciplina das cláusulas abusivas. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p.119.

5.3 Legislação aplicável em um contrato com o consumidor

Tendo em vista a necessidade de proteção da parte hipossuficiente/vulnerável nas relações contratuais, notadamente nas relações consumeristas, a regulação das relações de consumo evoluiu, em diversos países, por volta da década de 1970 e 1980. É por conta dessa proteção da vulnerabilidade que se analisará, agora, tal instituto, para estudar, posteriormente, a possibilidade de aplicação deste aos contratos de adesão entre empresas.

Primeiramente, a França instituiu a sua Lei de proteção e garantia de informação aos consumidores em 1978. No mesmo ano, a Espanha, por sua vez, dotou a defesa do consumidor de proteção constitucional. Em Portugal, “não obstante o surgimento dessa específica malha legislativa de proteção dos interesses e dos direitos do consumidor que brotam isoladamente pela legislação esparsa, não se pode admitir que o cidadão consumidor se encontrasse totalmente desprotegido, eis que, até então, tutelado pelo direito civil, ainda que o fosse de uma forma genérica”²⁴². Pinto Monteiro²⁴³ informa que:

Estas preocupações de justiça material e de solidariedade social estão bem patentes, aliás, no direito civil português, “máxime” no Código de 66 que generosamente acolhe o princípio da boa-fé, proíbe o abuso do direito e os negócios usurários, dá relevo à alteração anormal das circunstâncias, prevê a responsabilidade civil independente de culpa, etc.

Além do CCP, a Constituição portuguesa de 1976, antes da Resolução n° 39.248 da ONU, já dispunha sobre o consumidor em seu art. 81°, alínea m), que colocava sobre a incumbência estatal “proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores”. Porém, tal proteção não fez referência aos direitos dos consumidores, pois, em tese, esses direitos decorreriam da ajuda das cooperativas e associações. Adiante, com a revisão constitucional de 1982, o consumidor passa a ser considerado como um sujeito de mercado. Além do referido artigo²⁴⁴, a parte II (organização econômica), título VI (comércio e proteção do consumidor), no artigo 110°²⁴⁵, diferentemente do que previa a constituição original, trouxe alguns de seus direitos.

²⁴² FILHO, Artur Jenichen. Os direitos do consumidor e a constituição da república portuguesa: aspectos destacados. In: **Revista da EMESC**, n° 19, vol. 13, 2006, p. 146. Disponível em: <<http://www.estig.ipbeja.pt/>>. Acesso em: 12 set. 2014.

²⁴³ MONTEIRO, António Pinto. **A defesa do consumidor no limiar do séc. XXI**. In: *Studia Iurídica*; 73. Colloquia: 12. Coimbra: Coimbra, 2003, p.38.

²⁴⁴ Obs.: Agora não mais na alínea m, mas na alínea j.

²⁴⁵ Art. 110° (Protecção do consumidor): 1.Os consumidores têm direito à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos e à reparação de danos. 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa. 3. As associações de

Nesse período, a Organização das Nações Unidas - ONU editou, em 1985, a Resolução de 39.248 recomendando adoção, pelos Estados Membros, de legislação voltada à defesa e proteção dos consumidores. Nesse sentido, Eliana Cáceres²⁴⁶ salienta quanto à elaboração da dita resolução pela Organização das Nações Unidas:

Dez anos depois de intensas tratativas, o movimento de consumidores pode celebrar uma de suas vitórias mais significativas: a aprovação por unanimidade das Diretrizes para a Proteção do Consumidor por parte da Assembleia-Geral das Nações Unidas através da Res. 39.248 de 9.4.85. Esta Resolução recomenda aos países membros da ONU que desenvolvam, reforcem ou mantenham uma política firme de defesa do consumidor, sendo que cada governo deve determinar prioridades de acordo com as circunstâncias econômico/social do país e as necessidades de sua população, levando em conta os custos e benefícios das medidas propostas. Houve também a introdução de uma “Lei Base de Defesa do Consumidor”.

Nesse contexto, também, em 1985, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, criou-se, no Brasil, por meio do Decreto de nº. 91.469/1985, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, que tinha como objetivo a formulação e condução da Política Nacional de Defesa do Consumidor no Brasil²⁴⁷.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “que se baseia em, dentre outros princípios, na livre iniciativa, na valorização da propriedade privada”, o que transforma os cidadãos em “consumidores em potencial”²⁴⁸, mostrou-se necessária a existência de uma legislação voltada a regular as relações de consumo e, principalmente, voltada a equiparar as partes envolvidas na consecução e realização das relações de consumo. O artigo 5º inciso XXXII dessa constituição eleva a um nível constitucional a proteção e defesa do consumidor, ao estabelecer que: “O estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Leal e Tassigny²⁴⁹ salientam que tal disposição constitucional:

Trata-se de consectário lógico da percepção de que o consumidor é vulnerável na relação de consumo e que, por conta disso, necessita que o estado o proteja no trato direto que promove com o fornecedor de produtos e serviços. Colocada dessa forma no art. 5º, a defesa do consumidor ganha status de direito e garantia fundamental de

consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores. Disponível em: <<http://dre.pt/pdfgratis/1982/09/22700.PDF>>. Acesso em: 13 set. 2014.

²⁴⁶ CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor – uma contribuição. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, abr./jun. 1994, p. 64.

²⁴⁷ Art. 1º. Fica criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor - CNDC, com a finalidade de assessorar o Presidente da República na formulação e condução da Política Nacional de Defesa do Consumidor.

²⁴⁸ LEAL, Leonardo José Peixoto; TASSIGNY, Mônica Mota. **Política nacional das relações de consumo, sistema nacional de defesa e perfil do consumidor**: consumo, educação e conscientização entre jovens consumidores em Fortaleza. In. Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis, 2014, p. 2.

²⁴⁹ Ibid., p.5.

todos os cidadãos brasileiros. Outro ponto especialmente dedicado na CRFB/88 à defesa do consumidor consta do art. 170, V que eleva sua proteção à condição de princípio da ordem econômica, ou seja, toda política estatal de intervenção na atividade econômica deve observar, dentre outros princípios, o da necessidade de proteção do consumidor.

Além disso, o Constituinte originário, percebendo a necessidade de elaboração de uma legislação específica para regular e delimitar o âmbito de atuação na seara do Direito do Consumidor, determinou, no âmbito do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48, que o “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Desta forma, percebe-se que a existência de uma legislação voltada para regulação das relações de consumo e proteção dos direitos do consumidor é relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro. Somente na década de noventa, por meio da Lei Federal de nº. 8.078/1990, positivou-se a Lei Principiológica denominada de Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Esta lei instituiu um microsistema na legislação privada e estabeleceu, por outro lado, normas de ordem pública e interesse social, tendo em vista que todos os cidadãos são consumidores em potencial, com a consagração do regime capitalista, bem como pelo fato do direito do consumidor ser, nos termos do art. 170 da Constituição Federal²⁵⁰, princípio da ordem econômica brasileira²⁵¹.

