

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Mestrado Científico em Direito Comercial  
Orientador: Professor Doutor Manuel Januário da Costa Gomes  
Ano letivo: 2012/2013

Tese de Mestrado Científico  
CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS E CONTRATOS ASSIMÉTRICOS

Milena Angélica Drumond Morais Diz  
Lisboa, 14 de setembro de 2016.

## AGRADECIMENTOS

À família. Meu marido, Gustavo, pelo apoio imprescindível e por me ajudar a concretizar o sonho que representava cursar o mestrado além-mar, na Universidade de Lisboa. Meus pais, por propiciarem todo o apoio de base, desde o jardim de infância, passando pela excelente educação que recebi, até o apoio presencial no início de minha jornada de dois anos em Lisboa. Meus filhos: Bernardo, meu primogênito, a quem foi imposto o ônus e ao mesmo tempo a delícia de uma experiência no exterior em tão tenra idade (e que nunca, nem por um momento sequer, reclamou de nada) e Benjamin (“o filho da felicidade”), presente recebido ao final da minha estadia no velho continente e que, mesmo sendo o causador da demora na entrega deste trabalho, foi quem me deu forças para concluí-lo.

Ao meu orientador, professor Dr. Manuel Januário da Costa Gomes, uma das pessoas mais brilhantes que já conheci, exemplo de profissional e cujas aulas, na disciplina de Direito dos Contratos (inicialmente eletiva), foram a fonte de inspiração para a escolha do tema desta dissertação.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que em razão de uma imensa visão progressista, instituiu o programa de incentivo ao aperfeiçoamento intelectual de magistrados, permitindo o meu afastamento da atividade judicante pelo período de dois anos.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que tão bem me recebeu e pela qual passei a nutrir um sentimento de pertencimento que jamais se extinguirá.

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a relação existente entre as cláusulas contratuais gerais e as relações contratuais assimétricas, com foco no enfrentamento da questão relativa à possibilidade ou não de reconhecimento da utilização dos mecanismos de proteção e controle previstos a partir do sistema de cláusulas contratuais gerais, especialmente nas relações de consumo.

**Palavras-chave:** cláusulas contratuais gerais, contratos de adesão, contrato assimétrico, assimetria contratual, cláusulas abusivas, cláusulas proibidas, cláusula geral de boa-fé, consumidor, relações de consumo, liberdade contratual, autonomia contratual, vulnerabilidade, equilíbrio contratual, dever de informação, abuso de posição dominante, práticas comerciais desleais, contratos de distribuição, função social do contrato, controle de cláusulas contratuais gerais.

## **ABSTRACT**

This study aims to demonstrate the relation between the general contractual terms and asymmetric contractual relations, with a focus on facing the issue about the possibility of or not of recognition of the use of the mechanisms and control provided from the contractual general clauses, especially in consumer relations.

**Key words:** general contract terms, adhesion contracts, asymmetric contract, contractual asymmetry, unfair terms, prohibited clauses, good faith general clause, consumer, consumer relations, freedom of contract, contractual autonomy, vulnerability, contractual balance, information duty, abuse dominant position, unfair trade practices, distribution agreements, social function of the contract, control of general contractual clauses.

# **PLANO DE TRABALHO**

## **INTRODUÇÃO**

### **CAPÍTULO 1 – CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS**

#### **1.1 – Noção preliminar**

##### **1.1.1 – Natureza jurídica**

##### **1.1.2 - Cláusulas contratuais gerais X contratos de adesão**

#### **1.2 – Origem e evolução**

##### **1.2.1 – Surgimento do instituto**

##### **1.2.2 - O Decreto-lei n.º 446/85**

##### **1.2.3 – A diretiva n.º 93/13/UE e sua transposição para o direito português**

###### **1.2.3.1 – O objeto da diretiva**

###### **1.2.3.2 – Os atos de transposição**

###### **1.2.3.3 – Cenário atual**

#### **1.3 – Cláusulas importantes em espécie**

##### **1.3.1 – Cláusulas proibidas (absolutamente e relativamente)**

##### **1.3.2 - Cláusulas abusivas**

##### **1.3.3 - Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade**

### **CAPÍTULO 2 - A SITUAÇÃO DE ASSIMETRIA CONTRATUAL**

#### **2.1- Premissas básicas**

##### **2.1.1 - O princípio da igualdade**

##### **2.1.2 - Liberdade contratual**

##### **2.1.3 – Liberdade formal e liberdade substancial**

##### **2.1.4 – Autonomia privada e autodeterminação**

##### **2.1.5 - A questão do consenso - obsolescência do modelo clássico de contratação**

##### **2.1.6 – O consenso nos clausulados gerais**

#### **2.2 – Noção de assimetria contratual**

##### **2.2.1 – Situação de vulnerabilidade**

##### **2.2.2 – Assimetria econômica**

##### **2.2.3 - Assimetria informativa**

###### **2.2.3.1 – A comunicação das cláusulas contratuais gerais**

###### **2.2.3.2 – O dever de informação**

- 2.2.3.3 – A efetividade da comunicação/informação
- 2.3 – Teorias acerca da assimetria contratual
  - 2.3.1 - Teoria do contrato assimétrico
  - 2.3.2 - Teoria do *terzo contratto*
- 2.4 – O prisma anticoncorrencial
  - 2.4.1 – A assimetria vista através da questão anticoncorrencial
  - 2.4.2 - Abuso de posição dominante
  - 2.4.3 - Abuso de dependência econômica
  - 2.4.4 – Práticas comerciais desleais

## **CAPÍTULO 3 – RELAÇÕES CONTRATUAIS ASSIMÉTRICAS**

- 3.1 –Relações tipicamente assimétricas
  - 3.1.1 - Relações de consumo
    - 3.1.1.1 - Conceituação de consumidor
    - 3.1.1.2 - Relações B2C, B2B e B2b
    - 3.1.1.3 - Consumidor por equiparação
    - 3.1.1.3 – A extensão do regime
    - 3.1.1.5 – A Lei de Defesa do Consumidor e a Diretiva de 2011/83/UE
    - 3.1.1.6 – O tratamento da questão no Brasil (o CDC como microssistema)
    - 3.1.1.7 - S2C - do conceito de consumidor ao conceito de cliente
  - \*Relações de turismo
- 3.2 – Relações potencialmente assimétricas
  - 3.2.1 - Prestação de serviços essenciais a empresas
  - 3.2.2 – Os contratos de distribuição
    - 3.2.2.1 – Franchising
    - 3.2.2.2 – Concessão
    - 3.2.2.3 – Agência

## **CAPÍTULO 4 – INSERÇÃO E CONTROLE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NOS CONTRATOS ASSIMÉTRICOS**

- 4.1 – Premissas
  - 4.1.1 – A Cláusula geral de boa-fé
  - 4.1.2 – A função social do contrato
  - 4.1.3 - Proteção ao contratante enfraquecido (razões para a proteção)

**4.1.4 – Necessidade de reequilíbrio da relação assimétrica**

**4.2 – Formas de aplicação das cláusulas contratuais gerais**

**4.2.1 - Equiparação do empresário mais fraco ao consumidor**

**4.2.2 - Utilização das CCG nas relações entre empresários e consumidores**

**4.2.3 - Utilização das CCG nas relações entre empresários e entidades**

**equiparadas**

**4.3 – Formas de controle**

**4.3.1 - Controle de inclusão**

**4.3.2 - Controle de conteúdo**

**4.3.3 – Controle jurisdicional**

**4.4 – Possíveis soluções**

**4.4.1 – As soluções apresentadas pela doutrina italiana**

**4.4.2 – A opção pela tipificação**

**4.4.3 – A desnecessidade de criação uma nova categoria normativa**

**4.4.4 - A opção mais adequada ao ordenamento português**

**5 – CONCLUSÃO**

**6 – ÍNDICE JURISPRUDENCIAL E BIBLIOGRÁFICO**

**7 – ÍNDICE GERAL**

## INTRODUÇÃO

A célebre frase de Josserand “*qui dit contractuel, dit juste*”, em sua mais famosa obra “*Le contrat dirigé*” nunca foi tão relativizada.

A teoria geral dos contratos contempla inúmeros assuntos fascinantes para quem se interessa pelo tema e lida com este universo. A amplitude da matéria atinente às relações contratuais impulsiona o estudo de temas instigantes, entre eles o que será aqui desenvolvido, com foco específico nas relações em que haja assimetria de posições, balizado o objeto desta dissertação, doravante, à possibilidade de aplicação do sistema das cláusulas contratuais gerais a este universo.

Não se pretende aqui estabelecer apenas conceitos, comparações e conclusões acerca do que já foi dito a respeito do tema. Isto seria deveras repetitivo e desinteressante. Pretende-se, em vez disso, apresentar o que pode vir a tornar-se uma perspectiva diversa a respeito da aplicabilidade e controle das cláusulas contratuais gerais, para além do que já fora estabelecido pela doutrina clássica, no intuito de propiciar eventuais questionamentos e novidades acerca de temas tão estudados e discutidos pela doutrina.

O ineditismo do presente trabalho não reside no fato de tentar demonstrar algo que, em princípio gera alguma perplexidade, em razão da relativa escassez de discussão aprofundada a respeito. Não interessa esgotar o tema, tampouco demonstrar soluções estáticas, mas sim aprofundar a discussão a respeito do sistema das cláusulas contratuais gerais, a que tipos se aplica e se, sobretudo, em que medida e por que razões, aplica-se aos contratos assimétricos, bem como qual o tipo de controle deve ser exercido.

Passar-e-á, sobretudo, pela dúvida acerca da justiça contratual, partindo-se da premissa apontada por Guido Alpa segundo a qual, ao contrário do que previam os liberais, o contrato hoje não é intangível, intocável; impende considerar valores sociais, valores que dizem respeito à pessoa e aos direitos fundamentais.<sup>1</sup> E o referido autor, que muito escreveu sobre o tema prossegue muito acertadamente afirmando que “*Contratto giusto vuol dire anche contratto che non viola i diritti fondamentali della persona*”<sup>2</sup>, ou seja, “contrato justo quer dizer ainda contrato que não viola os direitos fundamentais da pessoa” (tradução livre).

---

<sup>1</sup> ALPA, Guido, *Le stagioni del contratto*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 153.

<sup>2</sup> Idem, p. 155.

O *Code Civil* francês de 1804 já trazia em seu âmago as ideias base de liberdade, fraternidade e igualdade, constituindo um verdadeiro marco fundador do Direito privado moderno, aquele que se preocupa não apenas com as relações jurídicas ensimesmadas, mas com os protagonistas destas relações e os impactos por elas produzidos.

Por isso mesmo não se trata um trabalho estático de direito contratual, mas principalmente de direito das pessoas que contratam (físicas ou jurídicas) e das relações estabelecidas entre elas, mormente no que se refere à existência de vulnerabilidades que justificam um tratamento diferenciado. A interdisciplinariedade que hoje, mais que nunca, se impõe, demonstra a necessidade de abranger institutos de direito civil, consumerista, econômico e até de sociologia.

A ideia de contrato, enquanto instrumento capaz de unir duas ou mais vontades em torno de um bem da vida, não pode prescindir do estudo da economia, pois, conforme indica Roppo, a relação jurídica contratual está sempre ligada à relação econômica que lhe deu origem.<sup>3</sup> Não se trata apenas de um instrumento, mas das pessoas que o realizam e do objeto contratado, descabendo, na atual conjuntura, considerar tais elementos de forma isolada entre eles mesmos e de forma isolada da sociedade sobre a qual existe a probabilidade de impacto, em maior ou menor escala, dependendo do objeto de que se trate e da produção de seus efeitos.

Dito isto, analisar-se-ão situações jurídicas de vulnerabilidade de há muito conhecidas e estabelecidas, como a situação do consumidor e em que medida deve ser efetuada o controle das cláusulas contratuais gerais nos contratos que o envolvam, mas também e talvez principalmente situações novas em que a parte mais fraca não era assim considerada até bem pouco tempo, portanto, não recebia a justa proteção que o direito deveria dedicar-lhe.

Para tanto, o estudo do direito português, tão somente, aliado ao estudo do direito brasileiro (cuja importância neste trabalho decorre não só da dupla nacionalidade desta escritora, mas também da intensa pesquisa em direito do consumidor desenvolvida no Brasil), ficaria limitado. Portanto, foi necessário recorrer em grande medida aos italianos, mas também aos franceses, espanhóis e alemães, ultrapassando a barreira da língua que, se por um lado representa obstáculos, por outro abre horizontes. E a abertura deste horizonte

---

<sup>3</sup> ROPPO, Enzo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina Editora, 2009, pp. 08: “*De facto, falar em contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente – para a ideia de operação económica*”.

obriga à releitura de um sem número de institutos e faz perscrutar um novel universo de figuras contratuais que mudaram de perspectiva conforme a economia e a sociedade também de modificaram.

Esta mudança de olhar e de paradigmas fez notar, por exemplo, que o ordenamento jurídico português é extremamente fragmentado no que se refere às relações de consumo e mesmo às relações assimétricas como um todo. Mas não é só em Portugal que se observa o fragmentarismo do ordenamento jurídico em relação ao direito contratual como um todo. E menos ainda se pode dizer sobre uma uniformidade do direito contratual em Europa, a despeito das tentativas frequentemente realizadas através das diretivas comunitárias – como é o caso explícito da Diretiva 93/13/CEE, que trata das cláusulas abusivas inseridas em contratos firmados com consumidores. Existe mesmo um movimento que se ocupa da tentativa de unificação do direito dos contratos em Europa – há quem fale em codificação. Tal não constitui tarefa fácil, pois trata-se de tentar conjugar uma matéria extensa, tratada muitas vezes de forma diferente em cada um dos países membro da união europeia. Aliás, é preciso questionar, à partida, se existe uma noção comum no direito europeu, sobre o conceito de contrato, o que por si só representa uma dificuldade, como alerta Jacques Ghestin<sup>4</sup>.

Para além disso, interessa demonstrar que as cláusulas contratuais gerais, muito embora previstas em um diploma legal que desde o princípio pretendeu ser aplicado a contratos de adesão nas formas estaticamente estabelecidas nos artigos 17.º a 19.º (relações entre empresários) e 20.º a 23.º (relações entre empresários e consumidores finais), do Decreto-Lei 446/85, pode ser mais que isso, a fim de completar as lacunas criadas pela doutrina da assimetria contratual. É possível imaginar um alcance muito maior do que o universo para o qual fora inicialmente previsto, por se tratar de um verdadeiro microsistema capaz de estender seus tentáculos a situações inicialmente imprevistas, a fim de auxiliar a encontrar soluções a problemas inicialmente não pensados, mas que fazem parte do dia-a-dia das práticas empresariais sempe em mutação.

Dito isso, pretende-se explorar na primeira parte deste trabalho, objetivamente, o panorama pré-estabelecido dos clausulados gerais e a sua aplicação estritamente de acordo com o que está previsto no Decreto-lei 446/85 e na diretiva 93/13/CEE. Partir-se-á,

---

<sup>4</sup> GHESTIN, Jacques, *Perspectives pour l'Avenir. Le Droit des Contracts*, in: Um Código Civil para a Europa, Coimbra, 2002, pp. 181-196 (p. 186).

portanto, da leitura clássica dos referidos diplomas legais, a fim de evoluir no sentido da variação de sua aplicação nos capítulos seguintes.

Na segunda parte desta dissertação, passar-se-á à análise do que se denomina por contrato assimétrico, em que esta *fattispecie* diferencia-se das formas contratuais já estabelecidas e conhecidas e de como se dá o fenômeno desenvolvido, a priori, pela doutrina italiana, notadamente com o advento da teoria do *terzo contratto*.

O trabalho terá seguimento com a análise da aplicação o diploma legal em questão não só aos contratos de consumo, mas aos contratos de adesão em geral, ou seja, tanto os de consumo, que parecem ser o alvo maior do Decreto-Lei 446/85, como os realizados entre empresários, mas também aqueles em que ambas as partes envolvidas sejam empresários, profissionais, mas que haja uma situação de assimetria causadora de certa perplexidade que impede a aplicação dos clausulados gerais tão somente na perspectiva dos arts. 17.º a 19.º do DL 446/85.

A conclusão do trabalho, por mais perplexo que pareça, não terá por objetivo, como já dito, elucidar a questão de todo, mas sim abrí-la ao debate, permitindo assim um maior rigor científico no tratamento das situações futuramente apresentadas por outros curiosos que decidam estudá-la. Doravante, tentar-se-á demonstrar que o universo dos clausulados gerais, por ter seu fundamento maior nas situações de disparidade contratual geradas pelo delicado problema do consentimento nos contratos de adesão, pode ser estendido a outras situações não previstas diretamente no Decreto-Lei 446/85, sem que isso transfigure ou deturpe a natureza do instituto, de modo a constituir, na prática, solução possível para casos antes não pensados.

Ao decorrer do trabalho serão apresentados, como já sinalizado acima, panoramas referentes a outros países europeus e ao Brasil, país de nascimento da subscrição e de eminentes autores de obras a respeito da disciplina dos consumidores, tão enfocada no presente trabalho, com o objetivo de demonstrar o tratamento das questões aqui suscitadas de forma comparada.

Em suma, é necessário lembrar que a disciplina das cláusulas contratuais gerais é especial e se aplica, naturalmente, às situações que nela se encontram expressamente previstas. Dentro de sua disciplina, doravante, há ainda uma previsão ainda mais específica, que vem a ser a das cláusulas gerais referentes às relações entre empresários de consumidores – estes merecedores de maior proteção. Fora disto tudo, impõe-se a observação do Código Civil e do Código Comercial, leis gerais sobre os contratos, diretivas europeias, tudo isto a depender do objeto. A questão primordial, portanto, é

identificar as cláusulas contratuais gerais utilizadas em contratos realizados em relações de assimetria de poder contratual e definir, a partir daí e do estudo das relações em desequilíbrio, quais as relações que devem contar com uma proteção ainda maior, apesar de não constituírem, à partida, relações de consumo típicas.

E é justamente nisto que reside a beleza do Direito: na sua natureza inexata e mutante que permite infinitas possibilidades e ilações teóricas, cujos desdobramentos podem e devem estender-se à prática, proporcionando soluções inéditas para problemas já existentes e/ou vindouros. E o melhor, permitindo questionamentos novos para questões que ainda vão surgir.

Este é o desafio que nos aguarda. Aceitemo-lo.

## Capítulo 1

### CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

#### 1.1 – Noção preliminar

##### 1.1.1 – Natureza jurídica

As cláusulas contratuais gerais podem ser definidas de forma simples como aquelas estabelecidas unilateralmente pelo contratante principal, cujo conteúdo não é negociável, cabendo a sua aceitação pela parte contrária em bloco, sem oportunidade para questionamento. Não são precedidas de uma discussão antecedente e destinam-se à integração do conteúdo de contratos que serão firmados pela contraparte sem negociação prévia.

Trata-se, portanto, de modelos elaborados (unilateralmente) pelo predisponente e que são apresentados ao potencial aderente apenas a fim de que aceite ou não os seus termos, pois, como já dito, não lhe é dada a oportunidade de questionar os modelos pré-existentes.

Alguma doutrina tem o cuidado de chamá-las cláusulas contratuais gerais e não apenas cláusulas gerais, a fim de evitar confusão terminológica com o instituto das cláusulas gerais – que representam mais um princípio que um instituto, por assim dizer, contendo um significado muito mais amplo.

As referidas cláusulas contratuais são elaboradas de forma geral e abstrata e o objetivo de inseri-las em contratos (futuros) massificados, facilita as contratações denominadas “por adesão”. Prescindem da fase de negociação porque sua função principal é justamente acelerar os trâmites contratuais, num contexto em que a celeridade se coloca em um nível de importância superior ao da vontade individual, que, por sua vez, vê-se substituída por verdadeiros *standards* pré-fabricados. Conforme leciona Ana Filipa Morais Antunes: “as modernas exigências de celeridade e de intensidade sentidas dificilmente se poderiam adaptar ao esquema clássico de formação do negócio jurídico, assente numa negociação entre as partes (...)”<sup>5</sup>

---

5 ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, 2013.

Dir-se-ia ainda que trata-se das cláusulas que constituem os contratos de adesão<sup>6</sup>, cujos termos são redigidos unilateralmente pelo predisponente e que, conforme lecionam Mário Júlio de Almeida Costa e Menezes Cordeiro, possuem três características principais referentes, basicamente, à pré-elaboração, à indeterminação e à rigidez<sup>7</sup>. Carlos Ferreira de Almeida, por sua vez, atribuiria duas características apenas, condensando as três retro mencionadas: “predisposição unilateral e generalidade”<sup>8</sup>. Tudo isto para dizer que o contrato de adesão é redigido única e exclusivamente pelos interesses do proponente, de forma prévia ao conhecimento do potencial aderente, sendo rígido por não permitir, à partida, modificações, além de ser direcionado, normalmente, a um público generalizado, posto que não é elaborado em consideração às características individuais da contraparte.