Também é recente, na forma mais aprofundada, tal assunto no ordenamento jurídico português. Apenas com a revisão de 1989, o direito do consumidor passou a ser considerado como direito fundamental. A partir de então, o direito do consumidor encontra-se inserido na parte I (direitos e deveres fundamentais), título III (direitos e deveres econômicos, sociais e

²⁵⁰ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Alterado pela EC-000.042-2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Alterado pela EC-000.006-1995) Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁵¹ Ademais, a referida legislação é principiológica, formando estabilização de regras e princípios jurídicos, com uma proximidade com CFB. Como legislação principiológica, Rizzato Nunes explica: “Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CPDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica. [...] Com efeito, o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre elas destacam-se os Princípios Fundamentais da República, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais.”. NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 65 e 66.

culturais), capítulo 1 (direitos e deveres econômicos) no art. 60°. Todavia, a constituição não define o consumidor, tal conceito veio a ser inserido no ordenamento jurídico com a Lei de Defesa do Consumidor de 29/81.

A lei de defesa do consumidor portuguesa atual foi criada em 31 de julho de 1996, sendo a Lei n° 24/96. Nela estão inseridos os direitos dos consumidores, direitos às associações de consumidores, além de “relacionar a principal fonte e os vários direitos conferidos aos consumidores na legislação infraconstitucional”²⁵². Além disso, reformulou o conceito de consumidor inserido na lei anterior²⁵³. Ademais, entre outras modificações, modificou o fato de que, anteriormente, o conceito de consumidor era válido apenas para efeitos da própria lei; atualmente, não, pois “assumiu o legislador a pretensão de universalismo em toda a ordem jurídica, e não apenas para efeitos do diploma em que está inserido”²⁵⁴.

Posteriormente, com a revisão de 1997, foi conferida a legitimidade processual “às associações de consumidores e cooperativas de consumo para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos (art. 60, n.º3) –, assim se robustecendo, ao nível do texto fundamental, os direitos dos consumidores e a importância daquelas associações”²⁵⁵.

Depois de feitas tais considerações, importa agora delimitar os conceitos de fornecedores, consumidores e de relação de consumo, haja vista que são esses conceitos que irão determinar a incidência – ou não – da referida legislação protetiva.

5.3.1 Definição de Fornecedor

Em uma primeira análise, pode dizer-se que a relação de consumo é o negócio jurídico firmado entre consumidor e fornecedor, sendo tal relação regulada pelas disposições de proteção e defesa do consumidor. Percebe-se, então, que para conseguir definir e identificar uma relação de consumo faz-se necessário identificar e conceituar as partes dessa relação

²⁵² FILHO, Artur Jenichen. Os direitos do consumidor e a constituição da república portuguesa: aspectos destacados. In: **Revista da EMESC**, n.19, v.13, 2006, p.150. Disponível em: <<http://www.estig.ipbeja.pt/>>. Acesso em: 13 set. 2014.

²⁵³ Obs.: As dúvidas existentes com o conceito passado, entretanto, continuaram a existir, como se verá em tópico próprio.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Fernando Baptista de. **O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 62.

²⁵⁵ Ibid., p.40.

jurídica. O código brasileiro estabeleceu os conceitos de cada sujeito da relação. Inicia-se com o conceito de fornecedor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O conceito estabelecido pelo código brasileiro é bastante amplo, abrangendo, praticamente, toda e qualquer pessoa física e jurídica, inclusive entes despersonalizados, desde que desenvolvam atividades ligadas aos produtos ou à prestação de serviços. Os parágrafos do transcrito preceptivo legal delimitam os conceitos de produtos e de serviços.

A lei portuguesa, porém, não trouxe expressamente o conceito de fornecedor²⁵⁶. O Decreto-Lei nº 24/2014, em concordância com a diretiva nº 2011/83/UE, em seu artigo 3º, f), traz o conceito em que fornecedor é “pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, num contrato com um consumidor, atue no âmbito da sua atividade profissional, ou através de outro profissional, que atue em seu nome ou por sua conta”²⁵⁷.

Enquadra-se, então, no conceito de fornecedor a pessoa que desenvolva habitualmente atividades profissionais ligadas aos produtos e serviços exemplificados pelos ordenamentos em questão. Desta forma, para definição de fornecedor a profissionalidade e a habitualidade são requisitos, excluindo, portanto, a aplicação das normas do “código todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais”²⁵⁸.

Como visto, o fornecimento, para a doutrina brasileira, pode ser de produtos ou de bens. Quanto ao primeiro, assinala Cláudia Lima Marques²⁵⁹ que “o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a

²⁵⁶ Apesar disso, informa, em seu artigo 2º que: “Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos”. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>. Acesso em: 15 set. 2014.

²⁵⁷ Disponível em: <<http://www.dre.pt>>. Acesso em: 15 set. 2014. Obs.: esse entendimento é pacificado na doutrina e na jurisprudência pelo TJCE, assim, fornecedor é sempre o profissional que, no exercício de sua profissão, vende ou presta serviços no mercado de consumo. KLAUSNER, Eduardo Antônio. **Direitos do consumidor no Mercosul e na União Europeia**: Acesso e efetividade. Curitiba: Juruá, 2006, p. 81.

²⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 327.

²⁵⁹ *Ibidi.*, p.326.

importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação e distribuição de produtos”. Já quanto ao segundo, é de interpretação mais aberta e abrangente, sendo exigidos somente a prestação de serviços e a existência de uma remuneração, não se exige, especificamente, que esse fornecedor de serviços deva ser, necessariamente, um profissional. Pela falta de exigência expressa de o fornecedor de serviços ser um profissional, pela legislação brasileira, a maioria da doutrina pátria tem entendido que basta que se faça “presente o escopo de lucro, ainda que indireto”²⁶⁰.

Outro ponto que merece destaque na questão do fornecimento de serviços está no conceito de remuneração, pois, em uma primeira análise, pode-se pensar que os serviços gratuitos – não pagos pelo consumidor diretamente – não estão incluídos no conceito de prestação de serviços e, por consequência, não se subordinariam às disposições de ordem pública desses códigos.

Entretanto, o conceito de remuneração não se confunde com o de gratuidade, podendo, conforme for o caso, a remuneração ser indireta. Nesse diapasão, “a opção pela expressão ‘remunerado’ significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente”, ou seja, nos casos em que o consumidor individual não paga, “mas sim a coletividade” ou, ainda, quando o consumidor “paga indiretamente o benefício gratuito que está recebendo”²⁶¹.

Dois outros pontos importantes relacionados com a prestação de serviços e do correlato conceito de fornecedor de serviços, na legislação brasileira, dizem respeito à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários e aos serviços públicos prestados por concessionárias.

Quanto ao primeiro ponto, houve um embate jurídico quanto à constitucionalidade das disposições constantes no parágrafo segundo do já citado e transcrito art. 3º da Lei Federal de nº. 8.078/1990 no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 2591. Em tal ação argumenta-se, em suma, que a regulação do sistema financeiro nacional deve ser feita por lei complementar, nos moldes do art. 192 da Constituição Federal de 1988 e, por consequência, a

²⁶⁰ NETO, Roberto Grassi. Consumidor nas relações jurídicas com as instituições bancárias. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi**. São Paulo, 2009, p.10420. **Obs.:** Tal ponto, em Portugal, é pacífico, já que, como visto anteriormente, é expressamente exigido que o fornecedor seja um profissional.

²⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.328.

Lei Federal de nº. 8.078/1990, por ser Lei Ordinária, não poderia versar sobre a questão envolvendo a prestação de serviços bancários²⁶².

O Supremo Tribunal Federal²⁶³ decidiu pela improcedência da ação ajuizada, considerando que a referida Lei Ordinária limitou-se a enquadrar como relação de consumo, em função da prestação de serviços, o negócio jurídico existente entre o consumidor e a instituição financeira, sem, em nenhum momento, adentrar na regulação do Sistema Financeiro Nacional.