Mas não é totalmente pacífico na doutrina o posicionamento de que as cláusulas contratuais gerais equivalem aos contratos de adesão, o que será visto no tópico a seguir. Menezes Cordeiro<sup>9</sup> refere ainda, com relação à ausência de negociação, que a liberdade contratual fica adstrita à aceitação ou rejeição de esquemas predispostos unilateralmente, tendo em vista que neste tipo de contrato afeta-se o consentimento do contratante, que não opina sobre as cláusulas contratuais gerais nele inseridas, restando-lhe apenas a opção de aderir ou não.

É curioso observar que o Decreto-Lei 446/85, que trata especificamente das cláusulas contratuais gerais, não traga uma definição precisa do que sejam e em que consistem as cláusulas contratuais gerais, cabendo à doutrina o trabalho de interpretar e esclarecer a definição e as características das referidas cláusulas a partir da descrição existente na lei.<sup>10</sup>

Outro ponto a consierar diz respeito à compreensão de que a inclusão de cláusulas contratuais gerais em um contrato não é, inexoravelmente, uma fonte direta de prejuízos aos aderentes, já que os problemas que podem contaminar o contrato de adesão prendem-se com a falta de liberdade negocial do contratante e com a possibilidade de conter,

---

<sup>6</sup> Saltemos aqui, a discussão acerca da correta nomenclatura, se seria “contratos de adesão” ou “contratos por adesão”, conforme sugerido mais amiúde pela doutrina francesa, tendo em conta que se trata de expressões sinônimas e que a utilização de uma ou outra não é capaz de ocasionar qualquer confusão terminológica por parte dos leitores.

<sup>7</sup> CORDEIRO, Menezes / COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Cláusulas Contratuais Gerais – anotação ao decreto-lei n.º. 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, 1991.

<sup>8</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos*, vol. I, 4ª edição, Almedina, 2008.

<sup>9</sup> CORDEIRO, Menezes / COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Cláusulas Contratuais Gerais – anotação ao decreto-lei n.º. 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, 1991.

<sup>10</sup> Diferentemente do que ocorre no direito alemão, em que a AGB-Gesetz define expressamente o que são condições gerais do contrato.

eventualmente, cláusulas abusivas. A existência deste tipo de contrato é saudável e necessária à economia atual, a fim de propiciar rapidez, economia, conforto e uma certa dose de segurança às transações comerciais mais corriqueiras, decorrente da padronização. Desde que sejam respeitadas as regras pertinentes aos contratos em geral e desde que o aderente seja previamente cientificado de todos os seus direitos e obrigações, trata-se de um instrumento bastante conveniente a ambas as partes e sem o qual não seria possível, no modelo atual, a realização de tantas negociações imediatas, em nível global e com a simplicidade e comodidade que hoje se observam.

Dir-se-ia, ainda mais, que as cláusulas contratuais gerais, mais que uma realidade, hoje representam verdadeiro instrumento de conveniência da sociedade moderna, sem as quais, segundo Menezes Cordeiro<sup>11</sup>, provocar-se-ia verdadeiro retrocesso em relação à atividade jurídico-econômica como um todo (pela perspectiva real de que as negociações pré-contratuais são anti-práticas, morosas e custosas). Acrescente-se a isto o fato de que a existência das cláusulas contratuais gerais é extremamente benéfica e útil ao aderente, notadamente ao consumidor, em função do dinamismo que acarreta às relações econômico-jurídicas, motivo pelo qual a solução da equação maximização dos lucros/vantagens *versus* celeridade/abuso do consumidor não passa pela proibição de cláusulas contratuais gerais, mas sim pelo seu controle. Conforme leciona Sousa Ribeiro<sup>12</sup>, o problema das cláusulas contratuais gerais não se coloca no nível da sua admissibilidade, mas sim no nível do controle.

Ademais, é da essência dos princípios do Direito que, se a inserção de alguma cláusula contratual se der de forma ambígua e/ou prejudicial ao contratante, dificultando a sua compreensão (de modo que termine por ser “enganado” durante a contratação), não só cabe o questionamento da validade de tal cláusula, como também o questionamento da própria validade do consentimento do contratante que firmou o contrato imaginando tratar-se de determinado conteúdo, quando na verdade, tratava-se de objeto diverso.

Aliás, é justamente a diminuição do poder de autonomia do aderente que justifica o controle de conteúdo destas cláusulas, conforme leciona Sousa Ribeiro<sup>13</sup>, na forma externada acima. E também Massimo Bianca<sup>14</sup> defende uma necessidade de proteção para

---

<sup>11</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Almedina, Parte Geral, vol. 1, 4ª edição, 2012.

<sup>12</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, 1999.

<sup>13</sup> *Idem*

<sup>14</sup> BIANCA, Cesare Massimo, *Le autorità private*, Jovene, 1977.

além da simples invocação do princípio da livre autonomia contratual, já que o modelo em questão não funciona nos mesmos parâmetros que os de um contrato negociado livremente entre as partes.

Deste modo, a fim de evitar que o contratante/aderente seja prejudicado, deverá ser declarada nulo o conteúdo de cláusulas consideradas abusivas, restabelecendo-se assim o equilíbrio contratual entre as partes. Nos dizeres de Michel Trochu, a propósito de cláusulas ambíguas, em específico relativamente a contratos firmados com o consumidor: “*elles nécessiteront une interprétation dont la plus élémentaire équité justifie qu’elle soit faite au profit du consommateur.*”<sup>15</sup>

Há que se destacar ainda que a Lei 24/96 (Lei do consumidor) prevê, em seu artigo 9.º, n.ºs. 2 e 3, a vedação à inclusão de cláusulas gerais, em contratos pré-elaborados, que traduzam desequilíbrio em desfavor do consumidor. Aplica-se portanto, aos contratos de adesão celebrados com consumidores - se estas vedações aplicar-se-ão a outros tipos de contratos ou poderão aplicar-se no futuro em razão do Anteprojeto do Código do Consumidor, é uma questão que será vista mais adiante. Tal dispositivo reza expressamente, entretanto, que a invalidade da cláusula (tratada por nulidade), não implica necessariamente na nulidade do contrato, caso o consumidor opte pela sua manutenção. Trata-se de admitir o aproveitamento do contrato excluindo apenas as disposições que são eivadas de vício insanável, nulas, e que, portanto, não surtiriam efeitos de qualquer forma.<sup>16</sup>

Por fim, merece destaque a discussão acerca do caráter contratual ou normativo das cláusulas contratuais gerais. Neste campo o problema maior reside no fato de que normalmente são as grandes empresas que idealizam estes contratos, o que lhes daria um poder normativo não previsto ou intencionalmente desejado pelo legislador, que se torna seu concorrente.<sup>17</sup> Mas sobre esta discussão não vamos aqui nos alongar, por não se tratar de assunto primordial ao interesse do presente trabalho e por encontrar-se relativamente superada, na doutrina, tal discussão.

---

<sup>15</sup> TROCHU, M. Michel, *Les silences de l’adhésion*, in, *Le contrat de consommation: contribution à l’étude de la condition juridique du consommateur/Congrès National des Huissiers de Justice, Tours, 12-16 Juin 1974, Travaux de la 3ème Commission, Paris, L.G.D.J. Éditeur, 1974, p. 25.*

<sup>16</sup> Lei 24/96: “Art. 16.º: Nulidade - 1 - Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei é nula. 2 - A nulidade referida no número anterior apenas pode ser invocada pelo consumidor ou seus representantes. 3 - O consumidor pode optar pela manutenção do contrato quando algumas das suas cláusulas forem nulas nos termos do n.º 1.”

<sup>17</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, 1999.

Por fim, é de se destacar a importância a eficácia jurídica das referidas cláusulas, ainda que não venham a ser inseridas efetivamente em contratos singulares, pois o simples fato de serem predispostas ao público torna-as passíveis de gerar a confiança deste mesmo público. Alguns tipos de cláusulas contratuais gerais, quando inteiramente predispostos, constituem verdadeira proposta direcionada ao público e possuem, portanto, caráter vinculativo. Além disso, estão sujeitas a controle jurisdicional (provocado através da ação inibitória), o que mais uma vez faz despertar a confiança nos potenciais destinatários. É por esses motivos que Ferreira de Almeida considera que as cláusulas contratuais gerais possuem natureza jurídica de “enunciados contratuais gerais”, passíveis, portanto, de serem futuramente inseridos numa pluralidade de contratos.<sup>18</sup>

### 1.1.2 - Cláusulas contratuais gerais X contratos de adesão

Muito embora no ordenamento português não se faça distinção clara entre o que sejam cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão há pelo menos três diferentes posicionamentos a esse respeito. O primeiro deles, no sentido de admitir a equivalência entre o instituto das cláusulas contratuais gerais e o dos contratos de adesão<sup>19</sup>. O segundo posicionamento, no sentido de que os contratos de adesão seriam o gênero do qual as cláusulas contratuais gerais constituiriam uma espécie<sup>20</sup>. E finalmente o entendimento de que os contratos de adesão são firmados individualmente a partir da aceitação das cláusulas contratuais gerais pelo aderente<sup>21</sup>.

É inegável que a aplicação das cláusulas contratuais gerais se dá principalmente no âmbito dos contratos de adesão, mais especificamente nos contratos firmados com os

---

<sup>18</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos*, Almedina, 4ª edição, vol. I, 2008 (p. 187/188).

<sup>19</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck, *As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 33, Jan-Mar/2000, pp. 161-181; TELLES, Inocêncio Galvão, *Das condições gerais dos contratos e da diretiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, in Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 2, abril, 1995, pp. 7-21. No referido seu estudo, parece que o entendimento é no sentido de que se trata da mesma coisa, pois, inclusive, há referência à terminologia “condições gerais do contrato” e posicionamento no seguinte sentido: “*Estes contratos dizem-se, frequentemente, de adesão, fórmula criada, ao que parece, por SALLEILLES na sua obra do princípio do século (1901) “De la déclaration de volonté.” Contribution à l'étude de l'acte juridique ans le Code civil allemand*”.

<sup>20</sup> PRATA, Ana, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 2010.

<sup>21</sup> MONTEIRO, António Pinto, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas abusivas*, in Revista da Ordem dos Advogados, Coimbra Editora, vol. I, jan/2002. Pinto Monteiro, entretanto, refere que “em regra” os contratos de adesão são formados com base em cláusulas contratuais gerais, mas que nem sempre é assim. Dá o exemplo de contratos de adesão em que o aderente não tenha nenhuma ingerência no conteúdo do contrato, mas que este tenha sido redigido só pra si, faltando, portanto, o requisito da indeterminação, motivo que o leva a concluir que os contratos de adesão são um instituto mais abrangente que as cláusulas contratuais gerais.

consumidores. Doravante, entendemos que a expressão contratos de adesão é muito mais abrangente que a fórmula das cláusulas contratuais gerais. Explica-se. É da essência das cláusulas contratuais gerais que sejam pré-formuladas, sem negociação (até aí podem coincidir com o conceito de contrato de adesão), mas também que sejam dirigidas a uma generalidade de contratos, ou seja, a uma pluralidade de pessoas, representando quase que um regulamento paralelo, característica não necessariamente atinente aos contratos de adesão, que podem ser realizados apenas dirigidos a sujeitos individuais, específicos.

O ponto de coincidência entre contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais reside, principalmente, no fato de ambos os institutos possuírem como características a predisposição das cláusulas, a unilateralidade de sua redação e ainda a rigidez de seus termos. As cláusulas contratuais gerais, entretanto, contam ainda com mais duas especificidades que são a generalidade das cláusulas e indeterminação dos sujeitos a que se destinam. Portanto, não constitui uma verdade absoluta afirmar que a sua aplicação está adstrita aos contratos de consumo e tampouco que esteja limitada ao campo dos contratos de adesão.

O que não se pode olvidar, outrossim, é a diferença que pode haver entre os contratos direcionados a um público indeterminado e os contratos individualmente firmados no que se refere à possibilidade, nestes últimos, do manejo da ação inibitória como forma de controle de eventuais cláusulas contratuais gerais proibidas. Nos contratos realizados individualmente, não há as características da generalização e da indeterminação, portanto, suas cláusulas não são de conhecimento geral. Tal fato impede, à partida, que os detentores de legitimidade ativa para a propositura da demanda inibitória sequer possuam conhecimento e acesso aos termos das referidas cláusulas, impedindo esta forma de controle, o que, por si só, representa grande diferença.

Conforme apontado acima, pode-se notar que diferentes são as noções apresentadas pelos doutrinadores portugueses, podendo-se destacar, pontualmente, a de Inocêncio Galvão Telles<sup>22</sup>, segundo a qual o contrato de adesão seria aquele elaborado com a finalidade de servir de base a um número indeterminado de contratos. Para Mota Pinto, o contrato de adesão é aquele “*cujo conteúdo contratual foi pré-fixado, total ou parcialmente,*

---

<sup>22</sup> TELLES, Inocêncio Galvão, *Das condições gerais dos contratos e da diretiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, in: Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 2, abril, 1995, pp. 7-21.

*por uma das partes a fim de ser utilizado, sem discussão ou sem discussão relevante, de forma abstracta e geral, na sua contratação futura.*”<sup>23</sup>

Já Pinto Monteiro<sup>24</sup> parece defender que os termos contratos de adesão, condições gerais dos contratos, cláusulas contratuais gerais, contratos *standard* e contratos em série significam, à partida, todos a mesma coisa. No mesmo estudo, entretanto, afirma que os contratos realizados com base em cláusulas contratuais gerais são espécies de contratos de adesão, denotando diferenciar, em alguma medida, a terminologia, baseada na legislação alemã (*allgemeine Geschäftsbedingungen*).<sup>25</sup>

Para os próprios autores da legislação portuguesa, Mário Júlio de Almeida Costa e Menezes Cordeiro<sup>26</sup>, as diferentes expressões (condições gerais dos contratos, condições negociais gerais, contratos por adesão, contratos em série, contratos standardizados) possuem utilização indistinta, ou seja, servem todas para designar o mesmo fenómeno, qual seja, o das cláusulas contratuais gerais. Neste mesmo sentido e mencionando a jurisprudência italiana que com eles concorda afirmam Guido Alpa e Cristina Rapisarda: “...*la giurisprudenza equipara (e considera inscindibili) le condizioni generali di contratto e i contratti per adesione*”<sup>27</sup>

Há, porém, quem faça a distinção a partir da forma, ao entender que, quanto à formulação unilateral das cláusulas, de maneira uniforme a abstrata, ter-se-ia condições gerais dos contratos ou cláusulas contratuais gerais e que, no plano concreto, quando o contrato em que este tipo de cláusula subsiste toma corpo, teríamos então o contrato de adesão. A relação estabelecida entre os dois institutos seria de forma conteúdo, respectivamente.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica*, Separata da Revista de Direito e estudos sociais, Coimbra, 1973, pp. 119-148 (p. 125).

<sup>24</sup> MONTEIRO, António Pinto, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas abusivas*, in: Revista da Ordem dos Advogados, Coimbra, jan/2002.

<sup>25</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, in: Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, Coimbra Editora, 2001, pp. 131/163. Afirma o autor, a p. 150, que a expressão utilizada pela legislação portuguesa baseou-se na legislação alemã e que a fórmula dos contratos de adesão seria mais abrangente, pois bastariam os requisitos da pré-formulação e ausência de negociação, não existindo a exigência da indeterminação e da generalidade constantes das cláusulas contratuais gerais.

<sup>26</sup> CORDEIRO, António Menezes, / COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Cláusulas Contratuais Gerais – anotação ao decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, 1991.

<sup>27</sup> ALPA, Guido / RAPISARDA, Cristina, *Il controllo dei contratti per adesione*, in: Rivista del Diritto Commerciale, Picin Nuova Libreria S.P.A., Luglio-Agosto, 1989, pp. 531-565 (p. 538).

<sup>28</sup> MELO, Diogo L. Machado de, *Contratos de adesão em relações de não consumo: lógica econômica e balizas para o ativismo judicial*, in: Revista do advogado, AASP, Ano XXXII, n.º 116, julho de 2012, pp. 70-76. O autor, à p. 71, assim se pronuncia: “Entendemos que para se conceituar o contrato de adesão não se deve considerar apenas a peculiaridade do seu consenso. Deve-se levar em conta um duplo aspecto. Considerada na perspectiva da formulação das cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, temos as **condições gerais dos contratos** (ou **cláusulas contratuais gerais**). Encarada no plano da

Para Cláudia Lima Marques, os contratos de adesão seriam diferentes das condições gerais dos contratos, estas sim reconhecidas como cláusulas contratuais gerais, sendo estas uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos. Os contratos de adesão, por sua vez, seriam os contratos em si, nos quais estariam dispostas as referidas cláusulas. Entende a mesma autora que as características principais dos contratos de adesão são a pré-elaboração unilateral, a oferta uniforme e de caráter geral, para um número indeterminado de pessoas, e o modo de aceitação, por mera adesão.<sup>29</sup>

De qualquer forma, repita-se, não se pode negar o fato de que o regime dos clausulados gerais está intrinsecamente ligado à realização de contratos de adesão, o que é afirmado no artigo 1.º do Decreto-Lei 446/85 e constitui o motivo pelo qual a grande maioria da doutrina defende a coincidência de termos.

Portanto, ao utilizar-se uma interpretação literal, poder-se-ia concluir que as cláusulas contratuais gerais equivalem identicamente aos contratos de adesão. Entretanto esta seria uma visão antiquada e estática de um conjunto de regras que constitui um verdadeiro microsistema e que pode servir de orientação em diferentes situações que não apenas dos contratos por adesão, sem interferir, obviamente, na motivação de sua aplicação principal, que continua a ser a formação de contratos de adesão.

Observe-se, por fim, que os contratos de adesão terminam por ter função ambígua, pois ao mesmo tempo em que servem de instrumento de proteção dos interesses dos empresários, na medida em que lhes facilita a realização de contratos em massa com a redação de cláusulas redigidas previamente por eles, servem de proteção ao consumidor, no que se refere a uma série de questões como, por exemplo, a igualdade de condições de determinada oferta. No parecer de Jean-Chazal: *“Le parcours du contrat d’adhésion est donc chaotique et ambigu: il est à la fois un instrument de domination au service des professionnels, et un instrument de protection au service des consommateurs.”*<sup>30</sup>

---

*efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, temos o contrato de adesão.”* E prossegue afirmando, à p. 72, que: *“A relação existente entre as cláusulas contratuais gerais e o contrato de adesão é, respectivamente, de conteúdo e continente, ou seja, o contrato de adesão é o instrumento que concretiza os efeitos das cláusulas contratuais gerais.”*

<sup>29</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, RT, 7ª edição, 2014, pp. 78-80 e 86.

<sup>30</sup> CHAZAL, Jean-Pascal, *“De la puissance économique dans le droit des obligations”*, in: [http://www.sciencespo.fr/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=LHHuMvrEWaApVLTR0aln3hZQuspw6uZ5heftQ6ZJM\\_U](http://www.sciencespo.fr/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=LHHuMvrEWaApVLTR0aln3hZQuspw6uZ5heftQ6ZJM_U), pp. 184.

Neste tocante, ressalte-se importante detalhe observado por Michel Trochu<sup>31</sup> que consiste na dificuldade de proteção e defesa dos interesses dos utilizadores deste tipo de contrato, enquanto consumidores, não só relativamente aos contratos firmados dentro de seu próprio território nacional, mas principalmente no que se refere ao comércio realizado entre países da Comunidade Europeia, com práticas comerciais diversas e línguas também muitas vezes diferentes.

Doravante, discute-se ainda, para além dos problemas causados pela massificação, a utilização das cláusulas contratuais gerais como instrumento de dominação econômica por parte das grandes empresas. Jean Calais-Auloy utiliza a nomenclatura “contratos pré-redigidos”, e afirma que os referidos contratos são indispensáveis em um sistema de produção e distribuição de massa, mas são perigosos para os consumidores, na medida em que são redigidos pelos empresários, evidentemente em seu próprio favor.<sup>32</sup> Porém, naturalmente que isto não significa a descaracterização dos contratos e sim uma forma diferente de sua utilização, como sugere Pietro Perlingieri.<sup>33</sup>

Resta ainda uma questão que se relaciona com a maturidade dos contratos de adesão: se seriam eles contratos civis ou comerciais.

Segundo Engrácia Antunes<sup>34</sup>, os elementos de diferenciação - ou características, como prefere chamar – entre os contratos civis e comerciais seriam a objetivação, a padronização e a “mercadorização” do contrato. Ocorreria, sobretudo, uma falta de identificação, de personalização do contrato, que subsiste muito mais pelo seu conteúdo e

---

<sup>31</sup> TROCHU, M. Michel, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs: directive n. 93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993*, Recueil Dalloz Sirey, Paris, n. 43 (9déc.1993) LXXX, p. 315-320 (p. 395): “*Si la situation du consommateur est inconfortable lorsqu’il conclut sur son propre territoire national, elle devient encore plus précaire lorsqu’il souhaite se procurer un bien ou un service à l’intérieur du Marché commun avec douze États membres, c’est à dire, avec douze systèmes juridiques distincts et neuf langues officielles.*”

<sup>32</sup> CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 2ème ed., Paris, Dalloz, 1986 (p. 143): “*Les contrats pré-rédigés sont indispensables dans un système de production et de distribution de masse. Ils présentent, pour les entreprises, des avantages évidents, puisqu’ils assurent à la fois la rapidité et la sécurité des transactions. Mais ils sont dangereux pour les consommateurs. Ces derniers adhèrent globalement au contrat, sans connaître toutes les clauses. Ils font confiance. Or, cette confiance risque d’être déçue, car les contrats sont évidemment rédigés en faveur des professionnels qui les proposent: les contrats pré-rédigés sont le plus souvent des contrats déséquilibrés.*”

<sup>33</sup> PERLINGIERI, Pietro, *Nuovo profili del contratto*, in: *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli, a.19, n.º 2-3 (Giugno-Settembre 2001), p. 223-246. O autor, na p. 243, afirma que: “*In questa prospettiva il fenomeno economico della standardizzazione degli scambi, in virtù del quale si determina il fenomeno giuridico dell’assenza della fase delle trattative nella formazione del contratto, implica non la ‘morte del contratto’, ma il semplice adeguamento della sua disciplina.*”

<sup>34</sup> ANTUNES, José A. Engrácia, *Contratos comerciais – noções fundamentais* in *Direito e Justiça*-. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, n.º. especial, 2007.

menos pelas partes que o firmaram.<sup>35</sup> Para o referido autor, os contratos comerciais tendem a uma impessoalidade ou patrimonialização muito maior que os contratos civis, já que estes possuiriam matriz muito mais subjetivista. O segundo elemento de diferenciação entre o contrato civil e o comercial seria a padronização, ou massificação, decorrente da verificação de uma maior velocidade nas negociações mercantis, devido ao seu forte caráter económico. Por último, a característica da “mercadorização”<sup>36</sup>, traduzida pela permeabilização deste contrato no mercado, considerado tanto pelo seu viés económico como jurídico, o que lhe expande para além dos simples conceitos de comércio, de empresa comercial. De todas essas premissas é possível afirmar sem dificuldades que os contratos de adesão seriam contratos comerciais.

## 1.2 – Origem e evolução

### 1.2.1 – Surgimento do instituto

Com o fenómeno da massificação da economia, decorrente da produção em massa surgida no século XX, nomeadamente no período da industrialização - o que mais fortemente verificou-se entre as duas grandes guerras - surgiram os contratos uniformizados, estandardizados. Suas características principais sempre foram o da inexistência de fase negociatória, a predisposição pelas grandes empresas com o objetivo de submetê-los ao grande público justamente sem passar pela fase de negociação, acelerando, assim, as transações comerciais, com o objetivo de maximização do lucro.<sup>37</sup>

Segundo Carvalho Fernandes, *“Traduz-se esta nova realidade através da ideia de tráfico negocial de massas, que impressivamente significa não só um aumento da intensidade na celebração de negócios jurídicos, mas também o seu alargamento subjectivo, quanto ao potencial número de pessoas a quem a sua celebração abrange.”*<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Tal característica acaba por conduzir os contratos comerciais à inexorável prática dos contratos de adesão, o que será objeto de análise específica mais adiante.

<sup>36</sup> Expressão utilizada por Engrácia Antunes na obra retro mencionada.

<sup>37</sup> Segundo muito bem coloca Pinto Monteiro (MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, in: Revista da Ordem dos advogados, vol. III, dezembro, 1986, pp. 732-769, pp. 742): *“(…) à produção e distribuição standard corresponde necessariamente a contratação standard, sendo impensável, na moderna estrutura industrial, um processo, de negociação caso a caso, com cada um dos milhares (ou milhões) de utentes.”*

<sup>38</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2ª edição, Universidade Católica de Lisboa, 1996, pp. 263.

O fenômeno que se vê despontar a partir de tais fatos econômico-jurídico-sociais que consagra a existência e necessidade dos contratos de massa é, indubitavelmente, o reconhecimento da sociedade de consumo, da figura do consumidor e conseqüentemente, de um “direito do consumidor”. Seguido a isto e a propósito da necessidade de tutela específica do consumidor é que se impulsiona o debate acerca da problemática representada pelos contratos standardizados. O debate se intensifica e, em certa medida, ultrapassa a questão focada no consumidor, de modo que, tanto as discussões doutrinárias como as necessidades legislativas passam a apontar para além do âmbito das relações de consumo, gerando o que seria então a disciplina das cláusulas contratuais gerais.

A disciplina dos clausulados gerais surgiu como uma vertente da disciplina contratual clássica baseada na ampla liberdade contratual, que por sua vez constitui um dos pilares primordiais do direito privado. Necessário lembrar que a concepção clássica do princípio da liberdade contratual sempre permitiu às partes contratantes negociar e definir livremente as cláusulas contratuais, tendo por limite a legalidade. O próprio art. 405.º, n.º 1 do Código Civil português enuncia o direito que as partes possuem de fixar livremente contratos e suas respectivas cláusulas.

Entretanto, essa denominada “liberdade” sempre teve como fundamento a igualdade de poder contratual entre as partes, o que veio a ser modificado com o surgimento dos contratos de massa, em que as empresas, detentoras do poder econômico e em nome da liberdade contratual passaram a fixar “livremente” cláusulas contratuais às quais a outra parte limitava-se a aderir sem a possibilidade de interferir minimamente em seu conteúdo, caso desejasse obter o produto ou serviço. Passou-se a observar a injustiça desta prática, na medida em que o problema não era tão simples quanto aderir ou não ao contrato, escolhendo outro fornecedor, mas consistia em subtrair a grande parte das pessoas, em caso de discordância, serviços essenciais, que muitas vezes são prestados por um único fornecedor.

Foi a partir daí que surgiram as primeiras vedações a práticas comerciais nocivas que terminavam por subtrair às pessoas o acesso a bens e serviços imprescindíveis. Passou-se a coibir então determinadas práticas que, em nome de uma pretensa liberdade contratual, traduzissem vantagem apenas a uma das partes, afigurando-se, desta forma, ilícitas – é o caso das práticas usurárias, pactos comissórios, pactos leoninos, entre outros.

A primeira vez que se utilizou a expressão “contratos de adesão”, doravante, foi na obra de Raymond Saleilles denominada “*De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemande (art. 116 a 144).*” Ao mencionar

pela primeira vez no mundo jurídico a existência do contrato de adesão, Saleilles em verdade nega a sua natureza puramente contratual, atribuindo-lhe uma natureza de “pretensão contrato”, afirmando que tal instituto aproximar-se-ia mais de um tipo de lei que de um acordo de vontades já que, em substância, tratar-se-ia de um ato unilateral de vontade do predisponente, cabendo ao aderente apenas aceitar.<sup>39</sup>

Mas a possível polêmica acerca da natureza contratual ou não dos contratos de adesão já foi de há muito superada. Em verdade, René Demogue<sup>40</sup> já dizia, em 1911, que existem diferenças entre a lei e o contrato, mas que não são tão importantes assim. Assim diz Demogue: “*L’antithèse entre la loi et le contract cesse de nos jours d’être telle, elle devient une simple différence qui a son importance, mais, qu’il ne faut pas exagérer. Il y a loin des idées de 1804 aux faits d’aujourd’hui.*”. Não obstante, Cláudia Lima Marques menciona o ressurgimento da opinião segundo a qual o contrato de adesão não teria natureza verdadeiramente contratual. Tal fenômeno ter-se-ia iniciado novamente em Itália, a propósito da desmaterialização dos contratos realizados por meio do comércio eletrônico (“unilateralidade extrema”, conforme diz a autora), mas não teria ganhado força na medida em que passou-se a defender a existência de um acordo de vontades no contrato de adesão formalizado pela internet, ainda que “solitário”.<sup>41</sup>

A expressão contratos de adesão foi disseminada a partir de então, sendo utilizada pela primeira vez na doutrina, através de trabalho de mesmo nome, realizado em 1973, por Carlos Mota Pinto.<sup>42</sup>

Mas foi a legislação italiana a primeira a prever expressamente em seu *Codice Civile* (originariamente no art. 1341º - condições gerais dos contratos) a existência e

---

<sup>39</sup> SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 a 144)*, Paris, L.G.D.J., 1929. Acreca do contrato de adesão, o autor assim discorre (p. 228/229), demonstrando não estar seguro de que se trate de um verdadeiro contrato: “**Il y a des prétendus contracts que n’ont du contract que le nom, et dont la construction juridique reste à faire; pour lesquels, en tout cas, les règles d’interprétation individuelle qui viennent d’être décrites devraient subir, sans doute, d’importantes modifications; ne serait-ce pour ce que l’on pourrait appeler, faute de mieux, les contracts d’adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d’une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s’engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s’emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même. (...) les Romains le disaient déjà, se rapprocherait beaucoup plus de la Lex que de l’accord de volonté.**” (negrito nosso)

<sup>40</sup> Demogue, René, *Les notions fondamentales du Droit privé - Essai critique pour servir d’introduction à l’étude des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1911.

<sup>41</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, RT, 7ª edição, 2014, p. 81.

<sup>42</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, Coimbra, 1973, pp. 119-148.

aplicação de cláusulas gerais em contratos, apesar de a questão já se discutir em Itália pelo menos desde os anos sessenta<sup>43</sup>.

Na *Common Law*, em razão do incremento dos contratos padronizados (*standard forms*) e a despeito da forma normalmente utilizada para a gestão de conflitos, a questão também vinha sendo discutida desde 1937<sup>44</sup> e ocorreu uma intervenção legislativa em 1977, através da qual foi editado o *Unfair Contract Terms Act*, aplicável principalmente ao controle das cláusulas de isenção de responsabilidade (*exemption clauses*). O próximo intervento legislativo britânico ocorreu em 1994 e consistiu no *Unfair Terms in consumer Contracts Regulations*, que diria respeito, nomeadamente, à aplicação de cláusulas contratuais gerais em contratos firmados com consumidores. Esta seria substituída em 1999 por outra de igual nome, mas adaptada aos termos da Diretiva Comunitária n.º 13/93.

Em Espanha, foi promulgada em 19 de julho de 1984 a Lei n.º. 24/84 – Lei Geral da Defesa dos Consumidores e Usuários, prevendo um regime de cláusulas contratuais gerais e normas de proteção ao consumidor e usuário.

Também em França, a questão foi discutida inicialmente pelo menos desde os anos setenta, podendo-se destacar o estudo de Michel Trochu<sup>45</sup>, em 1974, sobre o tema.<sup>46</sup> A matéria foi inserida na legislação francesa, doravante, através do *Code de la consommation*, adaptado quando do advento da diretiva 93/12/CEE.

No Direito alemão, a AGB-Gesetz, de 9 de dezembro de 1976 (que entrou em vigor em 1º de abril de 1977) previa expressamente as questões relativas aos contratos *standards*. Tal legislação foi alterada em 29 de março de 1983 e em 25 de julho de 1996, sendo parcialmente integrada ao BGB em 2002.

A questão, também em Portugal, sequer é nova, pois, a despeito da edição do Decreto-Lei 446 ocorrida somente em 1986, já se discutia anteriormente a problemática dos contratos de adesão. Antes de promulgada a referida legislação, a lei portuguesa

---

<sup>43</sup> Ana Prata menciona, na p. 26 de sua obra *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 2010, o estudo de Gino Gorla, elaborado em 1963, denominado “Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano” (*in*: *Rivista del Diritto Commerciale*, Ano LXI, Parte prima, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi).

<sup>44</sup> Prausnitz, *The standardisation of commercial Contracts*, citada por Ana Prata na obra acima mencionada,, pág. 26.

<sup>45</sup> TROUCHU, M. Michel, *Les silences de l'adhésion*, *in*, *Le contrat de consommation: contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur/Congrès National des Huissiers de Justice, Tours, 12-16 Juin 1974, Travaux de la 3ème Commission*, Paris, L.G.D.J. Éditeur, 1974.

<sup>46</sup> Um ano antes havia sido promulgada a primeira lei relativa à proteção de consumidores, Lei n.º. 1973/73, de 27 de dezembro, conferindo às associações relativas à defesa de interesses de consumidores poderiam propor ações cíveis versando sobre a matéria; a referida Lei, em verdade, ressaltou a previsão existente anteriormente no decreto n.º. 149/56, art. 3º.

tratava a matéria tal qual em França, através da observância da figura do contrato de adesão, das regras acerca da interpretação de contratos e ainda através da recorrência a cláusulas gerais e princípios, principalmente o da boa-fé.<sup>47</sup> A aplicação respectiva ocorria, entretanto, de forma pontual, sendo evidentemente de difícil reconhecimento e pouco eficaz. De forma sempre visionária, Mota Pinto discutiu a questão já em 1973, como já dito, em importante trabalho doutrinário que teve o escopo iniciar os operadores do direito no debate de tão importante questão.<sup>48</sup> Da mesma forma, porém sob um prisma direcionado ao debate da importância da autonomia privada à tutela constitucional, o trabalho de Ana Prata publicado em 1982.<sup>49</sup> Ambos os trabalhos foram de suma importância para o início do debate acerca da necessidade de tutela diferenciada em relações com assimetria de poder contratual - muito embora não fosse utilizada especificamente esta expressão àquela altura.

### **1.2.2 - O Decreto-lei n.º 446/85**

O Decreto-Lei n.º 446/85, aprovado em 25 de outubro é o diploma legal que trata, no direito interno português, das cláusulas contratuais gerais. Sua redação, como sabido, ficou a cargo dos eminentes professores Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro. Ressalte-se que Portugal foi um dos primeiros países europeus a tratar de forma especificada da matéria, inspirando-se notoriamente no Direito alemão e utilizando-se dos mecanismos eficazes de adaptação à realidade do sistema jurídico português.

O momento econômico-social em que surgiu a referida legislação é subsequente à previsão constitucional, de 1976, em relação à proteção dos consumidores. Posteriormente a isso foi editada a Lei de Defesa do Consumidor, Lei n.º 24/81, de 22 de agosto. A revisão constitucional efetuada em 1982 passou a consagrar, no art. 110.º, os direitos fundamentais dos consumidores.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2ª edição, Universidade Católica de Lisboa, 2010.

<sup>48</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, Coimbra, 1973.

<sup>49</sup> PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, 1982.

<sup>50</sup> Não podemos descurar que as sucessivas revisões constitucionais sedimentaram ainda mais a proteção ao consumidor, que, a partir de 1989 foi inserida no capítulo referente aos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, restando consagrada, definitivamente e indubitavelmente, como direito fundamental.

No plano material, pode-se dizer, portanto que o legislador português seguiu a legislação alemã quando passou a prever, através do Decreto-Lei 446/85 uma disciplina específica para as cláusulas contratuais gerais. Doravante, apesar de a inspiração para a legislação interna ser claramente o Direito alemão, o que, à partida, parece positivo, em alguns trechos a legislação estrangeira parece ter sido totalmente transcrita, o que obviamente trouxe alguns problemas decorrentes da falta de identificação das realidades e situações econômico-jurídicas de cada país. É justamente esta opção de seguir o Direito alemão que faz com que, na redação original, não tenham sido previstos os contratos de adesão singularmente celebrados, mas apenas os contratos em que o predisponente formula um modelo para integrar um número indefinido de contratos, o que causou alguma perplexidade e dificuldade relativamente ao campo de aplicação da novel legislação, tendo em conta o fato de a realidade social portuguesa ser diferente da alemã. Os ajustes iniciais, entretanto, ficaram por conta da doutrina e da jurisprudência, apesar do atraso desta, em Portugal, relativamente ao país da fonte inspiradora.

Em decorrência das alterações que se fizeram necessárias, surgiu a disciplina de cláusulas contratuais gerais como principal meio de coibir o abuso de poder econômico que poderia surgir principalmente das relações desequilibradas entre empresários e consumidores – mas não só – sem prejuízo à observância das garantias clássicas à liberdade contratual.

O termo pelo qual optou o legislador português – cláusulas contratuais gerais – em vez de condições gerais dos contratos ou contratos de adesão, por exemplo – não é aleatório, mas tem uma razão de ser. É que a expressão cláusulas contratuais gerais, como já dito antes, significa cláusulas que foram pré-elaboradas para serem inseridas em contratos uniformizadores, contratos a serem realizados para um número indeterminado de pessoas. A expressão contratos de adesão, por sua vez, significaria apenas que em determinado contrato existem cláusulas contratuais que foram elaboradas unilateralmente sem a possibilidade de negociação pelo aderente, sem que tenha havido a intenção de uniformização a partir daquelas cláusulas. Embora a matéria não seja absolutamente pacífica, como já foi visto a propósito das diferentes opiniões dos doutrinadores portugueses a esse respeito, parece ser este o prisma mais claro da questão, não obstante a existência de opiniões diversas a esse respeito.

Cabe lembrar que o Decreto-Lei 446/85 sofreu alterações em decorrência da necessidade de adaptação aos termos da diretiva comunitária 93/13/UE, sendo certo que

seus objetos não são estritamente coincidentes, o que gerou algumas controvérsias e contratempos, como será visto em seguida.

### **1.2.3 – A diretiva nº. 93/13/UE e sua transposição para o direito português**

#### **1.2.3.1 – O objeto da Diretiva**

Em 05 de abril de 1993 foi editada a diretiva nº. 93/13/UE, cujo conteúdo dispunha sobre cláusulas abusivas nos contratos de adesão celebrados com consumidores. A referida diretiva foi estudada, analisada e aperfeiçoada por cerca de 20 anos e a ideia de sua efetiva promulgação surgiu da observação do fenômeno crescente do consumismo pós-industrial, que passou a evidenciar a necessidade de tutela deste novo sujeito de direitos que então surgia: o consumidor.

Surge não apenas como tentativa de uniformizar as diferentes disposições das ordens jurídicas de cada estado-membro da União Europeia, mas também como meio de harmonização da política de defesa do consumidor (*consumer policy*) dos Estados-membros. O objetivo principal da diretiva, portanto, parece ter sido o de compelir os Estados-membros a adaptar as suas legislações internas no que se refere à proteção do consumidor contra a estipulação de cláusulas abusivas em contratos de adesão, na tentativa de “simplificar” o tratamento da matéria, facilitando assim o modo de lidar com o problema, ao menos em nível europeu.

Sobre a importância da diretiva a despeito do reduzido campo de incidência, assim posiciona-se Pinto Monteiro: *“Apesar do seu limitado campo de aplicação e do alcance reduzido das medidas que consagrou, a Directiva é importante. Em primeiro lugar, pela protecção concedida contra as cláusulas abusivas. Em segundo lugar, pelas implicações que tem na teoria geral do contrato. Em terceiro lugar, pelo reconhecimento e reforço do estatuto do consumidor como sujeito carecido de uma especial protecção. Finalmente, porque ela constitui mais um passo para a harmonização do chamado ‘direito europeu dos contratos’.”*<sup>51</sup>

Além disso, tal diretiva traz à tona o debate sobre assuntos de grande interesse à doutrina como a tutela do consumidor, a disciplina e o controle sobre cláusulas abusivas e

---

<sup>51</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 7, jul/set 2001, p. 3-31 (p. 18).

contratos de adesão e ainda a disciplina das cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade.

À partida, é de se estranhar o reduzido âmbito de aplicação da referida diretiva, considerando-se que textualmente restringe-se às cláusulas abusivas inseridas em contratos de adesão (cláusulas não negociadas entre as partes) firmados entre empresários e consumidores, especificamente. Demonstra possuir o objetivo claro de proteger a parte contratante mais fraca num contrato de adesão – o consumidor. Dirige-se, então, à vedação das práticas abusivas perpetradas em detrimento de consumidores apenas, sendo estes o alvo de sua tutela.