No que pertine aos serviços prestados por concessionárias de serviço público, vale frisar que há divergência doutrinária quanto à aplicação do CDC, existindo autores que defendem a aplicação da legislação consumerista, os que defendem a aplicação provisória até a elaboração de legislação própria, e os que defendem a sua não aplicação.

Os autores que defendem a aplicação do CDC nos serviços prestados pelas concessionárias de serviços públicos elencam a exigência de remuneração específica como elemento caracterizador da incidência das disposições da legislação consumerista. Ou seja, a

²⁶² A Constituição Federal de 1988 elenca, em seu art. 59, os tipos legais existentes no Brasil, existindo uma hierarquia entre a Lei Ordinária e a Lei Complementar, inclusive quanto ao quórum de elaboração e aprovação no processo legislativo. Nesse sentido, Rodolfo Rosa Telles Menezes define a Lei Complementar como sendo a “Lei Complementar (LC) tem o propósito de complementar a constituição: explicando, adicionando ou completando determinado assunto na matéria constitucional”, enquanto a “lei ordinária é uma norma jurídica primária que contém normas gerais abstratas que regram nossa vida em coletividade. É uma norma infraconstitucional, que tem competência material residual, ou seja, o que a Constituição Federal não determinou que seja tratado por norma jurídica específica, será tratado por uma lei ordinária”. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11002>. Acesso em: 13 set. 2014.

²⁶³ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que apóiem os autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente.

exigência de remuneração “acaba por excluir uma parcela” dos serviços públicos, “qual seja a dos serviços públicos não remunerados ou *uti universi*, já que são prestados pelo poder público”, sendo tais serviços prestados “por meio do pagamento de tributos”²⁶⁴.

Por outro lado, os autores que defendem a não aplicação ou a aplicação provisória do CDC argumentam que o liame jurídico entre o usuário do serviço público e a concessionária é distinto da relação jurídica existente entre consumidor e fornecedor, por isso a relação não seria de consumo e, por consequência, não se aplicaria ao caso concreto as disposições do referido código. Nesse diapasão, Antônio Carlos Cintra do Amaral²⁶⁵ afirma que “considerar o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica econômica”, entretanto tal consideração não seria possível sob a ótica jurídica, pois “o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas”.

Com o entendimento pela aplicação das normas do CDC aos serviços públicos prestados pelas concessionárias mediante remuneração específica, acarreta-se uma série de consequências de ordem prática, como, por exemplo, a possibilidade de inversão do ônus probatório no caso concreto²⁶⁶.

5.3.2 Definição de Consumidor

Definido o conceito de fornecedor, importa agora delimitar o conceito de consumidor, analisando, para tanto, as teorias interpretativas existentes. A importância de se entender e de se delimitar o conceito de consumidor está adstrita ao fato que uma relação somente será considerada de consumo, com a incidência das disposições protetivas do consumidor, quando figure um consumidor – ainda que por equiparação²⁶⁷ – de um lado e um fornecedor de outro.

²⁶⁴ TAWIL, Joseph Antoin. A relação de consumo estabelecida entre o usuário de serviço público e a empresa concessionária. In: **Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi**. Manaus. 2007, p. 4549.

²⁶⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.5, abr./jun, 2004, p.133-138.

²⁶⁶ TAWIL, Joseph Antoin. A relação de consumo estabelecida entre o usuário de serviço público e a empresa concessionária. In: **Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi**. Manaus. 2007, p. 4549.

²⁶⁷ O CDC brasileiro, em seu parágrafo único do artigo 2º informa que: “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”. Na visão de Júlio Moraes, “a ampliação do consumidor para o consumidor equiparado pode proteger os consumidores em muitas hipóteses em que estariam desprovidos de qualquer proteção jurídica. Portanto, é uma forma de aplicação extremamente moderna do Código de Defesa do Consumidor”. Como exemplo, cita-se o caso da filha de um consumidor que se intoxicou ao ingerir o produto defeituoso, nesse caso, ela gozará de todas as proteções do CDC. OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de direito do consumidor completo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014, p.108.

Fernando Baptista²⁶⁸ afirma que esse conceito é “a verdadeira pedra angular – para não dizer calcanhar de Aquiles no direito dos consumidores”.

O direito europeu nada traz a respeito de um conceito único de consumidor²⁶⁹, deixando a livre arbítrio de cada estado defini-lo. Portugal conceitua no artigo 2º da Lei nº 24/96, que diz que:

1 - Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise à obtenção de benefícios. 2 - Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

O Brasil traz esse conceito no art. 2º do CDC que define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Em ambos os ordenamentos jurídicos em análise, o conceito de consumidor traz algumas polêmicas. Primeiramente, sob o âmbito português, trar-se-ão, apenas, aquelas polêmicas que interessam ao presente estudo, tais como: se o consumidor pode ser uma pessoa coletiva e se pode ser um profissional.

Quanto a ser um profissional, a doutrina portuguesa pacifica o entendimento de que não é possível, nas situações em que o contraente, ao adquirir produtos ou serviços, dá-lhes um destino empresarial, visto que, dessa forma, estaria em situação de igualdade com a outra parte, já que ambos possuiriam conhecimentos sobre tudo o que se estaria contratando, não

²⁶⁸ OLIVEIRA, Fernando Baptista de. **O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 51.

²⁶⁹ Praticamente cada diretiva tem um conceito próprio de consumidor. “A directiva sobre o comércio eletrónico.. (..) define-o como qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional. Essa noção aproxima-se da prevista na Directiva sobre contratos à distancia, que dispõe no art. 2º, 2, que, por consumidor, para efeitos dessa directiva, entende-se qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional. (..). Mas há ainda outras noções de consumidor no direito comunitário. Assim, por exemplo, a Directiva Viagens Organizadas dispõe, no art. 2º, 4, que, por consumidor, para efeitos desta directiva, entende-se a pessoa que adquire ou se compromete a adquirir a viagem organizada (o contratante principal) ou qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal ou um dos outros beneficiários cede a viagem organizada (o cessionário). Estamos, portanto, em face de uma definição diferente daquelas acima referidas, em especial da constante da Directiva sobre o comércio electrónico”. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A protecção do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio eletrónico. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, n.2. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 59-60.

necessitando, portanto, de uma proteção jurídica especial. Nesse sentido, também é a letra da lei, quando informa que os bens serão destinados ao uso não profissional²⁷⁰²⁷¹.

O profissional, porém, pode ser consumidor, desde que utilize os bens para uso próprio e não para uso comercial. Como exemplo, cita-se o caso de um profissional que adquire um automóvel para uso particular. Assim, tendo em vista a finalidade no ato da compra, qual seja, o uso não profissional do bem, esse negócio celebrado deve ser considerado uma relação de consumo, “uma vez que o comprador age na veste de consumidor e é contraparte de um profissional que age no exercício da sua atividade”²⁷². Sobre essa resposta, incidem outras perguntas, tal qual: e se o bem adquirido tiver uso misto, tanto profissional quanto pessoal? Como resposta a essa pergunta, salienta Fernando Baptista²⁷³:

A solução, obviamente que não é líquida e terá sempre de passar por uma análise casuística, concreta. (...) A nossa doutrina tem sustentado – como também melhor se verá – que o profissional deve beneficiar da proteção dada ao consumidor quando, atentas as circunstâncias, este se mostrar, em relação ao bem, que adquiriu tão leigo quanto o consumidor. Posição que parece não ser de rejeitar – antes pelo contrário -, por se ajustar à razão de ser da legislação do consumidor, que é compensar situações de clara desigualdade.