Em Portugal cria-se imediatamente um conflito, na medida em que a diretiva europeia não trata exatamente da matéria prevista no Decreto-Lei 446/85, que é bem mais abrangente que o objeto da diretiva (muito mais específico). Isto porque a legislação portuguesa abrange as relações entre empresários além das relações entre estes e os consumidores. Já a diretiva não se aplica a todas e quaisquer cláusulas abusivas, mas apenas às que não tenham sido objeto de negociação entre empresários (profissionais) e consumidores, o que não coincide necessariamente com o objeto do DL 446/85, embora seja, de fato, abrangido por ele. Segundo Pinto Monteiro, não há dúvida de que a diretiva tem por principal objeto as cláusulas abusivas inseridas em contratos de adesão firmados com consumidores.<sup>52</sup>

Isto se explica talvez pelo fato de a referida diretiva ter tentado conciliar os modelos alemão e francês (inicialmente baseando-se no modelo francês, que por sua vez se baseava na teoria do abuso, do aproveitamento do contratante mais forte em detrimento do consumidor), na tentativa de obter um modelo comum a todos, tentando conciliar “*a leitura germânica do fenómeno das condições gerais e a compreensão francesa das cláusulas abusivas, orientada pela ideia de tutela do consumidor*”.<sup>53</sup> Como era de se esperar nesse tipo de técnica de conjugação, o texto final da diretiva acabou por apresentar-se, de certa forma, insuficiente<sup>54</sup>, o que fez com que surgissem dificuldades na transposição para a legislação interna.

---

<sup>52</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 7, jul/set 2001, p. 3-31 (p. 19).

<sup>53</sup> SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Almedina, 2.ª edição, 2005, p. 27.

<sup>54</sup> *Idem*, pp. 131/163. Neste trabalho, Pinto Monteiro refere-se à tentativa do Conselho de conciliar os modelos o alemão e o francês de legislação, o que, na sua opinião, não teria funcionado. Segue a sua afirmação, a p. 148, *verbis*: “O Conselho terá querido conciliar dois modelos, o alemão e o francês. Daí resultou uma directiva ambígua e até contraditória.”

Todavia, tal política é compreensível, na medida em que não há (tampouco havia à época da elaboração da diretiva) uniformidade sobre a matéria nos diferentes países da União Europeia. Muito embora a tal harmonização pretendida seja necessária ao desenvolvimento do mercado interno europeu, realisticamente sabe-se que a harmonização total é inviável, pois poderia acarretar, inclusive, um enfraquecimento da defesa dos consumidores em alguns países, o que não é de todo desejável.

Por este motivo, talvez, o legislador comunitário tenha optado – quiçá por falta de hipótese que considerasse melhor – por padrões de proteção mínimos, a partir dos quais os ordenamentos jurídicos internos devam construir o arcabouço legal adequado à sua realidade concreta.<sup>55</sup> É também por este motivo que, muito embora seja apresentado um rol de cláusulas abusivas, este rol não é necessariamente imperativo, tampouco exaustivo, deixando-se ao arbítrio dos Estados-membros a avaliação da situação concreta de cada qual a partir da necessária observância mínima das cláusulas ali contidas.

Também segue a política de interferência mínima o efeito conferido às cláusulas abusivas, que é o de “não-vinculação” do consumidor às mesmas. Segue-se a partir daí para mais grave, eventualmente, a opção de cada Estado-membro, que deve observar obrigatória e minimamente o referido efeito, podendo cominar-lhe mais grave, entretanto. Conforme leciona Martin Ebers, esse padrão de harmonização mínima adotado pela diretiva 93/13/UE fomenta a fragmentação do direito interno dos países da união europeia, pois cada um deles pode optar por estabelecer o padrão de proteção que lhe convém, (desde que não seja inferior ao estabelecido na diretiva).<sup>56</sup>

Além do alvo principal da diretiva (cláusulas standardizadas inseridas em contratos de massa) a mesma parece querer abranger também as cláusulas não negociadas em contratos individuais, contratos realizados diretamente com determinado consumidor, que não teve a oportunidade ou possibilidade de interferir na negociação das cláusulas ou de determinadas cláusulas que lhe sejam prejudiciais (abusivas). Ou seja, o elemento de maior importância é a predeterminação das cláusulas, a ausência de negociação, quer se trate de um contrato dirigido a uma generalidade, quer se trate de um contrato individualizado.

---

<sup>55</sup> SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Almedina, 2.<sup>a</sup> edição, 2005.

<sup>56</sup> EBERS, Martin, *El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional* [http://www.indret.com/pdf/881\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/881_es.pdf), pesquisa em 18/09/2014 (p. 7).

No que se refere aos destinatários das normas, Menezes Leitão<sup>57</sup> afirma que, quanto ao âmbito de aplicação subjetivo, a diretiva comunitária deve ser interpretada restritivamente, pois somente referir-se-ia aos contratos (não negociados, pré-formulados) firmados entre empresários e consumidores, excluindo as relações contratuais estabelecidas exclusivamente entre empresários. O referido autor entende que a legislação interna não refletiu corretamente o que fora estabelecido pela Diretiva comunitária, pois acaba por permitir a aplicação do regime a todos os contratos pré-redigidos, mesmo os que não tenham sido firmados com consumidores, o que entende ser incorreto.

Menezes Cordeiro<sup>58</sup> também apoia a interpretação restritiva e critica a forma como a transposição da Diretiva comunitária foi realizada, pois entende que o tema dos contratos pré-redigidos pertence ao regime jurídico aplicável aos consumidores e não à lei das cláusulas contratuais gerais, donde conclui que a alteração do Decreto-lei 446/86 foi desnecessária e equivocada. A discussão reside, mais uma vez, na dificuldade encontrada em delimitar o conceito de consumidor, já que a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais não o define - só a Lei 24/96 o faz - restando em aberto a questão relativa a saber se as pessoas coletivas, se os empresários em determinadas situações, são também abrangidos pelo referido conceito e, conseqüentemente, enquadram-se nas alterações feitas ao Decreto-Lei 446/86.

Mas por outro lado, é possível admitir que o Decreto-Lei 446/86, ao transpor a matéria não restringiu o âmbito de aplicação aos consumidores, o que levaria ao entendimento de que, ao menos em tese, o seu objeto aplicar-se-ia não só a consumidores como também a outras relações jurídicas, inclusive, potencialmente, entre empresários. Há que se destacar, neste sentido, que o Decreto-Lei n.º. 249/99 ampliou o âmbito de aplicação da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, permitindo a aplicação às relações entre empresários ou entre estes e entidades equiparadas como será melhor visto adiante.

O que há de pacífico sobre a matéria, portanto, é que coube a cada um dos Estados-membro efetuar a transposição da Diretiva Comunitária n.º. 13/93 para a sua ordem jurídica interna, modificando partes de seus ordenamentos jurídicos de modo a alcançar minimamente os padrões de harmonização perseguidos através da edição da diretiva.<sup>59</sup> Se

---

<sup>57</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, vol I, Almedina, 11.º edição, 2014.

<sup>58</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, vol. 1, Almedina, 4.ª edição, 2012.

<sup>59</sup> A Grã-Bretanha, por uma questão de coesão política e a fim de evitar maiores conflitos econômicos e desvantagens perante os países vizinhos da união europeia, editou, em 08 de dezembro de 1994, o seu *Unfair*

o fizeram bem ou mal, é algo que ainda será objeto de muitos debates devido à natural dificuldade em harmonizar conceitos e institutos dentro de diferentes ordenamentos jurídicos.

### 1.2.3.2 – Os atos de transposição

No plano interno do ordenamento jurídico português, o recebimento da Diretiva n.º 93/13/UE culminou na alteração do Decreto-Lei 446/85, que já dispunha sobre cláusulas contratuais gerais, o que causou certa dificuldade, tendo em vista que, como já observado, seu texto não trata exclusiva e especificamente sobre cláusulas abusivas, tampouco sobre cláusulas inseridas unicamente em contratos firmados entre empresários e consumidores. Isto porque o objetivo principal da lei portuguesa havia sido o estabelecimento de regras de proteção a qualquer sujeito que contrate através da utilização de cláusulas contratuais gerais, seja ele consumidor ou empresário, apesar de o controle ser muito mais rigoroso nas relações travadas com consumidores. Já o objetivo maior da diretiva, dentro de uma *consumer policy* reconhecidamente crescente em Europa, fora notadamente o de conferir maior proteção ao consumidor, especificamente, quando em contratação com um empresário, um profissional. Em outras palavras, a legislação portuguesa parte da premissa de que o mais importante é a correção da relação contratual em si,<sup>60</sup> enquanto a diretiva parece valorizar mais a proteção do consumidor como sujeito débil da relação, merecedor de proteção acrescida.

Em razão de tal fato observou-se um *gap* cujo necessário preenchimento foi então realizado a partir da edição do Decreto-Lei 220/95, que alterou o texto do Decreto-Lei 446/85 a fim de transpor a referida diretiva comunitária<sup>61</sup> e introduzir algumas outras modificações necessárias, não apenas relacionadas com a transposição.

---

*Terms in consumer Contracts Regulations* para adaptar-se aos dtames da diretiva comunitária n.º 13/93 (ato legal que seria alterado e substituído por outro de igual nome em 1999, cuja redação encontra-se plenamente em vigor).

<sup>60</sup> SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Almedina, 2.ª edição, 2005, p. 54. Refere o autor a esta altura de sua obra que a legislação portuguesa possui um duplo escopo tutelador consistente, primeiramente, na necessidade de tutela do cliente que contrata com um sujeito em posição de superioridade por restabelecer unilateralmente as regras do contrato e, depois, na necessidade de impedir um abuso da liberdade contratual, o que ele chama de “*preservar a integridade da autonomia privada*.”

<sup>61</sup> A data limite para a transposição fora 31 de dezembro de 1994, mas Portugal, tal como outros países vizinhos, entre eles Espanha, Itália, Alemanha, Bélgica e Luxemburgo, não foi capaz de cumprir o prazo previsto, apresentando a sua legislação correspondente apenas em 31 de agosto de 1995.

O problema inicial da transposição prende-se com o fato de saber se haveria mesmo necessidade de o legislador português promulgar uma nova legislação a fim de adaptar-se às orientações da nova diretiva ou se a legislação existente seria suficiente por já atingir os objetivos buscados pela diretiva. Optou-se, afinal, pela intervenção legislativa. De se observar, entretanto, que o Decreto-Lei 220/95 não teve por objetivo apenas transpor a diretiva, mas também atualizar alguns assuntos que já necessitavam de revisão, aproveitando o ensejo.

Através da legislação supra referida, o Decreto-Lei 446/85 sofreu objetivamente as seguintes alterações. Foi modificado o artigo 1.º, n.º 1, além de ter sido acrescentado ao mesmo artigo o n.º 2. Foi ainda suprimida a alínea c), n.º 1, do artigo 3.º e na mesma ocasião, alterada a redação do artigo 5.º, n.º 3. Os artigos 16.º e 17.º passaram a ser considerados preceitos comuns às relações entre empresários e relações com consumidores, transformando-se os artigos 15.º e 16.º Derrogou-se ainda a alínea h) do artigo 9.º, bem como introduziu-se o artigo 23.º, além de outras pequenas alterações aos arts. 25.º a 27.º e 33.º a 35.º.

Além disso, foi criado um serviço de registro responsável pela organização e atualização de dados referentes às decisões judiciais relativas à proibição ou recomendação de cláusulas contratuais gerais e ainda pela declaração de nulidade de cláusulas em contratos individuais. Foram também modificados os róis de cláusulas abusivas já existentes e inserida uma regra imputando ao empresário o ônus da prova sobre a existência de cláusulas prejudiciais não negociadas com o consumidor, facilitando para este a sua atuação processual.<sup>62</sup>

Vejamos então, de forma mais pormenorizada, as modificações introduzidas ao art. 1.º que parecem as mais significativas, mais importantes e que, por consequência terão impacto em outros pontos do presente trabalho.

Conforme mencionado acima, a alteração mais substancial foi realizada a fim de conjugar os n.ºs 1 e 2 do art. 3.º da diretiva, cujo objetivo seria o de abranger todo e qualquer contrato de adesão, ainda que lhes faltasse os requisitos da generalidade e indeterminação, ou seja, de forma a abranger até os contratos de adesão realizados individualmente. Inicialmente, a alteração introduzida no n.º 1 do art. 1.º fez com que a expressão utilizada anteriormente passasse de “cláusulas contratuais gerais elaboradas de

---

<sup>62</sup> Modificação introduzida pelo art. 1.º, n.º 2, que fora então acrescentado.

antemão” a “cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual”.<sup>63</sup> Ou seja, foi dada mais importância ao fator da ausência de prévia negociação que ao fator da pré-elaboração, porém, não houve uma modificação substancial quanto ao seu conteúdo nem uma explicação robusta o suficiente quanto ao fator da indeterminação, motivo que leva Pinto Monteiro a afirmar que tal modificação sequer fora necessária, já que a expressão anterior atendia aos ditames da diretiva comunitária.<sup>64</sup>

Mas não se trata apenas disso. As modificações introduzidas foram de tal monta que no direito italiano reconheceu-se que a Diretiva constituiu um evento de suma importância, primeiramente, porque desde a entrada em vigor do *Codice Civile*, não houvera, em 60 anos, uma mudança tão significativa e, ainda, porque pela primeira vez reconheceu-se ao juiz o poder de interferir diretamente nas relações contratuais entabeadas entre particulares.

Uma importante questão que se levanta e que permeará todo este trabalho diz respeito ao âmbito de abrangência da diretiva no que se refere ao conceito de consumidor. Muito embora o texto a diretiva seja claro ao especificar que se trata de cláusulas abusivas inseridas nos contratos firmados entre empresários e consumidores, resta saber qual a abrangência do conceito de consumidor, qual o alcance deste instituto, o que deve ser definido para sabermos, afinal, a quem se aplica.

Se adotarmos um entendimento restritivo e literal, a resposta mais pragmática será no sentido de que os termos da diretiva somente se aplicam às relações entre empresários e consumidores finais, considerados estes últimos pessoas físicas que não exerçam atividade profissional. Entretanto, se procurarmos estender minimamente esta noção – como será

---

<sup>63</sup> COSTA, Mário Julio de Almeida, *Nótuła sobre o regime das cláusulas contratuais gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, Sep. de: "Direito e Justiça" - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. 11, Tomo 2, 1997. O autor menciona, a respeito do âmbito de aplicação do Decreto-Lei 446/85, que este engloba todas as cláusulas contratuais gerais, sem exceção, desde que sejam pré-elaboradas, rígidas e indeterminadas, concluindo ainda que a modificação efetuada a partir do Decreto-Lei 220/95 não alterou substancialmente o âmbito de aplicação. Assim o diz, à p. 14: “*Salienta-se que o diploma se aplica, em princípio, a todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da sua forma de comunicação ao público, extensão, conteúdo ou autoria: apenas se definem os requisitos da pré-elaboração, rigidez e indeterminação (artigos 1º e 2º). O Decreto-Lei nº 220/95 modificou, no entanto, a redacção do primeiro destes preceitos, sem que daí deva concluir-se que se alterou a noção de cláusulas contratuais gerais com que o legislador opera, nem que se haja abandonado o espírito do regime inicialmente instituído.*”

<sup>64</sup> MONTEIRO, António Pinto, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas abusivas*, in Revista da Ordem dos Advogados, Coimbra, vol. I, jan. 2002. Pinto Monteiro afirma que não seria necessária a modificação realizada, pois os problemas eventualmente existentes poderiam ser resolvidos por via hermenêutica, ou seja, seria o caso de mandar aplicar a todos os contratos de adesão a regra anteriormente contida no nº. 1, do art. 1º. Afirma ainda que não se opunha à solução da questão por via legislativa, como foi feito, a fim de evitar dúvidas. Entretanto, considera que o problema não foi solucionado pelo Decreto-Lei nº. 249/99 (tampouco pelo anterior).

visto mais detidamente adiante – restar-nos-á a dúvida sobre a possibilidade de aplicação às relações travadas entre empresários, em que um deles esteja em posição desfavorável economicamente – o que consiste no que se pode chamar de relações assimétricas.

Mas a resposta não é assim tão simples pois far-se-á necessário, ainda, efetuar uma nova escolha dentro desta primeira, de considerar ou não estes empresários mais fracos como consumidores, pois, caso optemos por não considerá-los como tal, concluiremos, à partida, pela impossibilidade de aplicação dos termos da diretiva, fazendo-se necessário eleger outros meios de proteção ao empresário em posição desvantajosa que não os que perpassam pelo sistema de controle das cláusulas abusivas.

Seguindo no que se refere às alterações, além das modificações introduzidas ao art. 1.º, cabe lembrar a revogação do n.º 1, alínea c do art. 3.º, que excluía do âmbito de aplicação e controle da lei às cláusulas contratuais gerais originadas pelo Poder Público.

A segunda alteração legislativa decorrente do enquadramento dos ditames da diretiva comunitária à ordem jurídica interna ocorreu através do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho. Este teve também por objetivo prosseguir na promoção da harmonização plena do diploma interno com a diretiva comunitária, por ter sido considerado, na altura, que a legislação interna não havia atendido adequadamente aos ditames da Diretiva, na medida em que restaram dúvidas sobre a aplicação da mesma a todos os contratos de adesão firmados com consumidores – mesmo aqueles que não fossem realizados através da utilização de cláusulas contratuais gerais.

Aditou-se, portanto, o n.º 2 ao art. 1.º, de modo que a ampliar a abrangência do referido diploma, no intuito de englobar também os “*contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pôde influenciar*”. Ou seja, passou-se a abranger efetivamente os contratos individuais, mas que possuem cláusulas previamente elaboradas sem a participação do aderente. A ideia inicial fora a de cumprir, finalmente, a exigência constante na diretiva comunitária, compatibilizando-a com o direito interno, já que a expressão “destinatário” parece englobar não apenas o sujeito do consumidor, indo para além da proteção mínima estabelecida pela diretiva.<sup>65</sup> E isto ocorre porque, ao

---

<sup>65</sup> Doravante, não é pacífico o entendimento de que a expressão “destinatário” queira significar uma abrangência do sujeito para além do consumidor. Almeno de Sá (*Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª edição, Almedina, 2005) afirma que poderá ter havido por parte do legislador não uma intenção de maior abrangência, mas sim e apenas uma “imperfeição terminológica”. Já Joaquim de Sousa Ribeiro (*O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre as cláusulas abusivas*, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. III, Coimbra, 2007, pp. 209-233 (p. 219), Carlos Ferreira de Almeida (*Contratos*, vol. I, 4.º. Ed., Coimbra, 2008, pp. 196-197) e Oliveira Ascensão (*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas*

contrário do legislador alemão, que teve a mesma dificuldade e contornou a situação restringindo a aplicação apenas a consumidores, o legislador português não o fez, utilizando o termo “destinatário”, que demonstra uma abrangência para além da figura do consumidor.

Entretanto, o aditamento do n.º 2 ao art. 1.º, afinal, limitou-se a esta extensão o âmbito de aplicação do diploma legal português aos contratos individuais sem prévia negociação, mas continuou sem resolver o problema de generalidade e indeterminação, que já não se cogita na hipótese do n.º 2. Ou seja, não se trata necessariamente da mesma situação, já que o n.º 1 refere-se especificamente às cláusulas contratuais gerais e o n.º 2 trata de contratos de adesão – realizados ou não com base em cláusulas contratuais gerais - o que torna a legislação incongruente. Continuou-se sem resolver para este fim o problema da incoincidência de sistemas existente entre a diretiva e a lei interna, mas apenas atendeu-se, de forma figurativa, aos ditames da diretiva, à “necessidade” de transposição e seus termos.

Ou seja, as modificações introduzidas em 1995 e depois em 1999 pretenderam realizar a transposição da diretiva comunitária, mas o que acabou por acontecer foi apenas que, no n.º 1, esclareceu-se a que o diploma legal se aplica e, no n.º 2, admitiu-se a sua aplicação também a contratos individuais, sem indeterminação ou generalidade, características essenciais das cláusulas contratuais gerais. As modificações, por não terem sido muito bem feitas, acabam por caracterizar, no n.º 1, o âmbito de aplicação das cláusulas contratuais gerais, para, em seguida, praticamente descaracterizá-lo no n.º 2 do mesmo artigo.

Não se pode olvidar ainda a enorme discrepância que pode haver entre os contratos direcionados a um público indeterminado e os contratos individualmente firmados, pois parece inviável utilizar, quanto a estes últimos, a ação inibitória como forma de tutela preventiva dos interesses do contratante individual. Isto porque parece claro que nos contratos realizados individualmente, não estão presentes as características da generalização e da indeterminação; portanto, suas cláusulas não são de conhecimento geral, o que impossibilita, à partida, que os detentores de legitimidade ativa para propositura da demanda inibitória tenham acesso aos termos das referidas cláusulas, impedindo-se esta forma de controle.

---

*abusivas e boa fé*, in: Sep. de: Revista da Ordem dos Advogados, a. 60, n.º 2, 2000, p. 593) entendem que o que se quis mesmo foi ampliar o âmbito de aplicação do Decreto-lei, aproveitando a orientação de proteção mínima da diretiva.

De qualquer modo, concordamos com Pinto Monteiro quando afirma, como já dito anteriormente a respeito da modificação introduzida ao n.º 1 do art. 1.º que, muito embora a transposição não tenha sido realizada de forma perfeita, pois o que deveria ter sido substancialmente modificado não o foi, a fórmula utilizada – modificação através de alteração legislativa - não poderia mesmo ter sido outra.<sup>66</sup> A opção de manter a versão original do texto original como estava e contar com a interpretação hermenêutica como única forma de harmonização da legislação interna com a diretiva não seria adequada e não atenderia aos anseios da diretiva. Além disso, esta opção acabaria por representar um modo muito mais frágil e difícil de lidar com eventuais situações de abuso já que o controle, nesta hipótese, dar-se-ia de forma pontual.

Afora estas adaptações introduzidas ao art.º 1.º, outras modificações menos polémicas foram verificadas, como pode ser visto a seguir. Foi realizada a alteração de uma regra processual, relativa à ação inibitória (n.º 2, artigo 11.º), de modo a suprimir a regra que previa a prevalência de aplicação do sentido mais favorável ao consumidor. No que se refere ao direito aplicável, foi introduzida regra prevendo o critério da conexão estreita com o território do outro estado-membro, na medida da determinação de sua aplicação (artigo 23.º, n.º 2).

A terceira alteração do diploma legal em questão deu-se em 2001 e teve por objetivo converter a unidade monetária de escudos para euros, em razão do ingresso de Portugal na união europeia e consequente adoção do Euro como moeda oficial. Para tanto foram alterados os artigos 28.º e 32.º, respectivamente.

Por último, ocorreu alteração ao artigo 8.º da diretiva 93/13/UE, inserindo-se o art. 8.º-A, modificação introduzida diretamente pelo art. 32.º da diretiva 2011/83/UE, que trata sobre os direitos dos consumidores. Tal alteração trata da comunicação, à Comissão, sobre eventual adoção, pelos Estado-membros da comunidade europeia quanto a qualquer das disposições do art. 8.º, principalmente nos casos em que seja realizada qualquer modificação que eventualmente tenha o condão de ampliar o espectro do carácter abusivo da cláusula contratual negociada individualmente ou que se refira a adequação de preço ou remuneração), bem como se houver inclusão de listas de cláusulas abusivas. Além disso, é

---

<sup>66</sup> MONTEIRO, António Pinto, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas abusivas*, in Revista da Ordem dos Advogados, Coimbra, vol. I, jan. 2002.

prevista a adoção de providências a respeito da divulgação de informações a esse respeito.<sup>67</sup>

#### 1.2.4 – Cenário atual

Atualmente o Decreto-lei 446/85, alterado na forma retro demonstrada, encontra-se em pleno vigor e deve ser conjugado com outros diplomas legais pertinentes, a fim de conferir-lhe maior aplicabilidade e eficácia.

Há que se ter em conta que o Anteprojeto de Código do Consumidor tinha a intenção de revogar o Decreto-lei em questão no que se refere aos contratos firmados com os consumidores e a sua defesa, pois o novo diploma passaria a tratar da matéria de maneira uniforme em seus artigos 202.º a 225.º. Doravante, enquanto encontra-se em pleno vigor, há que se observar os seus termos, conjugados com os outros diplomas legais que lhe conferem plena eficácia, o que deve ser observado, à partida, no campo interno, mas também e conforme a situação concreta, no direito comunitário.

É imperioso destacar, como plano de orientação, a importância da Constituição da República, mormente no que se refere à defesa do consumidor, no que for pertinente e quando a relação jurídica em causa for desta natureza. Em seguida, não se pode olvidar a necessidade de articulação com as diretrizes da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), no que for pertinente à tutela do contratante consumidor, sem prejuízo da observância das diretrizes do Código Civil.

Sem prejuízo disto, devem ser observadas as diretivas da comunidade europeia, mormente a diretiva 93/13/UE (de 05 de abril de 1993), que trata das cláusulas abusivas inseridas em contratos firmados entre profissionais e consumidores, e a diretiva n.º 27, de

---

<sup>67</sup> “Alteração à Directiva 93/13/CEE:

Na Directiva 93/13/CEE, é inserido o seguinte artigo:

«Artigo 8.o-A

1. Se um Estado-Membro adoptar disposições nos termos do artigo 8.o, ele informa a Comissão desse facto, bem como de modificações posteriores, em particular caso essas disposições:

- alarguem a avaliação do carácter abusivo a cláusulas contratuais negociadas individualmente ou à adequação do preço ou da remuneração, ou

- incluam listas de cláusulas contratuais consideradas abusivas.

2. A Comissão assegura que a informação a que se refere o n.o 1 seja facilmente acessível aos consumidores e aos profissionais, nomeadamente num sítio Internet criado para o efeito.

3. A Comissão envia a informação a que se refere o n.o 1 aos restantes Estados-Membros e ao Parlamento Europeu. A Comissão consulta as partes interessadas sobre essa informação.»”

19 de maio de 1998, que trata das ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores e a diretiva 2001/83/UE, que trata das relações de consumo.<sup>68</sup>

Ainda a propósito do registro das cláusulas contratuais consideradas abusivas e da respetiva atualização, devem ser observados os termos da Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro, que instituiu o Gabinete de Direito Europeu, cuja função é justamente inserir tais cláusulas e manter sempre atualizado o registro.

Mas não se pode olvidar o movimento que prega a criação de um direito europeu do consumo ou mesmo de uma lei de consumo europeia, que por sua vez decorre da ideia inicial em prol de um direito privado europeu, o que pressupõe, conforme menciona Thomas Wilhelmsson, uma base mínima de entendimento entre os diferentes Estados da União europeia, através de projetos de harmonização como o da “Lando Commission”.<sup>69</sup>

O ato mais concreto neste sentido fora a proposta de diretiva surgida em 08 de outubro de 2008, cujo objetivo era promulgar um Código Europeu do Consumidor, abrangendo todas as matérias atinentes ao direito do consumo, inclusive a referente especificamente às cláusulas abusivas. O capítulo V e os anexos II e III da referida proposta revisariam por completo a diretiva 93/13/UE, com a problemática de prever uma proteção muito menor ao consumidor. Doravante, esta proposta acabou por converter-se na nova diretiva europeia nº 2011/83/UE, que versa sobre direitos dos consumidores e revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, além de modificar as diretivas 93/13/UE e 99/44/UE, com o objetivo de dirimir as incoerências e lacunas existentes, através da padronização de normas a serem aplicadas pelos integrantes da união europeia, mas consentindo aos estados-membro manterem ou adotarem normas nacionais relativas a tais aspectos.<sup>70</sup>

---

68 Estas últimas transpostas para a ordem jurídica interna através da Lei 25/04, de 08 de julho e do Decreto-Lei 24/2014, de 14 de outubro, respectivamente.

69 WILHELMSSON, Thomas, *Is there a European Consumer Law – and should it be one?*, in: Saggi, Conferenze e Seminari, n.º 41, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Roma, 2000 (p. 24-25). A respeito da Lando Commission, consistiu em uma comissão também conhecida por “*Commission on European Contract Law*”, criada nos anos 1980, encabeçada pelo prof. Ole Lando e composta de professores de direito privado de toda a comunidade europeia, cujo objetivo foi o de realizar a legislação comparativa que ficou conhecida por “*Principles of European Contract Law*”, que compreende regras gerais de direito dos contratos.

70 EBERS, Martin, *El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional* [http://www.indret.com/pdf/881\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/881_es.pdf), consulta em 18/09/2014 (p. 7). Conforme leciona Martin Ebers, a diretiva 93/13/EU baseia-se em um padrão de harmonização mínima, o que fomenta ainda mais a fragmentação do direito interno dos países da união europeia, pois cada um deles pode optar por estabelecer um padrão de proteção mais elevado. Entendemos que a diretiva 2011/83/UE, que trata dos direitos dos consumidores, avançou apenas timidamente neste campo, pois optou inicialmente pelo parâmetro da harmonização plena, deixando aos países uma margem menor de discricionariedade para o estabelecimento de padrões de proteção diferentes, promovendo assim, maior harmonização no direito interno. Entretanto, na

Tal diretiva foi transposta para o direito português basicamente pelo Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro e avançou timidamente no campo da harmonização do direito europeu, pois, ao contrário da diretiva 93/13/UE, que se baseava no parâmetro da harmonização mínima neste campo, optou inicialmente pelo parâmetro da harmonização plena, deixando aos países uma margem menor de discricionariedade para o estabelecimento de padrões de proteção diferentes, promovendo assim, maior harmonização no direito interno. Entretanto, também prevê listas de cláusulas abusivas que são, mais uma vez, exemplificativas, o que confere aos países certa liberdade para estabelecer as suas próprias listas.

Uma de suas principais diretrizes é no sentido de que as cláusulas contratuais que eventualmente excluam ou limitem diretamente ou indiretamente direitos previstos na própria diretiva não vinculam o consumidor e o direito do consumidor de repensar o contrato, manifestando sua eventual vontade de desfazê-lo no prazo de 14 dias, sem justificativa ou ônus, nos contratos realizados à distância ou fora do estabelecimento. Além disso, reforça-se o direito do consumidor a informações pré-contratuais.

E há ainda a modificação relativa à aplicação de cláusulas contratuais gerais, que mais interessa ao presente trabalho, conforme previsto no n. 4 do art. 11º, verbis:

*“Art. 11º (...)*

*4 - Quando se tratar de cláusulas contratuais gerais, aplica-se ainda o disposto nos artigos 31.º e 32.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 7 de julho e 323/2001, de 17 de dezembro.”*

### **1.3 – Cláusulas importantes em espécie**

#### **1.3.1 – Cláusulas proibidas (absolutamente e relativamente)**

Para estudar as cláusulas proibidas faz-se necessário esclarecer inicialmente como estão dispostas na Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Delas ocupa-se todo o capítulo V, que é subdividido, doravante, em três seções: a primeira, das disposições comuns por

---

versão original abandonou este parâmetro e passou a prever listas de cláusulas abusivas que são, mais uma vez, exemplificativas, o que confere aos países a liberdade para estabelecer as suas próprias listas.

natureza; a segunda, das relações entre empresários ou entidades equiparadas e a última, das relações com consumidores finais.

A Seção I (artigos 15.º a 16.º) trata do panorama geral e das disposições gerais, dos pormenores acerca dos institutos a serem esplanados em seguida. A seção II (artigos 17.º, 18.º e 19.º) trata, respectivamente, do âmbito das proibições, das cláusulas absolutamente proibidas e das cláusulas relativamente proibidas, no âmbito das relações estabelecidas entre empresários ou entidades equiparadas. A seção III, por fim (art. 20.º, 21.º e 22.º), trata respectivamente do âmbito das proibições, cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas, porém, nas relações com os consumidores finais.

Ressaltar-se-á o pormenor indicado no art. 20.º, no sentido de que, ao se tratar de relações travadas com consumidores, aplicar-se-ão também das proibições previstas nos artigos antecedentes, o que confere uma maior proteção a este tipo de relação.

Se a técnica legislativa foi das melhores é algo discutível; porém, é o instrumento de que dispõe o operador do direito atualmente, motivo pelo qual tentar-se-á esclarecer quais as possíveis interpretações e aplicações do diploma, notadamente no que toca às relações contratuais com assimetria de poder.

Optar-se-á, no presente trabalho, que não tem por objeto o estudo aprofundado de cada uma das cláusulas contratuais gerais, por analisar em bloco as cláusulas proibidas (relativamente e absolutamente), pontuando as especificidades importantes ao presente estudo.

As cláusulas contratuais gerais proibidas são aquelas cujos termos não são aceites. Não podem ser inseridas nos contratos firmados por meio de cláusulas contratuais gerais. Estão previstas na LCCG, nos arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º

A legislação portuguesa adotou o sistema de “listas”, definindo o que seria considerada a “lista negra” (as cláusulas gerais absolutamente proibidas) e o que pode ser considerado a “lista cinzenta”(as cláusulas relativamente proibidas).<sup>71</sup>

As cláusulas absolutamente proibidas podem ser definidas como aquelas que, se inseridas em um contrato redigido segundo cláusulas contratuais gerais, são consideradas nulas e devem ser estirpadas do contrato. Estão previstas no art. 18.º regras de aplicação geral, não só às relações entre empresários e entidades equiparadas, mas também às

---

<sup>71</sup> O Brasil, diferentemente de Portugal, não estabeleceu uma lista que se aplica às relações entre empresários e consumidores e outra que se aplique nas relações entre empresários. Tampouco baseou-se na legislação alemã, que estabelece uma lista “negra” e outra “cinzenta”, estabelecendo níveis de abusividade das cláusulas. No Brasil o art. 51 estabelece uma só lista, de caráter exemplificativo, sendo certo que todas as cláusulas ali previstas são consideradas nulas de pleno de direito.

relações entre estes e os consumidores, conforme comando existente no art. 20º. da LCCG. O rol é exemplificativo, pois, conforme pode ser visto, a expressão “nomeadamente” indica que não é, de fato, exaustivo, comportando, eventualmente, situações que não estejam ali previstas.

As situações previstas no art. 21º, por sua vez, são de aplicação restrita às relações entre empresários e consumidores. Para João Calvão, entretanto, não há óbice a que se utilize alguma das cláusulas absolutamente proibidas previstas no art. 21º. às relações entre empresários através da observância do princípio geral da boa-fé.<sup>72</sup> Entender desta maneira resolveria várias situações, pois suplantaria o problema de classificar o empresário mais fraco em uma determinada relação como consumidor ou não. Se a ele forem aplicáveis os mecanismos inerentes ao controle das cláusulas contratuais abusivas absolutamente proibidas nas relações com consumidores, perde importância a sua classificação como tal, bastando que se configure a violação ao princípio da boa-fé. Por outro lado, é difícil compreender como a simples invocação do referido princípio que, como já dito, não pode ser utilizado levemente como solução para todas as panaceias, autoriza uma empresa, que não é considerada consumidora, a receber o mesmo tratamento diferenciado e privilegiado que um consumidor recebe em razão de sua posição desfavorável.

Ana Filipa Morais Antunes<sup>73</sup>, citando Oliveira Ascensão, menciona que nas relações entre empresários em que estes atuem fora de sua atividade específica, estes podem ser considerados consumidores finais. Tal pensamento representa grande avanço no que concerne à solução de dilemas que dizem respeito às relações assimétricas entre empresários e à aplicação de cláusulas contratuais gerais nos contratos entre eles firmados, bastando dizer que, nesta hipótese, aplicam-se a estas relações entre empresários não apenas os arts. 18º. e 19º., como diz Ana Filipa, mas também estender-se-ia a aplicação dos artigos 20 a 22º.

A “lista cinzenta”, que corresponderia às cláusulas relativamente proibidas, encontra-se prevista nos artigos 19º. e 21º. e seus itens devem ser interpretadas de acordo com o “quadro negocial padronizado” estabelecido, conforme reza a lei, de modo a permitir a sua prevalência, caso observada a boa fé como critério geral de controle de seu

---

<sup>72</sup> SILVA, João Calvão da, *Contratação por cláusulas gerais (Contratos de adesão)* – Revista Brasileira de Direito Comparado, 2011, pp. 71-108 (pp. 85-86).

<sup>73</sup> ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, 2013 (p. 251).

conteúdo. Tais cláusulas não serão consideradas nulas, à partida, mas sim serão valoradas pelo julgador de acordo com o padrão do contrato, o critério de boa fé. Serão ponderados valores e interesses, de modo que, na situação concreta, uma cláusula somente seja declarada nula caso traduza desvantagem irrazoável a uma das partes ou desequilíbrio significativo da relação.

É importante lembrar que as cláusulas gerais proibidas são sempre consideradas nulas, nos termos do art. 12.º da LCCG. O art. 13.º do mesmo diploma legal complementa essa diretriz, na medida em que dá ao aderente, nos contratos singulares, a possibilidade de manter os demais termos do contrato, excluindo-se apenas a cláusula considerada nula. É a técnica da redução do negócio jurídico, também prevista no art. 6.º, n.º 1 da diretiva 93/13/UE, e que é muito interessante na medida em que permite às partes o aproveitamento do negócio jurídico como um todo, se, mesmo excluídas as cláusulas consideradas abusivas, seu objeto continue a prevalecer.

A fixação de cláusulas proibidas e consequentemente das listas “negra” e “cinzenta” dá-se como forma de impedir que o contratante em posição de maior vantagem - estejam as partes em situação de potencial igualdade ou não – obtenha vantagens excessivas, desequilibrando a relação contratual. Por mais que isto possa significar uma restrição à liberdade de contratar, trata-se de um mecanismo de defesa da relação contratual. Naturalmente que a fixação dos limites consistentes nas proibições não é aleatória e possui como base uma ponderação de interesses cujo objetivo, por um lado, é garantir o equilíbrio da relação contratual e, por outro, não tolher completamente a liberdade contratual do predisponente.

### **1.3.2 – Cláusulas abusivas**

O estudo das cláusulas abusivas está intrinsecamente ligado ao das cláusulas contratuais gerais e ao direito do consumidor. Não se pode afirmar como Oliveira Ascensão<sup>74</sup>, todavia, que o problema das cláusulas abusivas derive diretamente do direito do consumidor. Entretanto, é possível afirmar, conforme Rubens Stiglitz, que o problema da cláusula abusiva reside no fato de desnaturar, desfigurar, ou melhor, descaracterizar o

---

<sup>74</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in: Sep. de: Revista da Ordem dos Advogados, a. 60, n.º 2, 2000 e *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil*, in: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira6.pdf>, consulta em 1º/07/2014.

vínculo obrigacional.<sup>75</sup> E isso porque baseia-se na presunção de fraqueza estrutural do consumidor, a quem essas cláusulas normalmente são direcionadas, motivo pelo qual devem ser reprimidas. É como menciona Gianroberto Villa: “*La repressione della clausola abusiva opera poi considerando una debolezza ‘strutturale’ e ‘presunta’ del consumatore, che viene ritenuto pregiudicato dall’asimmetria fino a prova contraria; non a caso, la trattativa individuale mette la clausola al riparo dall’invalidità implicando parità nell’informazione su quanto si sta trattando.*”<sup>76</sup>

Pode-se considerar abusiva uma cláusula que seja imposta ao consumidor pelo empresário, como reflexo do abuso de poder econômico e que traduza vantagem manifestamente excessiva ao empresário em detrimento do consumidor. Para a caracterização de uma cláusula como abusiva prescinde-se do elemento da boa-fé.<sup>77</sup> Não importa se a outra parte não agiu de má-fé, importando apenas se a cláusula traduz uma vantagem manifestamente excessiva ao profissional em detrimento dos interesses do consumidor<sup>78</sup>. Segundo Ana Prata<sup>79</sup>, as cláusulas sequer precisam representar vantagem significativa, bastando que através delas se queira notoriamente retirar vantagens à contraparte para que seja caracterizado o abuso de liberdade contratual e, conseqüentemente, a abusividade da cláusula.

A propósito das cláusulas abusivas inseridas nos contratos firmados com consumidores, Michel Trochu manifestou-se no sentido de que a diretiva dispôs uma série de critérios para a sua identificação, apontando, simultaneamente, uma lista de cláusulas específicas que podem ser consideradas abusivas, em maior ou menor grau, de acordo com a sua gravidade, e as conseqüências a serem adotadas em caso e reconhecimento de sua existência.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> STIGLITZ, Ruben S., *Cláusulas contratuales abusivas y sorpresivas. Mecanismos de control*, in: Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 7, setembro, 1996, pp. 109-123 (p. 120).

<sup>76</sup> VILLA, Gianroberto, *Invalidità e contratto tra imprenditori*, in: Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 113-136 (p. 117).

<sup>77</sup> GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, CEDAM, 2001. Segundo o referido autor: “È definita clausola vessatoria quella che all’interno del contratto provoca il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi reciproci, inteso lo squilibrio in modo oggettivo, bastando cioè la sua esistenza, non è infatti richiesto alcun elemento d’ordine soggettivo.”

<sup>78</sup> Em França e na Grã-Bretanha, entretanto, o entendimento é diferente, no sentido de que a caracterização da abusividade da cláusula contratual leva em conta dois requisitos simultaneamente: o do desequilíbrio contratual em desfavor do consumidor e o da violação da boa-fé.

<sup>79</sup> PRATA, Ana, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 2010.

<sup>80</sup> TROCHU, M. Michel, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs: directive n. 93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993*, Recueil Dalloz Sirey, Paris, n. 43 (9déc.1993) LXXX, p. 315-320.