Ressalta-se, ainda, a solução dada pelo anteprojeto do código do consumidor. Este aceita que os profissionais/pessoas singulares/pessoas coletivas beneficiem-se do código “se provarem que não dispõem de competência específica para a transação e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade”, em conformidade com o artigo 11^o²⁷⁴.

Já sobre ser uma pessoa coletiva, a lei do consumidor portuguesa nada especificou sobre o assunto. Deixou a cargo da doutrina e da jurisprudência tal decisão. A doutrina e as diretivas da comunidade europeia²⁷⁵ negam a possibilidade de o conceito de consumidor abranger as pessoas coletivas. Em concordância com esse pensamento, Mário Monte²⁷⁶ rejeita a inclusão de a empresa ser considerada consumidor. Em uma opinião contrária, Fernando Baptista afirma que:

²⁷⁰ OLIVEIRA, Fernando Baptista de. **O conceito de consumidor:** perspectivas nacional e comunitária. Coimbra: Almedina, 2009, p. 65.

²⁷¹ Obs.: Há quem entenda de forma contrária, ver-se-á isso em tópico posterior.

²⁷² OLIVEIRA, Fernando Baptista de. **O conceito de consumidor:** perspectivas nacional e comunitária. Coimbra: Almedina, 2009, p. 68.

²⁷³ Ibid., p. 71.

²⁷⁴ PORTUGAL, Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, 2006. Disponível em: <http://www.acra.pt/_pdf/ApCC2006.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

²⁷⁵ A exemplo da diretiva 97/7/7/CE.

²⁷⁶ MONTE, Mário Ferreira. **Da proteção penal do consumidor:** o problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo. Coimbra: Almedina, 1996, p.193.

É pelo menos legítimo pensar – e, mesmo concluir-, que se o legislador tivesse a intenção de adoptar a aludida noção restritiva de consumidor, tê-lo-ia feito, não deixando tudo em aberto com a abstracta expressão “todo aquele”. Pretendeu o legislador, sem dúvida para nós, deixar ao cuidado da doutrina e dos “aplicadores do direito” (a jurisprudência) a tomada de posição perante as mais diversas situações (concretas) que se deparem. (...) Não é correcto dizer-se que a debilidade contratual é apanágio apenas das pessoas singulares.

Sobre essa questão, Menezes Cordeiro²⁷⁷ manifesta-se informando que “excluir as pessoas colectivas de todo um sector normativo equivaleria a um ressuscitar do princípio da especialidade; um retrocesso conceitual de todo impensável, para mais um sector normativo que procura uma melhor apreciação da realidade econômica e social”.

Sob o enfoque do conceito de consumidor no Brasil, em uma primeira análise, percebe-se que será considerado consumidor qualquer pessoa, seja natural ou jurídica, que tenha adquirido ou utilizado um produto ou serviço como destinatária final. Diante da definição legislativa, surgiram duas teorias interpretativas básicas do conceito de consumidor, a teoria finalista e a teoria maximalista. Após debates doutrinários e jurisprudenciais, surgiu uma terceira teoria interpretativa, a teoria finalista aprofundada, que busca amenizar o rigor da teoria finalista pura. Importa, então, analisar as ditas teorias, bem como verificar qual o posicionamento jurisprudencial brasileiro, notadamente a posição dominante no Superior Tribunal de Justiça, uniformizador da legislação infraconstitucional.

A primeira teoria interpretativa a ser analisada é a chamada teoria finalista, segundo a qual somente pode ser considerado como consumidor o destinatário final que efetivamente retira o produto ou serviço do mercado, usando em benefício próprio ou de sua família, restringindo-se ao não profissional que é destinatário fático e econômico do produto ou do serviço.

A interpretação adotada pela teoria finalista é restritiva, justificando tal modo de interpretar em função da necessidade de se corretamente definir quem é ou não é consumidor, haja vista que “esta tutela só existe por que o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC”. Essa teoria interpreta a expressão destinatário final como sendo o “consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatária final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico)”, justamente por isso não se considera consumidor

²⁷⁷ CORDEIRO, António Menezes. O anteprojecto de código do consumidor. In: **O Direito**, n° 138, 4, 2006. Lisboa, p.697.

“aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem”²⁷⁸. Nesse diapasão, Maria Antonieta Zanardo Donato²⁷⁹ define consumidor como sendo:

É aquele destinatário final fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Assim, não basta ser destinatário fático do produto, isto é, retirá-lo do ciclo produtivo. É necessário também ser destinatário final econômico, ou seja, não adquiri-lo para conferir-lhe utilização profissional, pois o produto seria reconduzido para a obtenção de novos benefícios econômicos (lucros) e que, cujo custo estaria sendo indexado no preço final do profissional. Não se estaria, pois, conferindo a esse ato de consumo a finalidade pretendida: a destinação final.

Em sentido diametralmente oposto, encontra-se a chamada teoria maximalista, segundo a qual consumidor será toda e qualquer pessoa que retire o produto do mercado, pouco importando se quem o adquire é profissional ou não, bem como pouco importando a destinação que será dada ao produto ou serviço, utilizando, para tanto, uma interpretação extensiva da expressão destinatário final esculpido no caput do art. 2º do já citado código.

Para os maximalistas, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor “seria um código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado”. Os adeptos dessa teoria interpretativa consideram que o “destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar”²⁸⁰ em produto para posterior venda seria considerada consumidora. A teoria maximalista se manteve durante alguns anos como a teoria mais aceita pela jurisprudência pátria, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça²⁸¹.

Após os embates doutrinários e jurisprudenciais envolvendo as duas teorias expostas, a construção jurisprudencial passa a utilizar a teoria finalista em uma vertente aprofundada, segundo a qual o rigor excessivo da teoria finalista é mitigado, passando a se aceitar a aplicação do CDC, desde que se demonstre a existência de vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica, a determinados consumidores profissionais, como, por exemplo, pequenos empresários individuais e profissionais liberais. Tal posicionamento é majoritário no âmbito

²⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 311.

²⁷⁹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor, Conceito e Extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999, p. 90-91.

²⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 255.

²⁸¹ A exemplo do Conflito de Competência de nº. 41.056 – SP, julgado em 2004.

do Superior Tribunal de Justiça²⁸², órgão uniformizador da aplicação da legislação infraconstitucional, como é o do código em questão.

Diante disso, percebe-se que, atualmente, o critério essencial para definição de consumidor é a existência de vulnerabilidade, tendo em vista que esse critério poderá, a depender do caso concreto, minimizar os rigores formais da teoria finalista, conforme entendimento jurisprudencial demonstrado. Vale, então, definir o conceito de vulnerabilidade e distingui-lo da hipossuficiência.

5.3.3 Definição de vulnerabilidade

A vulnerabilidade, no direito brasileiro, está positivada no art. 4º, inciso I, do CDC, sendo lá estabelecido que a Política Nacional das Relações de Consumo reconhecerá a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Em Portugal, encontra-se presente no art. 9º, 1 da Lei 24/96, ao exigir a igualdade material nas relações de consumo, visto o consumidor ser a parte mais fraca.