Porém, não é possível colocar a abusividade de cláusulas contratuais no mesmo nível do abuso de direito. Como lembra Sousa Ribeiro, a abusividade da cláusula contratual limita-se à própria cláusula, não ao conteúdo do contrato, diferentemente do que ocorre com o abuso de direito, que, quando reconhecido, faz com que a própria estipulação contratual seja inválida.<sup>81</sup>

Sousa Ribeiro<sup>82</sup> defende ainda que a ineficácia da estipulação contratual depende de dois critérios autônomos e aplicáveis de forma cumulativa, quais sejam, a inequitatividade da cláusula e o comportamento abusivo do predisponente. Afirma ainda a necessidade de averiguação da existência de um prejuízo desproporcional ou um desequilíbrio significativo causado ao aderente. Por fim pondera que uma cláusula somente pode ser considerada abusiva se de fato ocasionar um prejuízo desproporcionado ao aderente.

Vale lembrar que a diretiva comunitária indica referir-se a dois critérios de valoração: a cláusula tem que ser contrária à boa-fé e deve ainda causar desequilíbrio entre os direitos e obrigações do contraente – o que foi repetido por muitos dos países da união europeia, mas não necessariamente sob o mesmo texto, a fim de evitar a dificuldade de defesa ao consumidor. Conforme extrai-se dos ditames da diretiva, o fato de o conteúdo de uma determinada cláusula ser considerado abusivo implica na inexigência de vinculação da mesma perante o consumidor. Entretanto, não constitui unanimidade a ideia da sobreposição de critérios. Conforme já comentado a propósito da cláusula geral de boa-fé, autores como Ruben Stiglitz entendem que uma cláusula que infringe a boa-fé prescinde de qualquer outro critério adicional, notadamente o da causação de desequilíbrio. O mesmo autor entende ainda que a recíproca também é verdadeira, ou seja, se está presente o desequilíbrio, de forma a caracterizar-se uma cláusula contratual como abusiva, não é

---

<sup>81</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *A boa fé como normade validade*, in “*Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*”, vol. II, Coimbra, 2010, pp. 667-732. O autor afirma, na p. 687, a respeito das cláusulas abusivas e do abuso de direito: “*Mas, seja qual for a propriedade da sua utilização, neste contexto, não nos podemos esquecer que abusiva é a cláusula, em si, e não o desempenho contratual no exercício de uma posição activa que dela resulte. Não se trata, como no campo do abuso do direito, propriamente dito, de considerar inadmissível o exercício de um direito reconhecido por uma estipulação contratual em si eficaz, mas de negar eficácia à própria estipulação.*”

<sup>82</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Supl. do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, sep. ao vol. 35, 1990.

imprescindível que se constate a violação da boa-fé como critério adicional de caracterização.<sup>83</sup>

Ressalte-se que a diretiva comunitária n.º 93/13 que trata das cláusulas abusivas nos contratos firmados com os consumidores traz um elenco exemplificativo, e não exaustivo, cabendo aos países integrantes da União Europeia integrar as lacunas existentes. Neste ponto convém ressaltar que o modelo italiano é bastante protetivo dos interesses dos consumidores relativamente a coisas que não são tratadas na diretiva, por exemplo.

Doravante, a disciplina das cláusulas abusivas trazida ao direito interno a partir da transposição da referida diretiva obrigou a muitas adaptações por parte dos estados-membro e cada um deles lidou de uma forma. Em Itália, cujo sistema é parecido ao português, já existia previsão no *Codice Civile*, inserida na mesma ocasião em que foi prevista a disciplina das cláusulas contratuais gerais, apesar de ter havido posteriormente a necessária adaptação à diretiva<sup>84</sup>; na legislação italiana são elencadas as cláusulas consideradas abusivas e também é estabelecida uma gradação em que as cláusulas que contêm uma presunção relativa de abusividade fazem parte de uma “lista cinzenta” e as cláusulas que são consideradas absolutamente abusivas fazem parte de uma “lista negra”.

Sistemática diferente foi adotada na França e no Reino Unido. Em França, por exemplo, a disciplina das cláusulas abusivas encontra-se traçada no *Code de la Consommation* (art. L. 132-1 ss., inserido pela lei francesa n.º 95-96 de 1º de fevereiro de 1995, que transpõe a diretiva comunitária) - e indica uma lista exemplificativa de cláusulas que podem ser consideradas abusivas<sup>85</sup>, cabendo ao consumidor indicar, eventualmente e na espécie concreta, qual a cláusula que entende abusiva. A mesma coisa ocorre no Reino Unido, que adotou o *Statutory Instrument 1994/3159*, que entrou em vigor em 1º de julho de 1995, intitulado *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, elencando uma série de cláusulas exemplificativas que podem ser consideradas abusivas, cabendo ao

---

<sup>83</sup> STIGLITZ, Ruben S., *Contrato de consumo y clausulas abusivas*, in: Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, Coimbra Editora, 1999, pp. 308-340. O autor afirma a pp. 324/325 que: “Según nuestro punto de vista, la cláusula que infringe la buena fe no requiere para ser considerada abusiva, del auxilio que implica que, por añadidura, consagre un desequilibrio significativo. Lo próprio sucede a la inversa, ya que el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de onerosidad no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio de buena fe.”

<sup>84</sup> Em 1996, através da Lei n.º 52 de 6 de fevereiro, foi realizada a transposição da diretiva comunitária n.º 13/93, inserindo no capítulo XIVbis as novas disposições. Em 2005, porém, as alterações foram parcialmente retiradas do Código Civil e passaram a integrar o Código do Consumo.

<sup>85</sup> Importante ressaltar a caracterização da abusividade de uma determinada cláusula, segundo o *Code de la Consommation* francês prescinde do critério aditivo de violação da boa-fé, bastando que a cláusula se enquadre nos exemplos ali elencados.

consumidor o ônus de apontar, no caso concreto, as cláusulas que eventualmente considera abusivas.<sup>86</sup>

De qualquer sorte, Guido Alpa levanta três dúvidas que precisam ser solucionadas antes de se declarar uma cláusula abusiva, baseadas no que considera representar a ambiguidade da norma contida na diretiva, somada à imperfeição da tradução italiana. Questiona, primeiramente, se a boa-fé deve ser considerada em sentido subjetivo ou objetivo, optando pelo caráter objetivo, se a contrariedade à boa fé seria um requisito aditivo ao desequilíbrio contratual ou enfático, estando implícito ao desequilíbrio o fato de a cláusula ser injusta e, ainda, se o desequilíbrio “significativo” deve ser considerado como um desequilíbrio razoável ou como um desequilíbrio excessivo.<sup>87</sup>

A diretiva traz um anexo em que apresenta a listagem das cláusulas consideradas abusivas, o que constitui uma diretriz, já que não possui força normativa por si só, mas constitui um rol exemplificativo. Aos Estados-membros cabe basear-se nesta lista a fim de definirem o seu próprio rol de cláusulas abusivas, respeitando o mínimo previsto na diretiva comunitária. Assim, o controle a ser feito por determinado tribunal de um país membro da união europeia deverá observar necessariamente o referido rol, ainda que exemplificativo, e ainda que a ordem jurídica interna não tenha previsto expressamente determinada cláusula como abusiva.

Não se pode descuidar da exigência imposta ao profissional no sentido de utilizar cláusulas contratuais “claras e compreensivas” sob pena de que sejam declaradas abusivas. Entretanto, fica a dúvida sobre os critérios a serem aplicados quanto à classificação de clareza e compreensibilidade por parte do consumidor. Utilizar-se-á o conceito de consumidor médio, consumidor comum ou de consumidor razoável? O problema maior é que se trata de institutos que dão ampla possibilidade à discricionariedade, o que dificulta a uniformização da situação, mormente em se tratando da quantidade de países e ordens jurídicas diversas existentes na comunidade europeia.

Outra questão que merece destaque é o fato de que o controle das cláusulas abusivas possui o efeito indireto de evitar condutas anticoncorrenciais, pois acabam por dificultar a imposição de produtos e serviços, ocasionando a possibilidade de escolha pelo consumidor - quando seja este o caso.

---

<sup>86</sup> MENGOZZI, Pieralberto, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali*, CEDAM, 2004 (pp. 57-58).

<sup>87</sup> ALPA, Guido, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano. a.43, n.º 4 (Dicembre) 1999, p. 1.173-1.200 (p. 1.181).

É interessante notar que o tratamento e o respectivo controle das cláusulas abusivas não coincide necessariamente com o tratamento e controle das cláusulas contratuais gerais, como é evidente no texto diretiva comunitária n.º 13/93. A diretiva trata das cláusulas abusivas inseridas nos contratos realizados com consumidores e não necessariamente das cláusulas contratuais gerais, denotando, como já dito anteriormente, que existe um dilema quando ao tratamento destes institutos, mormente por não serem necessariamente tratados da mesma maneira nos diferentes ordenamentos jurídicos europeus.

No Brasil, doravante, não há um diploma legal dedicado exclusivamente ao tratamento e controle de cláusulas contratuais gerais, ou seja, sobre o controle de cláusulas inseridas em contratos de adesão. Entretanto, o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê formas de controle tanto das cláusulas relativas a contratos de adesão (art.º 54), como para a prática de condutas abusivas (arts.º 39 a 41) e ainda relativamente à inserção de cláusulas contratuais abusivas (arts. 51 a 53) em desfavor do consumidor, imputando a pena de nulidade a tais cláusulas (a expressão utilizada pelo art. 51 do CDC brasileiro é “*são nulas de pleno direito...*”). A opção do legislador brasileiro por tratar a questão desta forma pode parecer simplista, mas, por outro lado, abrange um grande número de situações e permite que se faça uma análise pontual do que pode ser considerado abusivo, evitando que o consumidor (ou, dependendo da perspectiva, a parte mais fraca no contrato) seja prejudicado por uma conduta inadequada do empresário (ou parte mais forte).

Porém, se no direito brasileiro, por um lado, é praticamente pacífica a opinião de que um pequeno empresário em posição de desvantagem, de fraqueza econômica numa relação contratual pode utilizar-se da proteção estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, uma vez verificada a prática de cláusulas abusivas, o mesmo talvez não se poderá dizer se se tratar de um empresário de grande porte, mas que ainda assim, perante o outro contratante se encontra em situação de assimetria de poder contratual. A busca da solução para a problemática que enfrentar-se-á e que a legislação brasileira hoje não resolve é a mesma problemática de Portugal e demais países europeus: o adequado tratamento das cláusulas abusivas<sup>88</sup> em contratos assimétricos.

Um último questionamento que se coloca diz respeito à possibilidade de uma cláusula contratual geral ser abusiva reciprocamente, ou seja, trazer vantagens e prejuízos para ambas as partes. A hipótese não é impensável nem descartável, pois é perfeitamente

factível que uma cláusula que, aparentemente apresente interessantes vantagens para ambos os contratantes, seja, simultaneamente, eivada de grave vício por trazer, em contrapartida, prejuízo às mesmas.

Feitos esses parênteses, retornamos ao problema do legislador português: o tratamento das cláusulas abusivas é notoriamente diferente do estabelecido pela Diretiva comunitária 93/13, uma vez que no ordenamento interno as cláusulas abusivas não se configuram apenas em face de consumidores, enquanto na diretiva sim. Como a problemática das cláusulas abusivas não equivale à das cláusulas contratuais gerais, é necessário estabelecer-se as diferenças aí existentes.

Importante ainda lembrar o surgimento, em 2008, da proposição de um Código europeu de Consumidores, cujo capítulo V substituiria os termos da Diretiva 93/13. Tal proposta trazia a ideia de harmonização completa das regras relativas aos direitos dos consumidores, entre elas, as relativas às cláusulas abusivas. Isto significa que a proteção pretendida é minimalista e parte do pressuposto do que seja o consumidor médio, levando em conta muito mais os interesses econômicos do mercado europeu que as necessidades do consumidor enquanto parte mais fraca numa relação contratual com um empresário, o que faz com que os Estados-membros tenham que baixar o nível de proteção previsto em suas respectivas legislações internas a fim de atender aos ditames da nova legislação unitária.

Tal objetivo é criticado por Jorge Pegado Liz, que considera uma verdadeira inversão de valores privilegiar objetivos econômicos de um mercado europeu em crise e que já demonstrou incapacidade para garantir a estabilidade da economia e o bem-estar social, em detrimento da necessária proteção ao consumidor, que, de parte mais debilitada no contrato, passa a ser considerado um mero agente econômico. Considera inadmissível que se construa uma política econômica com base no que denomina uma “ficção jurídica” segundo a qual a figura do consumidor passa a ser a do “consumidor médio”<sup>89</sup>.

Além disso, a proposta prevê uma lista fechada de cláusulas abusivas, cujo sistema funciona apenas com cinco cláusulas interditas e doze suspeitas, o que não corresponde, absolutamente à realidade dos 27 Estados-membros e que pode trazer imensos problemas, novamente no que se refere à necessidade de diminuir o nível de proteção interno já previsto pelos países da união europeia.

---

<sup>89</sup> PEGADO, Jorge Liz, *La proposition de directive de la commission sur “le droit des consommateurs” et les clauses abusives*, Revista Portuguesa de Direito do Consumidor, n.º 62, junho, 2010, pp. 63-94 (pp. 68/69 e 72/73).

### 1.3.3 - Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade

Dentro das cláusulas contratuais proibidas, aparecem com maior evidência ao presente estudo as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, tanto por sua abrangência, como pelo que representam relativamente às situações contratuais assimétricas. Isso porque as empresas ao elaborarem cláusulas padrão para serem inseridas em contratos de massa, calculam, evidentemente, os custos de sua atividade e o que isso representa economicamente para si. Enzo Roppo menciona tal dificuldade, como um fator econômico de risco para as empresas<sup>90</sup>, motivo pelo qual devem ser controlados os abusos. A fim de evitar que, em nome de uma economia massiva, as empresas incluam cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade iníquas é que se prevê o respectivo controle.

Considera-se cláusula de exclusão de responsabilidade aquela cuja função é eximir previamente a responsabilidade em que incorreria o devedor – não fosse a sua incidência – pelo incumprimento da obrigação.<sup>91</sup>

Embora as cláusulas limitativas e excludentes de responsabilidade sejam previstas principalmente no âmbito da responsabilidade contratual, também podem referir-se a responsabilidade extracontratual. A diferença está em que, neste último caso, as referidas cláusulas consistirão em uma convenção cujo objetivo será o de excluir antecipadamente a responsabilidade pela prática de determinado ato considerado ilícito.

O seu regime geral encontra-se previsto, basicamente, nos artigos 809.º e 800.º, n.º 2 do Código Civil; entretanto, existem situações especiais que podem ser encontradas no Decreto-Lei n.º 446/85 e que se aplicam mais especificamente ao presente estudo, conforme será visto a seguir. Daí a importância de serem aqui mencionadas, devido à sua aplicabilidade como cláusulas contratuais gerais e a proibição de sua inserção em contratos, dependendo da forma como seja redigida.

---

<sup>90</sup> ROPPO, Enzo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina Editora, 2009 (p. 316). O autor, a respeito da inclusão de cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade como fator de cálculo de risco das empresas assim se manifesta: “(...) o conhecimento antecipado e pontual do conteúdo daquelas cláusulas – tornado possível justamente pela sua uniformidade e rigidez – traduz-se, para o empresário, numa maior possibilidade de calcular elementos destinados a incidir nos custos dos bens ou dos serviços que constituem objecto da relação contractual, e assim, de assentar em bases mais correctas o seu cálculo económico. Deste ponto de vista, assumem particular relevância as cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade pelo incumprimento da empresa predisponente, que antecipadamente circunscrevem com precisão – e tornam por isso calculável – os riscos de gastos a que a responsabilidade ligada a cada categoria de negócios pode expor a mesma empresa.”

<sup>91</sup> Aí incluídos tanto o incumprimento definitivo como a mora e o cumprimento defeituoso.

Ana Prata<sup>92</sup> acentua a incongruência dos diferentes tratamentos à mesma matéria dentro do ordenamento jurídico português, atribuindo o problema à cópia que se fez dos termos da *AGB-Gesetz* alemã – inadequada, portanto, ao ordenamento interno por não levar em consideração a realidade econômico social portuguesa.

Dito isso, é importante lembrar que a cláusula de exclusão de responsabilidade atua única e exclusivamente no plano da responsabilidade, não incidindo sobre a licitude ou a natureza do ato, motivo pelo qual apenas prejudica o direito à indenização; os demais direitos do credor inerentes à obrigação incumprida permanecem intactos, de modo que ele sempre poderá exercer seus direitos por outras vias, quais sejam, a resolução do contrato, o cumprimento da obrigação ou mesmo a execução específica, dependendo do objeto a tratar.

Segundo António Pinto Monteiro<sup>93</sup>, é errado concluir que a existência de uma cláusula de exclusão de responsabilidade transforma em obrigação natural uma obrigação civil, pois o credor poderia ainda exigir o próprio cumprimento do contrato ou seja, restar-lhe-ia ainda a opção de exigir o cumprimento da obrigação por outras vias, conforme dito antes. Por estes motivos, o referido autor considera válidas as cláusulas de exclusão de responsabilidade, uma vez que, pelas outras vias estaria salvaguardado o direito do credor, impedindo que fique à mercê da vontade do devedor, o que lhe parece ter sido o sentido do artigo 809.º do Código Civil. Além disso, o autor referido autor reforça seu entendimento através da afirmação de que o artigo mencionado não faz qualquer alusão a eventual nulidade de cláusulas de exclusão de responsabilidade, mas apenas refere-se a nulidade da renúncia prévia, pelo credor, a qualquer direito à indenização, o que não caberia na hipótese em análise, pelos motivos já expostos, no sentido de que a cláusula de exclusão de responsabilidade não significaria uma renúncia direta ao direito à indenização, mas sim, apenas limitaria a responsabilidade do devedor a uma culpa qualificada. Além disso, nos termos já expostos, seriam mantidos os outros direitos do credor. Conclui afirmando que não se trata de uma renúncia, mas sim do estabelecimento de parâmetros de configuração da responsabilidade, ou seja, os pressupostos que fariam surgir a responsabilidade, que será eventualmente excluída, caso configurada apenas a culpa leve.

---

<sup>92</sup> PRATA, Ana, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 2010, pp. 138-139.

<sup>93</sup> MONTEIRO, António Pinto, *As cláusulas limitativas de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Universidade Católica, vol. I, 2011, p. 273-309.

É necessário esclarecer, entretanto, que em muitos casos não é possível ao credor exercer seu direito por outras vias, ou seja, a exclusão ao direito à indenização acaba por gerar, na prática, a exclusão da responsabilidade como um todo, já que o credor não será ressarcido, por qualquer via, pelo prejuízo que sofreu em razão da cláusula de exclusão de responsabilidade estabelecida unilateralmente por quem deveria assumir o dever de guarda, por exemplo.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, observe-se que esse ponto representa, na verdade, uma não-questão no que se refere às relações de consumo entre empresários e consumidores. No referido ordenamento é considerada abusiva qualquer cláusula através da qual o fornecedor de produtos e serviços retire potencialmente do consumidor a possibilidade de ser ressarcido por eventuais danos causados sem a sua participação na conduta, ou seja, veda quase que expressamente as cláusulas de exclusão de responsabilidade, conforme pode ser visto literalmente no artigo 51, inciso I, da Lei brasileira 8.078/90<sup>94</sup>. A única exceção, prevista ao final do próprio artigo mencionado diz respeito às relações de consumo entre empresários (o que é admitido no ordenamento jurídico brasileiro sob algumas condições), em que se presume maior profissionalismo e algum nível de equiparação entre as partes.

A diferença mais aparente entre os ordenamentos português e brasileiro reside, quiçá, no sistema de responsabilidade estabelecido pelo Código brasileiro de defesa do Consumidor, pois este estabelece, para os casos de fato do produto ou do serviço (maioria dos casos), a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, conforme pode ser visto nos artigos nº. 12 e 14 da Lei brasileira 8.078/90. Portanto, na medida em que a aferição da culpa do fornecedor sequer é cogitada no Código brasileiro no que se refere às relações de consumo, excluindo-se a sua responsabilidade apenas nas hipóteses do artigo nº. 13 (exclusão do nexo causal) facilita-se sobremaneira a defesa do consumidor no Brasil, diferentemente do ordenamento português, em que a aferição de culpa leve por parte do devedor, como excludente da responsabilidade, representa um fator decisivo.

O regime estabelecido pelo Decreto-lei 446/85 parece, entretanto, mais similar ao previsto no Código brasileiro de Defesa do Consumidor pois, primeiramente, proíbe

---

<sup>94</sup> Lei 8.078/09, “Seção II (Das Cláusulas Abusivas); Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonem 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;”

expressamente em seu art. 18.º, al. a) e b), as cláusulas limitativas de responsabilidade quando se tratar de responsabilidade por danos à vida, integridade moral ou física e saúde, bem como por danos patrimoniais extracontratuais causados à contraparte ou a terceiros.

Doravante, há que se atentar para o fato de que, na alínea c) do art. 18.º, exclui-se a limitação de responsabilidade nos casos em que sejam constatados dolo ou culpa grave, bem como é prevista, na alínea d), a mesma exclusão em caso de atos praticados por representantes ou auxiliares.

A esse respeito, Pinto Monteiro destaca que em quaisquer outros casos não estão proibidas as cláusulas limitativas ou de exclusão de responsabilidade, ou melhor dizendo, nos casos de culpa leve, não seria correto interpretar a possibilidade de sua proibição nos contratos realizados a partir de cláusulas contratuais gerais, por não se tratar de cláusulas proibidas por si só, mas sim naquelas circunstâncias específicas definidas do Decreto-Lei 446/85.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, in: Revista da Ordem dos advogados, vol. III, dezembro, 1986, pp. 732-769 (p. 756-757).

## CAPÍTULO 2

### A SITUAÇÃO DE ASSIMETRIA CONTRATUAL

#### 2.1 – Premissas básicas

##### 2.1.1 – O princípio da igualdade

Imprescindível ao estudo das relações contratuais desiguais é a análise do princípio da igualdade, não apenas ensimesmado, mas visto a partir da análise de sua aplicação prática, de sua violação e das distorções que a sua inobservância causa num Estado constitucional que se considera democrático de direito.

Pilar da ordem constitucional garantidora das liberdades individuais e do Estado democrático de direito, o princípio da igualdade foi muito considerado por Ruy Barbosa, que por sua vez, baseou-se em Aristóteles quando afirmou que: *“a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.”*<sup>96</sup>

Ana Prata desenvolve interessante raciocínio ao afirmar que a igualdade se dá a partir do momento em que reconhecemos que todos são iguais perante a lei, portanto, somos todos iguais em relação ao Estado, mas no nível da relação entre os cidadãos a problemática se instala, pois não seria possível afirmar a igualdade entre particulares.<sup>97</sup> Entretanto, a mesma autora conclui mais adiante na mesma obra que esta igualdade das pessoas perante a lei é meramente ficta, pois apesar de colocar sujeitos diversos perante uma mesma realidade, nem a lei nem o Estado são capazes de atribuir a determinadas relações jurídicas a igualdade real recíproca.<sup>98</sup> Coloca-se, portanto, a questão da igualdade substancial, que seria vista constitucionalmente através de três prismas: a perspectiva de

---

<sup>96</sup> BARBOSA, Rui, Oração aos moços, [in: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf) (p. 26).

<sup>97</sup> PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina Editora, 1982, pp. 88: *“A igualdade de todos os cidadãos só é conceitualmente obtida através, pois, deste processo: porque face à lei todos os cidadãos se encontram na mesma situação, porque são todos iguais face a um terceiro, conclui-se que eles são iguais entre si. A característica diferenciadora, conceptualizante, da igualdade é, pois, a posição de cada cidadão na sua relação com o Estado (igual a lei); obtido assim o conceito, passa-se à sua utilização a um nível diverso, o nível da relação entre cidadãos.”*

<sup>98</sup> PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, 1982, pp. 89.

igualdade negocial (tutela do contraente mais fraco), a perspectiva social de atribuição de direitos, ou seja, através da exigência de atitudes pelo Estado (direitos sociais) e a perspectiva de promoção da igualdade através da política de discriminação de situações específicas.<sup>99</sup> Naturalmente, a perspectiva que nos interessa é a da tutela do contratante mais fraco, que vem a ser, ainda nos dizeres de Ana Prata, a mais importante no campo da autonomia privada.

Para garantir a igualdade, entretanto, por vezes é necessário criar direitos discriminatórios em relação à totalidade dos indivíduos, a fim de assegurar que o mais fraco, naquela situação considerado como tal, exerça de forma plena os direitos garantidos pela Constituição, tratando-se de forma diferenciada determinado grupo por suas características ou condições a fim de protegê-lo e assim permitir que sejam plenamente assegurados os seus direitos mais básicos.

Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques, em sua obra intitulada “O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis” afirmam que da igualdade subentende-se o reconhecimento dos indivíduos como semelhantes, porém possuidores de características próprias. Tais características deveriam ser sempre evidenciadas, mormente na medida em que a discrepância for maior, de modo a valorizar a diferença entre eles estabelecida, a fim de possibilitar tratamento que proteja o desigual e permita o exercício pleno de seus direitos. Cabe transcrever trecho da referida obra que trata do que ora se fala: “*esta visão do outro como espelho destaca também a distância entre um e outro estamento ou status, valorizando as diferenças e considerando que o tratamento deve ser ‘protetivo’ e evitar qualquer discriminação do mais fraco.*”<sup>100</sup>

Para o pleno e necessário exercício das garantias individuais, faz-se necessário observar, dentro do princípio da igualdade, a igualdade de armas (*égalité des armes*), que significa a igualdade de instrumentos através dos quais buscar-se-á o exercício pleno de direitos e a igualdade de chances, que vem a constituir a proteção inclusiva (*égalité des chances*), segundo Pierre Maziere.<sup>101</sup>

Segundo Bruno Miragem: “*Esta proximidade etimológica, e a distinção (distintio) de níveis de pensamento, levam a conclusão que tratar igualmente os iguais,*

---

<sup>99</sup> PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, 1982, pp. 104/105.

<sup>100</sup> MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno, *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, RT, 2ª edição, 2014, p. 112.

<sup>101</sup> MAZIERE, Pierre, *Le principe d'égalité en droit privé*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 317.

*tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com 'equilíbrio e calma' é mais do que o princípio da igualdade, é equidade, uma solução justa para o caso concreto!*” Não se trata apenas de promover políticas públicas que nem sempre dão certo, mas de promover a isonomia de modo a dirimir o desequilíbrio.<sup>102</sup>

É de se destacar que nas relações regidas por cláusulas contratuais gerais, o fator de desigualdade entre as partes, embora não seja o único a propiciar o desequilíbrio, é quase sempre presente. É como afirma Carvalho Fernandes: *“A desigualdade entre as partes, como nota normal dos negócios celebrados segundo o modelo em análise, decorre das considerações oportunamente feitas sobre o enquadramento sociojurídico das cláusulas contratuais gerais; a parte que a elas recorre ocupa, em regra, uma posição dominante no negócio. Mas nem sempre é assim.”* E prossegue, mais adiante na mesma obra, afirmando: *“Desde logo, sendo corrente verificar-se, no seu campo de aplicação, uma desigualdade entre as partes, há que prevenir o risco de a mais forte se aproveitar dessa situação para impor à outra soluções injustas ou excessivas.”*<sup>103</sup>

### **2.1.2 – Liberdade contratual**

Surgido este instituto no século XVIII, decorrente do pensamento liberal, em que era muito forte a ideia de que o contrato trazia uma justeza em si, ou seja, trazia ensimesmada uma certa equidade, por traduzir a fiel vontade das partes de contratar. Uma nova teoria contratual surge, entretanto, quando se começa a superar o modelo liberal de contrato, que não se adequa mais à realidade social moderna. A teoria clássica surgiu no auge do Estao Moderno, com a introdução do capitalismo e a total liberdade de contratar. As leis eram apenas interpretativas. Duas correntes se formavam: Savigny, com a teoria da vontade, segundo a qual deve-se buscar sempre a vontade interna das partes, pois é esta a fonte criadora de obrigações. Por outro lado, com a teoria da declaração, iniciada por Liebe e difundida por Bülow, segundo a qual o que importa é o que as partes declararam, não importando o seu querer interno. Passa-se, portanto, a objetivar o contrato, o que terá um papel significativo na formação da ideia de confiança. As duas teorias (da vontade e da

---

<sup>102</sup> A política de cotas tem funcionado muito bem no Brasil, por exemplo, mas causa distorções que, por ora, não há meios de consertar. Doravante, é melhor do que não haver política alguma e perpetuar a desigualdade de condições e oportunidades.

<sup>103</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2ª edição, Universidade Católica de Lisboa, 1996, pp. 267 e 270.

declaração), são subjetivistas; surge então Luigi Ferri com a primeira teoria objetiva, a teoria normativista do contrato, segundo a qual o contrato faz surgir normas entre as partes. Tal teoria foi seguida por Kelsen, que por sua vez entendia que essas normas criadas pela vontade das partes não seriam autônomas, na medida em que a sua violação acarreta a aplicação de normas jurídicas gerais do ordenamento. Posteriormente, surgiu em Alemanha a teoria da confiança, relativizando tanto a teoria da declaração como as voluntaristas, entendendo que deve ser observada primordialmente a confiança que as partes depositaram no negócio entabulado. De tudo isso surgiu a teoria clássica de contrato, baseada no dogma da autonomia da vontade, que será melhor analisado em seguida.

A liberdade contratual representa a mais relevante manifestação da autonomia privada. E paralelamente ao estudo das cláusulas contratuais gerais está, indubitavelmente, por ser talvez ainda mais importante teleologicamente, o estudo do princípio da liberdade contratual. Trata-se de avaliar em que medida é que as cláusulas contratuais gerais violam o princípio da liberdade contratual e que medidas devem ser adotadas, que tipo de controle deve ser realizado a fim de evitar um conflito entre princípios, ou melhor, a fim de evitar o desequilíbrio contratual, mormente quando se trate de contratantes com diferentes características e poderio econômico.

De início é preciso lembrar que o princípio da liberdade contratual não é absoluto, como nada o é em direito, e que encontra-se notadamente limitado pela ressalva atinente aos limites legais.<sup>104</sup> Nem é preciso ir ao Decreto-lei 446/85, pois antes disso no próprio Código Civil encontram-se muitos limites à liberdade contratual. É a partir daí que se permite a intervenção estatal nos contratos em que o exercício da liberdade contratual signifique, em alguma medida, a violação e um direito de outrem, já que a liberdade contratual ao mesmo tempo que liberta, escraviza.

Friedrich Kessler afirmou que a própria lei, ao proteger a sociedade da distribuição desigual de propriedade, está a evitar que a liberdade contratual se torne um privilégio para uma das partes contratuais (no caso, a mais forte).<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *A boa fé como norma de validade*, in “*Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*”, vol. II, Coimbra, 2010, pp. 667-732. Nesta obra (p. 682), o autor corrobora o que aqui fora dito ao afirmar que: “(...) o princípio da liberdade contratual é expressamente enunciado com ressalva dos limites da lei, e há muito assistimos a um proliferar desses limites, fenómeno que tem merecido o epíteto, pelo meno equivoco, de publicização do contrato.”

<sup>105</sup> KESSLER, Friedrich, *Contracts of adhesion – Some thoughts about freedom of contract*, in: Columbia Law Review, n.º. 43, 1943, obtida em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3728&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3728&context=fss_papers), pesquisa em

É inegável também que a utilização de cláusulas contratuais gerais restringe de certa forma a liberdade contratual do aderente, na medida em que a este é vedado o poder de negociação partindo-se da premissa de que o contrato tão somente lhe é apresentado a fim de que aceite ou recuse os seus termos – não lhe restando qualquer outra alternativa, caso opte pela recusa.

Cabe distinguir, inicialmente a liberdade de estipulação da liberdade de celebração.<sup>106</sup> A liberdade de celebração não é em momento nenhum afetada, na medida em que cabe livremente ao aderente afirmar se aceita ou não afirmar aquele determinado contrato, o que fará de forma plenamente lícita caso lhe sejam dados a conhecer os termos do contrato, as cláusulas contratuais inseridas, as restrições, enfim, caso o contrato seja legal e seus termos sejam validamente apresentados, na forma do Decreto-Lei n.º 446/85 e do Código Civil. O que será afetado, eventualmente, é a liberdade de estipulação, pois esta caberá tão somente ao contratante que dispôs das cláusulas, não participando o aderente da fase negocial.

Considerando a possibilidade supra aventada, de defesa da liberdade contratual pelo viés da liberdade de celebração do contrato - e não somente da negociação do seu conteúdo, cumpre lembrar o contraponto da falta de liberdade econômica. Tal aspecto se observa nos casos de monopólio, ou de monopólio natural, em que a única escolha que a parte possui é usufruir ou não do serviço prestado, que muitas vezes é essencial (fornecimento de energia, água, etc.).<sup>107</sup> Nestes casos, em que o objeto do contrato é um serviço essencial, por exemplo, é possível constatar o manifesto desequilíbrio de cariz econômico existente na relação entre as partes, pois, se de um lado está uma grande empresa com enorme poderio econômico e, na maioria das vezes, monopolista do serviço essencial prestado, do outro está um consumidor que depende da disponibilização do serviço, por não lhe ser minimamente viável subsistir sem ele ou mesmo por não dispor de outro equivalente no mercado.

Também são vistos estes tipos de cláusulas contratuais não apenas em contratos de serviços essenciais, mas também em contratos como os de arrendamento ou mesmo

---

22/09/2014. À p. 640 o autor assim afirma: “*Society, when granting freedom of contract, does not guarantee that all members of the community will be able to make use of it to the same extent. On the contrary, the law, by protecting the unequal distribution of property, does nothing to prevent freedom of contract from becoming a one-sided privilege.*”

<sup>106</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, vol. 1, 4ª edição, 2012.

<sup>107</sup> A esse respeito, vide José de Oliveira Ascensão: *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in Sep. de: Revista da Ordem dos Advogados, a. 60, n.º 2, 2000.

contratos-promessa de compra e venda de imóveis, o que, aliás, tornou-se um fenômeno cada vez mais crescente.

Nestas situações verifica-se um desequilíbrio notório que deve ser corrigido a partir de mecanismos de controle efetivo, capaz e garantir à parte mais necessitada de proteção jurídica a sua posição contratual, o que se verifica mais frequentemente nas relações com consumidores.

De qualquer forma, o problema não se encontra apenas nas relações travadas entre empresários e consumidores, verificando-se a necessidade de reequilíbrio sempre que o processo negocial seja restrito de forma a evidenciar prejuízo inaceitável a uma das partes, a aderente.

A fixação de *standards* nesse novo modelo negocial não pode ser de tal proporção que ocasione o afastamento absoluto da manifestação da vontade negocial. A adesão, ainda que a cláusulas pré-concebidas, deve ser total e consciente, de modo que não retire do aderente a real vontade que pretende manifestar. Na dúvida entre o que foi escrito e a vontade real, deverá prevalecer sempre esta última ainda que isso implique na declaração de nulidade de determinada cláusula ou mesmo do contrato, o que dependerá, obviamente, do caso concreto e deverá constituir objeto de prova.

Neste caso, é certo dizer ainda que, havendo cláusulas standardizadas num determinado contrato, o ônus da prova sobre a existência da negociação recairá, obviamente, sobre quem elaborou as cláusulas, ou seja, normalmente sobre o empresário ou profissional.

Não é difícil concluir, portanto, que nas contratações efetuadas por adesão (com ou sem a utilização de cláusulas contratuais gerais) envolve-se uma restrição significativa do princípio da liberdade contratual, por mais que se queira sugerir o contrário, o que fomenta uma discussão que, embora não seja nova, é de imensa importância, acerca dos malefícios trazidos por este tipo de contratação no que se refere à teoria clássica das obrigações.

Convém ponderar, doravante, se a opção de uma das partes pela adesão a determinado contrato não representa uma forma de exercício (embora não pleno) da liberdade contratual, residindo esta, justamente, na hipótese de o sujeito poder assinar ou não o contrato, ou seja, na inexistência de vício decorrente de erro ou coação, por exemplo. Ao aceitar esta premissa, deve ficar bem claro que o aderente está perfeitamente consciente dos termos do contrato ao qual aderiu e que sua real vontade está expressada nos termos contratuais pré-redigidos, ainda que não tenha tido a mínima participação na referida

elaboração. Nesta hipótese - e somente nesta – poder-se-ia falar em exercício pleno de uma forma de liberdade contratual decorrente da aceitação do aderente à situação em que a outra parte elabora unilateralmente as cláusulas contratuais, o que pode decorrer de uma situação de conforto para si, ou seja, é conveniente aceitar tal forma de contratação, pois interessa não ter o trabalho de negociar diretamente as cláusulas, mas sim recebê-las pré-elaboradas, desde que atinjam o objetivo real do conteúdo da contratação, que deve ser interessante para ambas as partes.

O problema ao qual sempre se retorna na questão da liberdade contratual, em se tratando de contratos de adesão, prende-se ao fato de que, normalmente, as cláusulas pré-concebidas são elaboradas no interesse maior de quem as elabora, deixando em segundo plano a vontade do aderente e portanto deixando-o desprotegido – em tese – principalmente quando se trata de um consumidor. Isso afasta a liberdade contratual em certo grau, prejudicando, muitas vezes, o consumidor, que não participou da elaboração das cláusulas. É como diz Cláudia Lima Marques: *“Realmente, no contrato de adesão não há liberdade contratual de definir conjuntamente os termos do contrato, podendo o consumidor somente aceitá-lo ou recusá-lo. É o que os doutrinadores anglo-americanos denominam contrato em uma ‘take it or leave it basis’”*.<sup>108</sup>

Deve ser considerado, outrossim, que em certos casos pode ser necessário restringir a autonomia privada, nela compreendida a liberdade contratual, a fim de assegurar o efetivo exercício da autonomia volitiva dos contratantes a fim de ocasionar maior bem estar e eficiência econômica, buscando sempre alcançar o Estado do bem estar social, *Welfare state* ou *État Providence*., sem que isso signifique a subtração de direitos de qualquer das partes.

### **2.1.3 – Autonomia privada e autodeterminação**

Autonomia privada e autodeterminação são institutos similares, que possuem origem na mesma fonte, mas não se podem considerar idênticos. Em muitas ocasiões a doutrina faz confusão a esse respeito, pois utiliza estes dois termos como sendo sinônimos, o que não corresponde à realidade, não apenas por questões terminológicas, que seriam

---

<sup>108</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, RT, 7ª edição, 2014, p. 81.

mais superficiais, mas por motivo de substância, como diria Joaquim de Sousa Ribeiro<sup>109</sup>.

Em linhas iniciais, a autonomia privada, expressada normalmente pela liberdade contratual em sentido amplo, situar-se-ia no campo da possibilidade que as pessoas tem de, livremente, “criar” uma normatividade à qual ficarão vinculados porque assim o quiseram. Observar-se-á nas hipóteses em que o ordenamento jurídico tenha deixado a cargo das partes a abertura necessária à livre fixação dos regramentos aos quais pretendem se submeter em uma hipótese concreta. São criadas, portanto, determinadas regras por particulares que devem ser, entre eles, obedecidas. A ideia subjacente à autonomia privada, portanto, situa-se no plano jurídico.

Para Ana Prata, a ideia de autonomia privada coincide com a de liberdade negocial, conforme pode ser visto *verbis*: “*A autonomia privada ou liberdade contratual traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de judiciar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e deteminando os respectivos efeitos.*”<sup>110</sup> E deixa claro, mais adiante na mesma obra, que a coincidência se dá apenas no nível da liberdade negocial, não abrangendo todas a liberdades, não abrangendo a liberdade contratual como um todo: “*(...) autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial.*”<sup>111</sup>

A autonomia privada situar-se-ia, diferentemente, no campo do valor, constituiria um conceito pré-jurídico, consistindo na capacidade do ser humano de gerir seus próprios interesses, na liberdade que possui de se autodefinir e de decidir, através do livre arbítrio, o que é melhor para si. Liga-se à capacidade do homem de controlar e satisfazer as suas necessidades, através de escolhas livres, desde que lícitas. Abrange, para tanto, a ideia de capacidade, uma vez que o homem incapaz não possui controle sobre a gestão de seus interesses pessoais, econômicos, de modo que não é possível atribuir-lhe autodeterminação (ao contrário, nestas hipóteses, a determinação de seu bem estar e melhor interesse será gerida por um terceiro em seu nome). Constitui, portanto, expressão de sua individualidade, expressão da dignidade da pessoa humana. E a partir daí é possível tirar conclusões de cunho não só ideal, mas econômico, no sentido de que as livres

---

<sup>109</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, 1999, p. 21.

<sup>110</sup> PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina Editora, 1982, p.11.

<sup>111</sup> *Idem*, p. 13.

manifestações de vontade individuais, se somadas, podem resultar no bem estar da coletividade. Considerando de forma macro não só as situações jurídicas e naturais relativas à expressão da vontade do homem, mas as diversas vontades individuais somadas, não se pode descurar que o todo é constituído pelas partes, o que traduz um importante aspecto referente à íntima ligação que se observa dos dois institutos.