²⁸² PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO. 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial (Recurso Especial nº. 1010834-GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 3 de agosto de 2010, publicado em 13 de outubro de 2010).

Outro exemplo: Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.- A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicação do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. – São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. – Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso Especial não conhecido. (Recurso Especial de nº. 476428-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19 de abril de 2005 e publicado em 9 de maio de 2005).

Dessa forma, percebe-se que o princípio da vulnerabilidade decorre da desigualdade existente nas relações consumo, em que o fornecedor é detentor da maior parcela de informações e, provavelmente, do maior conhecimento econômico e jurídico envolvendo o assunto.

O conceito exato de vulnerabilidade compreende a existência de uma “inferioridade manifesta”. É uma condição jurídica atribuída a certas pessoas que têm necessidade de proteção, porque são consideradas mais fracas. “Vulnerar significa ferir, melindrar, ofender, o que induz a inúmeras formas possíveis de vulnerabilidade”²⁸³.

De igual modo, essa vulnerabilidade é a explicação das regras protetivas da legislação consumerista, sendo entendida como um “estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado”, sendo, também, uma circunstância “permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação jurídica”²⁸⁴.

Letícia Duriex e Rosângela Tremel²⁸⁵ salientam que a doutrina elenca três tipos de vulnerabilidade, a saber: a técnica; a jurídica ou científica; e a fática ou socioeconômica.

A vulnerabilidade técnica é entendida pela ausência de conhecimentos específicos por parte do consumidor sobre o objeto ou serviço que está adquirindo e, por isso, pode ser mais facilmente enganado. Já a vulnerabilidade jurídica ou científica é entendida pela ausência de conhecimentos jurídicos específicos ou de conhecimentos de contabilidade ou de economia que possam impactar no negócio de consumo firmado, como, por exemplo, a assinatura de um contrato de adesão sem a correta compreensão das cláusulas ali contidas.

Em outro sentido, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica não é analisada sob a ótica do consumidor, mas sim, sob a ótica do fornecedor, outro parceiro contratual, sendo vislumbrada quando o “fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por

²⁸³ MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito final para concessão do grau de mestre em Direito Civil. Porto Alegre, 2007, p. 49.

²⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 270.

²⁸⁵ DURIEUX, Letícia; TREMEL, Rosângela. A Pessoa jurídica como consumidora: uma análise a luz do princípio da vulnerabilidade. In: **Revista jurídica Consulex**, n.235, v.10, outubro. Brasília: Consulex, 2006. v. 10, p. 60.

seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe a sua superioridade a todos que com ele contratam”²⁸⁶.

Além da vulnerabilidade, há a questão da hipossuficiência, sendo este conceito a visão processual da vulnerabilidade fática ou socioeconômica, tendo a legislação instituído uma série de benefícios processuais para os consumidores hipossuficientes, como, por exemplo, a competência do foro do consumidor e a vedação de alteração do foro por meio de cláusula contratual. Ou seja, o critério da hipossuficiência é muito mais processual “relacionado às regras ordinárias da experiência”²⁸⁷. Sua avaliação passa, “necessariamente, por um crivo de natureza socioeconômica que fará uso do conjunto fático-probatório. Quando aplicado em juízo, esse critério terá de guardar conexão com o indivíduo e justificação na condição específica deste”²⁸⁸.

5.4 Possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações interempresariais

Avançando na questão objeto da presente dissertação, vale analisar a aplicação do CDC brasileiro e da LDC portuguesa às relações contratuais entre empresários, ou seja, a aplicação de uma norma protetiva em negócios jurídicos firmados entre profissionais que, pelo menos em teoria, deveriam possuir o mesmo nível de conhecimento sobre o contrato firmado. Tal questão importa, notadamente, quando restar demonstrada a existência de dependência econômica, bem como quando o negócio tiver sido firmado e formalizado por meios de contratos de adesão, tendo em vista que, em tais situações, poderá existir uma desigualdade fática entre as partes contratuais, embora ambas sejam profissionais.

Nesse diapasão, convém responder aos seguintes questionamentos: a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileira e portuguesa permitem a aplicação das normas protetivas do consumidor às relações entre empresários? Se sim, quais são os requisitos exigidos para tal aplicação?

²⁸⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 273.

²⁸⁷ MACHADO, Sílvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito final para concessão do grau de mestre em Direito Civil. Porto Alegre, 2007, p. 48.

²⁸⁸ *Ibdi*.

No direito português, o anteprojeto do Código do Consumidor, como visto, já trouxe essa possibilidade de aplicação. Rememorando, este aceita que os profissionais/pessoas singulares/pessoas coletivas se beneficiem do código “se provarem que não dispõe de competência específica para a transação e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade.”²⁸⁹.

Quanto ao direito brasileiro, a teoria finalista aprofundada traz essa possibilidade de inclusão. E sob a mesma perspectiva do direito português, essa teoria funda-se na comprovação da vulnerabilidade.

Ademais, para melhor compreender essa possibilidade, analisa-se agora, pormenorizadamente, uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro com o desiderato de constatar qual o posicionamento e quais os requisitos exigidos por tal órgão uniformizador do Poder Judiciário brasileiro quanto ao ponto em exame. Ressalta-se, porém, que se analisarão apenas decisões brasileiras, visto o critério português ser bastante similar, evitando, portanto, a repetição do mesmo assunto.

Como já demonstrado, o CDC é uma Lei principiológica com normas de ordem pública incidente sobre as relações de consumo. Para sua aplicação, faz-se necessária a existência de uma relação envolvendo um fornecedor e um consumidor, devendo este ser o destinatário final do produto ou serviço prestado pelo fornecedor. O debate envolvendo a aplicação das normas do referido código nas relações firmadas entre empresários diz respeito ao conceito de consumidor, ou seja, a possibilidade de profissionais serem enquadrados e definidos como consumidor nos termos da referida legislação protetiva.

Nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça, órgão uniformizador da jurisprudência infraconstitucional, consagrou a aplicação da chamada teoria finalista aprofundada, já explicada em tópico próprio, segundo a qual, em suma, é possível a aplicação do CDC para relações envolvendo profissionais – empresários – desde que fique demonstrada a existência de vulnerabilidade de uma das partes.

No âmbito do Recurso Especial de nº. 1.195.642 – RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, esta elaborou um levantamento histórico do posicionamento judicial a respeito da questão posta, bem como elucidou os pontos que devem ser considerados para verificação da

²⁸⁹ PORTUGAL, Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, 2006. Art. 11°. Disponível em: <http://www.acra.pt/_pdf/ApCC2006.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

existência de vulnerabilidade no caso concreto. O dito Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988²⁹⁰, tinha como Recorrente a sociedade empresária Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A – EMBRATEL e na qualidade de recorrida a sociedade empresária Juleca 2003 Veículos Ltda, tendo por objeto a possibilidade de aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às relações firmadas entre as partes.

O juízo de 1ª instância aplicou as normas do já citado código e determinou a inversão do ônus do prova²⁹¹, condenando, em sede de sentença, a Embratel ao pagamento dos danos materiais sofridos pela outra parte. A Embratel apresentou recurso de apelação cível da sentença prolatada pelo juízo de piso, tendo sido a decisão singular mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmou expressamente que se aplicaria ao caso o CDC.

De tal decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a Embratel apresentou o já citado recurso especial arguindo, em suma, que a sociedade Juleca 2003 Veículos Ltda não poderia ser enquadrada no conceito de consumidor, tendo em vista que o serviço contratado – e prestado pela Embratel – tinha o claro objetivo de fomentar a atividade econômica empresarial desenvolvida pela Juleca 2003 Veículos Ltda, qual seja a comercialização de veículos automotores, e não como destinatária final econômica dos serviços. Em outras palavras, a Juleca 2003 Veículos Ltda utiliza os serviços de telefonia prestados pela Embratel para fomentar, desenvolver e prestar a sua atividade econômica, sendo o serviço de telefonia um meio para o objetivo econômico esperado.

Percebe-se que a Embratel pleiteou a aplicação e interpretação segundo a teoria finalista pura, ou seja, que somente se considera consumidor o destinatário final econômico e fático do produto ou serviço prestado. Tal método interpretativo, em sentido restrito, implicaria o não reconhecimento da sociedade empresarial Juleca 2003 Veículos Ltda como consumidora e, por consequência, a não aplicação das disposições protetivas do CDC.

Entretanto, nos autos do referido recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça não acatou o pleito da recorrente – Embratel – pela aplicação da teoria finalista pura, aplicando,

²⁹⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

²⁹¹ Possibilidade prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor

no entanto, a teoria finalista aprofundada, reconhecendo, no caso concreto, a vulnerabilidade do empresário e aplicando as disposições protetivas do Direito do Consumidor. Para tanto, a ministra relatora analisou os precedentes da própria corte, afirmando em seu voto condutor:

Após alguma oscilação, a jurisprudência do STJ atualmente se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade do consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Com isso, fica excluído da proteção do CDC o *consumo intermediário*, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº. 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Em suma, o caráter distintivo da teoria finalista reside no fato de o ato de consumo não visar ao lucro tampouco à integração de uma atividade negocial. A despeito disso, a jurisprudência – aí incluído o próprio STJ – tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, temos evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando de *finalismo aprofundado*. Com efeito, esta Corte tem ‘mitigados rigores da teoria finalista para autorizar incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, embora não seja destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade’ (REsp 1.027.165/ES, 3ªTurma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 14.06.2011. No mesmo sentido: REsp 1.196.951/PI, 4ªTurma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 09.04.2012; 1.190.139/RS, 2ªTurma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 13.12.2011; e REsp 1.010.834/GO, 3ªTurma, minha relatoria, DJe de 13.10. 2010.

Percebe-se que o cerne da questão para aplicação das disposições do referido código às relações entre empresários está no reconhecimento de situação de vulnerabilidade de uma das partes do contrato em relação à outra. Em resumo, verificada a vulnerabilidade, qualquer que seja, aplicar-se-ão as disposições protetivas do direito do consumidor, muito embora a relação firmada seja uma relação entre profissionais. Resta, então, entender e verificar o que a jurisprudência entende por vulnerabilidade e, principalmente, em quais casos tal situação restará verificada.

Nesse diapasão, a vulnerabilidade é, tradicionalmente, dividida pela doutrina em técnica, jurídica e fática, conforme já exposto no tópico anterior. Entrementes, convém trazer à baila o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi nos autos do recurso especial já citado, tendo em vista que, segunda a ministra, “a despeito da identificação *in abstracto* de todas essas espécies de vulnerabilidade, não há como ignorar que a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC”. Por isso, a Ministra afirma, em seu voto:

Com efeito, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade técnica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame.

Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda assim ser vulnerável pela dependência do produto, pela natureza adesiva do contrato imposto, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, entre outros fatores.

Percebe-se, então, que é necessário analisar as circunstâncias do caso concreto que poderão justificar a aplicação das normas protetivas do CDC em relações entre empresários, podendo, inclusive, ser aplicado em caso de dependência econômica – objeto de estudo da presente dissertação – em função da situação de vulnerabilidade do empresário dependente. Nesse mesmo sentido, a Ministra Relatora resume:

Em síntese, numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

Vale ressaltar que o STJ, por decisão unânime acompanhando o voto da Ministra Relatora, decidiu que no caso concreto não havia vulnerabilidade e/ou dependência entre as partes apta a justificar a aplicação do CDC, ressaltando, no entanto, que é possível sim a aplicação das normas protetivas em relações interempresariais, quando esteja comprovada a existência de vulnerabilidade e/ou dependência – incluindo dependência econômica – de uma das partes frente à outra. Por isso, responde-se aos questionamentos do presente tópico afirmando que a jurisprudência permite e adota a aplicação das normas do Direito do Consumidor em relações entre profissionais, desde que esteja comprovada a vulnerabilidade e/ou a dependência de uma parte em relação à outra.^{292 293}

²⁹² Obs.: A jurisprudência portuguesa também se manifesta nesse sentido, como se pode ver no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa: “Não obstante o entendimento do Tribunal a quo - que se respeita -, o mesmo, no despacho saneador, não se debruçou sobre a argumentação expendida pela Autora, ora Recorrente, nos arts. 100.º a 115.º da sua petição inicial, que versava sobre a **tese da extensão da noção de consumidor, que, dentro de certos pressupostos, poderá ser operada em determinados casos, de acordo com a doutrina e a jurisprudência** oportunamente citada, tese que, em seguida, se exporá”; Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5b33a4cf8e4ca69180257bc100788fc2?OpenDocument>>.

Acesso em: 18 set. 2014.

²⁹³ Todavia há ainda decisões que não contemplam tal extensão, como exemplo: RECURSO ESPECIAL Nº 1.196.541 - RJ (2010/0098806-7) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO; RECORRENTE: VIACAO NORMANDY DO TRIANGULO LTDA; ADVOGADO: MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA E OUTRO (S); RECORRIDO: CONCESSIONARIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S.A; ADVOGADO: FERNANDO PIRES MARTINS CARDOSO E OUTRO (S) DECISÃO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. **NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA. CONSUMIDOR COMO DESTINATÁRIO FINAL. RELAÇÃO ENTRE EMPRESA DE TRANSPORTE DE PESSOAS OU CARGAS E CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17456328/peticao-de-recurso-especial-resp-1196541>>. Acesso em: 18 set. 2014.

Por fim, posiciona-se Pinto Monteiro²⁹⁴ sobre o assunto:

Se é verdade que a protecção do consumidor passa pelo controlo dos contratos de adesão, os problemas não devem, de todo o modo, confundir-se nem identificar-se. Pois se é certo que a necessidade de controlar tais contratos é maior quando a contraparte da empresa for um consumidor, a verdade é que o problema é mais amplo, não se esgota na protecção do consumidor, colocando-se também nas relações contratuais entre empresários. (...) Em todo o caso, não se duvida de que uma das principais medidas da protecção do consumidor consiste na consagração de especiais mecanismos de controlo dos contratos de adesão. Por outro lado, também não se duvida que foi essa “cruzada” dos tempos modernos — a protecção do consumidor — o grande impulsionador dos vários diplomas legislativos sobre as condições gerais da empresa que pelo mundo fora têm vindo a ser aprovados. **O que desejo realçar, contudo, é que o fenómeno é mais amplo, não deve confinar-se às relações da empresa com os consumidores, antes sendo de estender, em certos termos, também às próprias relações entre empresários ou entidades equiparadas.** (grifo meu).

Dessa forma, o que pretende informar é que não apenas os consumidores poderão se encontrar em uma situação de vulnerabilidade, mas as empresas também. Em decorrência disso, há de existir proteções legais para coibir situações de abusos ocorridas nessas relações contratuais. Como visto, uma das possíveis medidas seria aplicar o CDC às empresas, desde que elas enquadrem-se nos requisitos acima expostos.

²⁹⁴ MONTEIRO, António Pinto. Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, v.1, ano 62, jan., 2002. Disponível em: <<http://www.oa.pt/>>. Acesso em: 18 set. 2014.

CONCLUSÃO

A intenção do presente estudo foi demonstrar a necessidade de proteção dos empresários quando estejam em situação de dependência econômica, principalmente quando essa dependência advém da celebração de um contrato de adesão, haja vista que, cada vez mais, tem se tornado frequente a desigualdade nesse âmbito contratual, mesmo que a relação seja composta por profissionais.

O contrato de adesão surgiu, como visto, da crescente produção em massa e da necessidade de agilizar e de uniformizar as negociações. Em decorrência do princípio da autonomia da vontade, era, e ainda o é, permitido aos indivíduos formularem livremente as cláusulas do seu contrato. Todavia, as disparidades (culturais, técnicas, informacionais) existentes entre os contratantes tornaram-se acentuadas, e houve a necessidade de o Estado proteger a parte mais fraca da relação contratual.

Como forma de proteção à parte vulnerável, foram criados mecanismos legais que limitaram, de certa forma, o princípio da autonomia da vontade, como o princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, o consumidor recebeu uma legislação protetiva maior, pois passou a ser considerado presumidamente vulnerável, visto que o legislador partiu de pressuposto de que em uma relação em que figurem uma empresa e um consumidor, este notoriamente ocupava uma posição de inferioridade face à empresa contratante. No Brasil, o consumidor recebeu a proteção do CDC, já em Portugal, da LDC e do DL das cláusulas contratuais gerais.

Diferentemente, nas relações entre empresas o pressuposto é a igualdade entre as partes. Restou comprovado no presente trabalho, porém, que essa igualdade não é real. Hodiernamente, como exposto, o crescente número de pequenas e micro empresas acaba por acentuar a possibilidade de existirem abusos dependência econômica. Para coibir tais fatos, existe a legislação concorrencial. Essa, entretanto, exige que sejam preenchidos certos requisitos para a sua incidência. Desta forma, como resposta à pergunta formulada ao início, tem-se que para que seja caracterizado o abuso de dependência econômica, pela legislação antitruste, devem ser preenchidos determinados requisitos, quais sejam: estar diante de uma relação vertical entre empresas, estado de dependência econômica (que, por sua vez, caracteriza-se pela falta de alternativa equivalente), comportamento abusivo e interferência

efetiva na estrutura do mercado. Assim, em decorrência desses requisitos, principalmente o último, as legislações antitruste em análise não são suficientes.

No primeiro momento, todavia, antes mesmo de se analisar a questão concorrencial, busca-se uma solução no Código Civil, que, por sua vez, apesar de prever a resolução por onerosidade excessiva, a lesão e o abuso de direito, mostrou-se, também, insuficiente, principalmente por levar em consideração que, em uma relação contratual, na qual ambas as partes são profissionais, esta relação é uma relação entre iguais. Ademais, ao utilizar os institutos civis, tornam-se burocráticos e de difícil comprovação em juízo os abusos sofridos pela empresa vulnerável.

Quanto às hipóteses previstas ao início do trabalho, as três são afirmativas. Como visto, no capítulo 4 desse estudo, a dependência econômica entre dois empresários não só é possível, como é muito comum, principalmente, em função da existência de um ativo específico que torna uma pessoa dependente da outra ou em função da raridade do objeto da relação jurídica ou, ainda, em função da exigência de exclusividade.

Foi confirmado, também, que a legislação entende, em regra, que a relação entre profissionais é de igualdade e, por isso, não é necessária nenhuma proteção adicional ao empresário/comerciante, devendo, no entanto, serem respeitados os princípios da boa-fé e da lealdade nos contratos firmados, o que considerou suficiente para impedir que uma parte aja abusivamente em detrimento da outra.

E, por fim, como tratado no capítulo final, os mecanismos legislativos até então existentes não são suficientes no trato do assunto, tendo, porém, a doutrina e a jurisprudência, desenvolvido teorias interpretativas que equiparem o empresário – em casos de vulnerabilidade – aos consumidores, com vistas a garantir a incidência de uma série de normas protetivas e principiológicas de defesa do consumidor na relação em que se verifique a existência de dependência econômica.

Ademais, é sabido que, via de regra, as normas protetivas do consumidor não se aplicam às relações interempresariais. Sabe-se também que a lógica do direito empresarial é diferente da lógica do direito consumidor. Todavia, defende-se ser possível a aplicação das leis consumeristas também aos empresários, como exceção e desde que caracterizado o estado de dependência econômica, notadamente diante de contratos de adesão. Para além, defende-se essa possibilidade desde que a aplicação da lei concorrencial e do Código Civil (e da lei sobre

as cláusulas gerais, no caso de Portugal) não sejam insuficientes para a devida proteção. E é sobre esse entendimento que vêm se firmando as jurisprudências nos ordenamentos jurídicos em análise.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2011. v.1.
- _____. **Curso de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2003.v.2.
- ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Coimbra: policopiada, 1983.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.5, abr./jun., 2004.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AMARANTE, Maria Cecília. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009.
- ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ASCENSAO, Jose de Oliveira. Contrato de Adesão. In: **Revista da Universidade Gama Filho**, v.27, jan., 1986.
- _____. **Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/>>. Acesso em: 03 jun. 2013.
- _____. Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, nº65, 2005, vol. III. Disponível em: <<http://www.oa.pt/>>. Acesso em: 16 jun. 2014.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, v.35, n.104, out./dez., 1996.
- AUTORIDADE concorrência. Disponível em: <<http://www.concorrenca.pt/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Liberdade Contratual. In: **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.v.49.
- BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969.v.1.
- BOBBIO, Noberto, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino. Coordenação da tradução João Ferreira. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Unb, 1998.v.1.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, 1916.

_____. **Código Civil Brasileiro**, 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRENNECKE PRO. Disponível em: <<http://www.brennecke.pro/134491/20-GWB-Diskriminierungsverbot-Verbot-unbilliger-Behinderung>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1995.

CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor – uma contribuição. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.10, abr./jun. 1994.

CÂMARA dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CODE de commerce. Disponível em: <<http://codes.droit.org/cod/commerce.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v.1.

_____. **Curso de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.v.3.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral – Tomo I**. 3º ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____, António Menezes. O anteprojecto de código do consumidor. In: **O Direito**, nº 138, 4, 2006. Lisboa, p. 697.

_____, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, v.2, ano 65, set., 2005. Disponível em: <<http://www.oa.pt/>>. Acesso em: 14 set. 2014.

COSTA, Judith Martins. O projeto de Código Civil Brasileiro: em busca da ideia da situação. In: **Revista Jurídica**, ano 49, n.282. Porto Alegre: Notadez, 2001.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, e CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de outubro**, Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA, Carolina. **Controlo das concentrações de empresas**. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – IDET. Coimbra: Almedina, 2005.

D'ALTE, Sofia Tomé. O contrato de concessão comercial. In: **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, n.2. Coimbra: Coimbra, 2001.v.43.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor, Conceito e Extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999.

DURIEUX, Leticia; TREMEL, Rosangela. A Pessoa jurídica como consumidora: uma análise a luz do princípio da vulnerabilidade. In: **Revista jurídica Consulex**, n.235, v.10, outubro. Brasília: Consulex, 2006.

DWORKING, Ronald. **Levando o Direito a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENUNCIADOS aprovados III jornada de direito civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2014.

FAVA, Marina Dubois. **Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas**. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

FERNANDES, Wanderley. Contratos de adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação. In: **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw).

FILHO, Artur Jenichen. Os direitos do consumidor e a constituição da república portuguesa: aspectos destacados. In: **Revista da ESMESC**, n.19, v.13, 2006. Disponível em: <<http://www.estig.ipbeja.pt/>>. Acesso em: 12 set. 2014.

FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIUZA, Cezar. **Direito Civil – curso completo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FILHO, José Abreu. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO, Romeu Martins Ribeiro. **Abuso de direito e boa-fé: Um estudo sobre a sistematização do instituto do abuso de direito e a aplicabilidade do princípio da boa-fé como meio de coibir práticas abusivas nas relações contratuais**. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. In: **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**, n.130, v.42, p.16, abr./jun., 2003.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FROMONT, Michel. L'autonomie de la volonté et les droits fondamentaux en droit privé allemand. In: **Le rôle de la volonté dans les actes juridiques: études à la mémoire du professeur Alfred Rieg**. Bruxelas: Bruylant, 2000.

GEMMA, Andrea. Abuse of economic dependence between competition and contract law. In: **Europa e diritto private**, n.2. Milão: Giuffré, 2000.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: RT, 1972.

_____. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva**. 2001. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto028.doc>. Acesso em: 05 ago. 2014.

GRANZOTI, Fernando de Miranda. **O abuso do estado de dependência econômica no contrato de distribuição**. Orientador: Dr. Roberto Catalano Botelho Ferraz – Curitiba: PUC, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2005. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucpr.br/>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

INE: PME representavam 99,9% do tecido empresarial português em 2010. **Negócios online**. Disponível em: <http://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/ine_pme_representavam_999_do_tecido_empresarial_portuguescircs_em_2010.html>. Acesso em: 14 set. 2014.

INSTITUTO de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça. Bases Jurídico-Documentais. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>. Acesso em: 14 set. 2014.

JUNIOR, Clélio Gomes dos Santos. A evolução do elemento de empresa e elemento de empresa. In: **Anais XVIII do Congresso Nacional do Conpedi**. São Paulo, 2009.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. **Direitos do consumidor no Mercosul e na União Europeia**: Acesso e efetividade. Curitiba: Juruá, 2006.

LEAL, Leonardo José Peixoto; TASSIGNY, Mônica Mota. Política nacional das relações de consumo, sistema nacional de defesa e perfil do consumidor: consumo, educação e conscientização entre jovens consumidores em Fortaleza. In: **Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis, 2014.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v.97, 2008. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/>>. Acessado em: 24 set. 2014.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. Sobre as Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito de Risco. In: **Separata da revista da faculdade de direito**, Lisboa, 1988.

MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito final para concessão do grau de mestre em Direito Civil. Porto Alegre, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.v.1.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de Adesão e Contratos de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MANSO, Luís Duarte Baptista. **Direito Comercial e das Sociedades Comerciais – Casos práticos resolvidos**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2010.v.2.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES, Rodolfo Rosa Telles. Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11002>. Acesso em: 13 set. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em: 13 set. 2014.

MONTE, Mário Ferreira. **Da protecção penal do consumidor: o problema da (des)criminação no incitamento ao consumo**. Coimbra: Almedina, 1996.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito Comercial: Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, v.1, ano 62, jan., 2002. Disponível em: <<http://www.oa.pt>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

_____. A defesa do consumidor no limiar do séc. XXI. In: **Studia Iurídica**; 73. Colloquia: 12. Coimbra: Coimbra, 2003, p.38.

_____. **Contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções**. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2001.

NETO, Guilherme Fernandes. **Os contratos de adesão e o controle das cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NETO, Roberto Grassi. Consumidor nas relações jurídicas com as instituições bancárias. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi**. São Paulo, 2009.

NUNES, André F. Nunes de; CAVALCANTE, Bruno Maia; RIBEIRO, Bruno Passos Spínola. **A crise do subprime sob a ótica da teoria da informação**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ecop26/nunes-cavalcante-ribeiro-2008.pdf>> Acesso em: 3 set. 2014.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Fernando Baptista de. **O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária**. Coimbra: Almedina, 2009.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de direito do consumidor completo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

ONDE estão as Micro e Pequenas Empresas no Brasil. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mpes_numeros/onde_mpes_brasil.pdf>. Acesso em: 18 set. 2014.

ORDONNANCE n° 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence (J.O. 9 décembre). Disponível em: <<http://sos-net.eu.org/conso/tig/ordo86.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Da franquia de empresa: Franchising. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v.73. Coimbra, 1997.

_____. A protecção do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio eletrónico. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, n.2. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000.

PEREIRA, Miguel Mendes. **Lei da concorrência anotada**. Coimbra: Coimbra, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distancia. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, n.7. Coimbra: Publicação do Centro de Direito de Consumo, 2005.

PORTAL DA EMPRESA. Disponível em: <<http://www.portaldaempresa.pt/>>. Acesso em: 25 set. 2014.

PORTAL BRASIL. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/>>. Acesso em: 25 set. 2014.

PORTUGAL, **Código Comercial Português**, 1888.

_____. **Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor**, 2006. Disponível em: <http://www.acra.pt/_pdf/ApCC2006.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais**. Coimbra: Almedina, 2010.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Regimento do Conselho de Estado n.1/2001. **Diário da República**, n.97 de 26 de Abril de 2001. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2001/04/097A00/23602367.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Método, 2011.

RÊGO, Nelson Melo de Moraes. **Da boa-fé objetiva nas cláusulas gerais de direito do consumidor e outros estudos consumeristas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010.v.1.

RIBEIRO, Joaquim Sousa de. **O Problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2003. Teses.

RIPERT, Georges, **La règle morale dans les obligations civiles**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1927.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. **A tutela das marcas e a (liberdade de) concorrência: alguns textos [texto policopiado]**. Coimbra, 1990.v.2.

SILVA, João Calvão da. Contratação por cláusulas contratuais gerais (Contratos de adesão). In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n.39. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2011.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Princípios do direito contratual no código de defesa do consumidor: autonomia privada e boa-fé. Algumas reflexões sobre a sua harmonização. In: **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw).

STGANI, Alexandre. et al. Os princípios peculiares do direito comercial e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos interempresariais. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, n.145, v.46. jan./mar. 2007.

TAWIL, Joseph Antoin. A relação de consumo estabelecida entre o usuário de serviço público e a empresa concessionária. In: **Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi**. Manaus. 2007.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004.v.1.

VIVEIROS, Aura Célia Benevides. **Abuso de dependência econômica: entre direito dos contratos e direito da concorrência**. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2011.

VIRASSAMY, Georges J. **Les contrats de dépendence: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendence économique**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1986.

ZATTI, Vicente. **Autonomia e educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <www.pucrs.com.br>. Acesso em: 24 set. 2014.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim De. In: **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of governance. In: **The American Economic Review**, v.95, n.2. Philadelphia: Papers and Proceedings of the One Hundred Seventeenth Annual Meeting of the American Economic Association, 2005.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil**, livro II: do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. XIV.