Segundo Enzo Roppo: “(...) o princípio da autonomia privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelo recurso a termos e conceitos da teoria geral do direito, daquele princípio da ‘liberdade contratual’ - princípio ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais – que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre.”<sup>112</sup> Já para Cláudia Lima Marques, o princípio da autonomia da vontade pressupõe que os contratantes possuam a liberdade de contratar (ou não) e de escolher com quem contratar (partes), o que contratar (objeto) e de que jeito (forma).<sup>113</sup>

Na prática, entretanto, em razão da estreita ligação entre os referidos institutos, é possível que em determinadas ocasiões a autonomia privada absorva o sentido de valor contido na autodeterminação e sejam ambas, pontualmente, utilizadas de forma praticamente indistinta, sobrepondo-se os dois institutos, identificando-se um com o outro. Nestes casos, a autonomia privada deixaria então de representar uma ideia técnica, meramente jurídica, para incorporar o valor contido na autodeterminação, incorporando a sua ideia subjacente de pensamento jurídico e não apenas uma proposição jurídica.<sup>114</sup>

Enzo Roppo refere-se ao contrato *standard* como sendo o causador de uma restrição da liberdade contratual, por subtrair ao aderente o exercício verdadeiro de sua autodeterminação, ou seja, refere-se a ambos os institutos de forma relacionada, porém, não absolutamente equivalente.<sup>115</sup> Sob esse prisma, é de se observar que o instituto da liberdade contratual acaba por tornar-se seu próprio algoz, na medida em que não seja

---

<sup>112</sup> ROPPO, Enzo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina, 2009, (p. 132).

<sup>113</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, RT, 7ª edição, 2014, pp. 68: “Acima de tudo, o princípio da autonomia da vontade exige que exista pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da liberdade contratual.”

<sup>114</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, 1999 (p. 30 e ss.).

<sup>115</sup> ROPPO, Enzo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina, 2009, pp. 317: “(...) de um certo ponto de vista, é possível falar, sem mais, de uma restrição da liberdade contratual de uma das partes da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada.”

limitado de alguma maneira quando as especificidades da relação contratual assim o requererem. Enzo Roppo refere-se a este fenômeno como um falso paradoxo, comparando-o ao da concorrência, que, ao não ser controlada, acaba por gerar monopólios que se tornam a própria negação da livre concorrência.<sup>116</sup> É necessário, portanto, ao tratar-se da liberdade contratual em contraposição à autodeterminação, ter em mente de forma bem clara que a liberdade contratual é balizada pelo exercício da autodeterminação, na medida em que, se esta última é violada, deturpa-se a liberdade contratual, que passa a não ser positiva, mas sim e ao contrário, altamente nociva, pela possibilidade de prejudicar, sem opção de defesa, uma das partes no contrato – notadamente a que for considerada a mais fraca.

Conclui-se, portanto, que para o exercício da plena autonomia contratual é estritamente necessário que as partes envolvidas possuam ampla liberdade de contratar, sem o que gera-se uma falsa autonomia potencialmente prejudicial a uma das partes, ocasionando uma relação contratual injusta.

Outro importante aspecto a ser ressaltado é o de que a força obrigatória dos contratos – ideia de superioridade da vontade sobre a lei – baliza a vontade. A vontade, para a teoria clássica do contrato, constitui o elemento essencial, a fonte, a legitimação da relação contratual. Caberia à lei proteger a vontade das partes. Porém, a vontade é que vincula os indivíduos. Uma vez manifestada a vontade – sem vícios – as partes ficam obrigadas ao que externaram, até que decidam desfazer o ato ou que ocorra alguma circunstância justificadora para tal (caso fortuito, etc). Na visão clássica, portanto, a vontade manifestada livremente pelas partes, sem vícios, seria de tal maneira forte, que obrigaria as partes, mesmo que o conteúdo do contrato fosse injusto.

Qual vontade que prevalece, então? A vontade interna, a intenção do agente ou vontade declarada no instrumento contratual? Como já mencionado antes, para Savigny, prevalecia a vontade interna, intenção da parte, teoria que por muito tempo vigorou. Por

---

<sup>116</sup> ROPPO, Enzo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina, 2009. pp. 318: “*Aqui, a origem das retrições à liberdade contratual radica, ao fim e ao cabo, no próprio princípio da liberdade contratual (que legitima os operadores a enfrentarem-se no mercado – cada um com as suas posições de força, que não são, obviamente, iguais para todos – para negociar e retirar dos seus contratos o máximo de proveito individual, ainda que isso se traduza numa substancial e injusta prevariação, em prejuízo da contraparte). O paradoxo é somente aparente: descrevendo a “natural” evolução dos mercados capitalistas do sistema de livre e ‘perfeita’ concorrência, para o sistema das concentrações e dos monopólios – negador do princípio concorrencial mas em definitivo por este gerado – já no século passado os observadores mais atentos faziam notar que à concorrência destrói-se a si própria; analogamente pode dizer-se que a ‘liberdade contratual destrói-se a si própria’, determinando a sua própria negação.*”

outro lado, vontade declarada – teoria da declaração da vontade. A solução do impasse passa pela adoção das teorias modernas, que se baseiam na função social do contrato. A este propósito leciona Gustavo Tepedino: “*Na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, mas somente será merecedora de tutela se realizar, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais.*”<sup>117</sup>

Segundo Cláudia Lima Marques, “*A nova concepção de contrato destaca, ao contrário, o papel da lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a auto-regulamentação dos interesses privados. Logo, é ela que vai legitimar o vínculo contratual e protegê-lo. A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato.*”<sup>118</sup>

O estudo da autonomia privada remete necessariamente à lembrança do princípio da relatividade dos contratos, que constitui um corolário do dogma da autonomia da vontade. Na verdade, trata-se do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, segundo o qual os efeitos de um contrato são capazes de atingir apenas as partes do contrato e não terceiros estranhos à relação contratual. Os efeitos internos vinculam apenas os contratantes, não podendo beneficiar ou prejudicar terceiros. Doravante, a existência do contrato tem que ser observada e respeitada por terceiros, o que não se confunde com seus efeitos. Tal princípio foi perdendo força na medida em que foram surgindo novos tipos contratuais que abrangem não só as partes como estendem seus efeitos para outros que não os contratantes, como é o caso das estipulações em favor de terceiro, por exemplo.

É interessante ainda afirmar ainda, conforme Ana Prata, que: “*Pode-se, pois, dizer, em conclusão, que a noção de autonomia privada não é atemporal, nem imutável. Ela ganha autonomia e relevo conceitual ligada à concepção jurídica do liberalismo econômico, como pressuposto da noção de negócio jurídico e vai sofrendo uma desvalorização que acompanha o transformador deste último conceito.*”<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> TEPEDINO, Gustavo, *Notas sobre a função social dos contratos*, in: O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas, Renovar, 2008, pp. 395-405.

<sup>118</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, vol. 1, jan/mar/2000, pp. 13/57 (p. 41).

<sup>119</sup> PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, 1982, p. 25.

Além disso, é importante lembrar que o exercício da autonomia privada encontra seu limite no abuso de direito e também no dever de manutenção do equilíbrio contratual. É neste sentido que leciona Lorezo Delli Priscoli: “(...) *la libertà d’ impresa e l’ autonomia privata possono tuttora liberamente esplicarsi, ma trovano un limite da un lato nel divieto di abuso del diritto e dall’ altro nel dovere di non alterare le condizioni di effettiva parità sul mercato, che possono essere garantite unicamente attribuendo a tutti i suoi protagonisti, e quindi in primi ai consumatori, quelle informazioni e in genere quelle tutele que solo possono consentire a questi ultimi di individuare il miglior partner contrattuale, dando così vita ad una effettiva concorrenza sul mercato.*”<sup>120</sup>

Por fim, é de se destacar que o *link* principal entre as relações contratuais assimétricas e as cláusulas contratuais gerais é justamente a ideia primeira de abuso da autonomia contratual e a necessidade de correção, através da aplicação da teoria das cláusulas abusivas prevista da lei de cláusulas contratuais gerais e a possibilidade da referida aplicação em todas as relações contratuais assimétricas, sejam elas relações de consumo ou não.

#### **2.1.4 - A questão do consenso – obsolescência do modelo clássico de contratação**

O consenso constitui um dos momentos cruciais da relação contratual, de modo que se considera esta a fase a partir da qual as partes passam a estar vinculadas aos termos do contrato cujos termos presumidamente acabaram por estabelecer. A questão do consenso é crucial nos contratos de adesão, em que uma das partes não participa da elaboração das cláusulas contratuais.

As principais observações que surgem em relação ao consenso prendem-se, naturalmente, com a forma através da qual as partes manifestam a sua vontade de modo a confirmá-la ou não, concretizando ou não a vinculação contratual. O maior motivo de estudo e de controvérsia diz respeito, portanto, não à existência do consenso em si, mas sim ao modo como é externado este consenso, a fim de que seja claro, inequívoco e que conjugue duas fases essenciais do contrato: proposta e aceitação.

---

<sup>120</sup> DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *La rilevanza dello status per la protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in: *Rivista del diritto commerciale*, Piccin, n.º 2, 2012, pp. 311-353 (p. 324-325).

Problemas ainda maiores observam-se quando a relação contratual for constituída com recurso aos clausulados contratuais gerais. Neste campo, o estudo do consenso estender-se-á ao estudo das declarações de vontade<sup>121</sup> e contará com diversas nuances que serão vistas mais adiante.

Segundo Menezes Cordeiro, “*O contrato deriva aprioristicamente do encontro de duas vontades o qual, por integrar os pressupostos da permissão normativa de actividade jurígena, insita na autonomia privada, desencadeia efeitos de direito: neste caso, a constituição de obrigações.*”<sup>122</sup> Trata-se, notoriamente, da visão clássica da formação do contrato sob a sua modalidade mais conhecida de proposta-aceitação. Também em Enzo Roppo pode-se encontrar a noção clássica de consenso segundo a qual “*O contrato forma-se precisamente quando esta proposta e esaa aceitação se encontram, dando lugar àquilo que se chama de consenso contratual*”<sup>123</sup>.

Na atualidade, entretanto, e com todas as vênias cabíveis aos ilustres doutrinadores supra referidos, não se pode considerar como verdade única e absoluta esta premissa, devido à existência de outras dinâmicas contratuais modernas que não se enquadram no modelo clássico de contratação.

Nos contratos *standard*, a aceitação formal dos termos do contrato não significa a aceitação substancial de todas as suas cláusulas, mormente se o seu conteúdo não dado a conhecer ao aderente, pelo predisponente. Neste caso, o consenso será meramente formal.<sup>124</sup> Mas a doutrina clássica refere-se a dois momentos distintos no que tange ao contrato de adesão que são o da estipulação (proposta realizada pelo predisponente) e o da adesão (aceitação pelo aderente). Mota Pinto fornece um panorama do que seria exatamente o pensamento clássico a esse respeito, quando diz que: “*O contrato é integrado*

---

<sup>121</sup> ROPPO, Enzo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina Editora, 2009. Na referida obra (pp. 69) o autor refere-se ao papel secundário da vontade nos modernos contratos de massa, mais impessoais. Assim o diz: “*As exigências da produção e dos consumos de massa, a necessidade de acelerar, simplificar, uniformizar a série infinita das relações entre as empresas e a massa de consumidores determinam ‘um processo de objectivação da troca, o qual tende a perder parte dos seus originais caracteres de voluntariedade’ (Galgano). Atribuir grande relevo à vontade – o que constitui a substância do negócio jurídico – significaria, na verdade, personalizar a troca, individualizá-la, e portanto acabaria por atrapalhar o tráfego, cujas dimensões, agora ‘de massa’ impõem que se desenvolva de modo mais standardizado e impessoal.*”

<sup>122</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. I, 1994, p. 435.

<sup>123</sup> ROPPO, Enzo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina, 2009, (p. 73).

<sup>124</sup> BIANCA, Massimo, *L’autorità private*, Jovene, 1977, pp. 68-69. A respeito do ocnsenso nos contratos standardizados, refere M. Bianca que: “*L’accettazione della prestazione è appunto la fattispecie alla quale si collega l’applicazione del regolamento imprenditoriale del rapporto. L’accettazione del regolamento, invece, non sussiste o si riduce ad una mera formalità.*”

por duas declarações: a apresentação da estipulação e a adesão. A estipulação é o conjunto das cláusulas adoptadas por uma das partes como regulamentação geral, aplicada de forma indiferenciada às suas operações jurídicas de certa espécie. (...) a outra declaração integradora do contrato é a chamada adesão. Trata-se do acto pelo qual o utente do bem ou serviço fornecido manifesta a sua intenção de se submeter os termos contratuais pré-ordenados pela outra parte.”<sup>125</sup>

Porém, a crescente utilização de contratos impressos fez surgir problemas nunca dantes enfrentados, o que dificulta o reconhecimento da premissa segundo a qual a aceitação deve corresponder extamente aos termos da oferta. E mais, que isso deva ocorrer em um momento específico e estático. Naturalmente que em algum momento as partes têm que decidir quando é que o contrato perfectibilizou-se, a fim de permitir o início de seu cumprimento. Este momento, que pela teoria clássica das obrigações sempre fora muito bem definido, em algumas situações (como nas *battle of the forms*, o que será visto a seguir) não se encontra assim tão estático como no passado.

Tal fato faz surgir uma dificuldade em estabelecer o momento exato em que foi firmado o contrato e se este foi mesmo firmado se o aderente não externou o seu consenso, não aquiesceu expressamente. Segundo afirma Donato Carusi: “*Sulla scena del diritto privato il filone del solidarismo da irrompere la figura del contraente debole, la quale vulnera il mito del consenso e – si potrebbe dire – apre la strada alla numerazione di differenti ‘specie’ di contratto.*”<sup>126</sup>

### 2.1.5 – O consenso nos clausulados gerais

Considerando-se que o contrato nada mais é que um negócio jurídico, conclui-se muito facilmente que a sua disciplina jurídica é orientada pelas normas legais que se aplicam aos negócios jurídicos, dentre as quais destaca-se principalmente o poder de negociação entre as partes contratantes. Tal negociação seguirá os trâmites simples da pré-negociação, que conduzirá à formulação da proposta, por uma das partes, vigorando a que prevalecer e da respectiva aceitação pela contraparte.

---

<sup>125</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica*, Separata da Revista de Direito e estudos sociais, Coimbra Editora, 1973, pp. 119-148 (pp. 126-127).

<sup>126</sup> CARUSI, Donato, *I precedenti*, in: *Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 31-36 (p. 33).

Quando se trata de contratos realizados com recurso a cláusulas contratuais gerais, não necessariamente a sua formação seguirá a clássica fórmula da proposta-aceitação, pois poderá ocorrer de um negócio validar-se a partir da conduta inequívoca de uma das partes no sentido da conclusão respectiva. É o que se depreende do art. 2.1 dos princípios Unidroit<sup>127</sup>, cuja redação sugere que um contrato pode ser formado tanto pela aceitação à proposta, como através da conduta inequívoca da parte no sentido de firmar o negócio.

Quando houver conflito de cláusulas gerais apresenta-se por vezes inviável a aplicação da formação clássica proposta-aceitação, hipótese em que o recurso à observação da conduta das partes contratantes é muito mais eficaz no que se refere à solução de controvérsias neste campo. A própria definição de consenso neste caso, tampouco é fácil definir, pois está em causa a ideia preconcebida e decorrente da teoria clássica das obrigações que culmina na existência de um encontro perfeito entre declarações de vontade das partes envolvidas no contrato.

Como exemplo da dificuldade de identificação do consenso clássico em contratos que contenham conflitos de cláusulas gerais pode-se apontar as negociações prévias das partes que acabem por ocasionar uma problemática de consenso relativamente às *battle of the forms*<sup>128</sup> que encontram-se no caminho de tais negociações. E uma destas problemáticas consiste em estabelecer a diferença entre o consenso natural, correspondente à vontade interna da pessoa e o consenso jurídico ou normativo, questões que se prendem diretamente com a teoria da vontade.

Os conflitos que se observam nesta seara dizem respeito à vontade expressamente declarada e a vontade interna do contratante, sendo necessário avaliar, pela conduta da parte, qual deles corresponde à vontade real, que será, portanto, a vontade legítima e não meramente a vontade externada. A dificuldade que se verifica neste campo, entretanto, diz respeito não só à tutela da confiança como também à segurança jurídica, pois se por um lado é necessário buscar a vontade real das partes, por outro é de se considerar o grau de vinculação das partes a partir da externalização objetiva do consenso, que vincula a parte. A possibilidade de modificação da vontade externada após o efetivo

---

<sup>127</sup> Trata-se de um conjunto de regras gerais uniformes que versam sobre os vários aspectos da relação contratual, cujo objetivo, naturalmente, é a tentativa de maior uniformização das regras contratuais de direito comercial internacional. O texto integral, totalmente traduzido para o português pode ser visualizado na internet em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>

<sup>128</sup> *Battle of the forms*: expressão inglesa traduzida como “batalha dos formulários” e significa a verdadeira guerra travada entre os contratantes durante as tratativas, a fim de fazer prevalecer a sua versão contratual, os seus interesses.

consenso é capaz de enfraquecer, em tese, o efeito vinculante do referido consenso, o que é um importante fator a ser considerado em um aparente conflito entre a vontade real e a declarada.

É por isso que Carneiro da Frada<sup>129</sup>, refere que quando estão em causa contratos internacionais, o consenso deve ser considerado um conceito aberto, tendo em conta as diferenças apresentadas pelos diversos ordenamentos jurídicos internos envolvidos, no que se refere à concretização da vontade das partes, o que restará evidente na fase de negociação.

A análise do consenso nos clausulados gerais pressupõe a análise do fenómeno conhecido por “*battle of the forms*”, que ocorre quando, em uma negociação, os futuros contratantes enviam um ao outro condições gerais do futuro contrato, manifestando a intenção de que sejam nele incorporadas, em detrimento das cláusulas apresentadas pela outra parte.

Conforme constitui objeto do presente trabalho, tentar-se-á demonstrar em que medida é que as relações com assimetria de poder contratual são afetadas pela questão do consenso, da autonomia de uma das partes do contrato, justamente em razão de uma fase de negociação tirana ou às vezes inexistente, gerando um nítido desequilíbrio da relação contratual, o que terá efeitos não somente internos à relação contratual, mas também, efeitos potencialmente danos no nível da economia.

A questão mais delicada que surge com base no fenómeno das “*battle of the forms*” é de se saber se as cláusulas gerais impostas e, portanto, destinadas à aceitação pura e simples não geram uma distorção do consenso, por não terem sido aceitas as cláusulas de maneira totalmente consciente. E tal fato pode ocorrer não somente em contratos de consumo, mas em outros quaisquer. Parte da doutrina refere-se inclusive, a um caos que emerge da batalha de clausulados e que pode causar exatamente esse efeito indesejável que é a dúvida relativamente ao consenso.

Por isso os diferentes ordenamentos jurídicos internos buscam proteger o contratante no que se refere à inclusão de clausulados gerais nos contratos, a fim de assegurar que o destinatário tenha plena ciência do conteúdo de tais cláusulas, evitando assim que o seu consentimento esteja viciado, invalidando a relação contratual como um todo.

---

129 SOUZA, António Carneiro da Frada de, *Conflito de clausulados e consenso nos contratos internacionais*, Porto, 1999.

O Art. 1341º do *Codice Civile* italiano consagra um controle da incorporação das cláusulas no contrato, o que vale tanto para aderentes-comerciantes como para aderentes-consumidores, no intuito de garantir que o aderente, seja ele consumidor ou não, tome conhecimento efetivo do conteúdo do clausulado que lhe é submetido. Introduce o conceito de diligência comum ordinária, o que por sua vez merece as devidas críticas, por constituir um conceito deveras subjetivo. Como forma de medida protetiva requer-se que a parte que teve uma cláusula desfavorável a si tome conhecimento da mesma por escrito, ou seja, não basta o aderente ter conhecimento superficial das cláusulas, mas deve conhecer o seu conteúdo, por escrito, e anuir de forma expressa e específica.

Em Portugal, o Decreto-lei 446/85, que trata das cláusulas gerais estabelece uma proteção maior para o caso de o aderente ser um consumidor. Isto se deve, naturalmente, à sua situação de fragilidade perante o outro contratante, um comerciante.

No ordenamento jurídico do Brasil, o Código de Defesa do Consumidor<sup>130</sup> estabelece diversas regras de proteção referentes ao dever de informação, dentre outras, no intuito de garantir que lhe seja dado pleno conhecimento sobre as cláusulas contratuais gerais, mormente no que se refere a cláusulas que lhe sejam desfavoráveis. O referido código prevê que sejam declaradas nulas, não escritas, as cláusulas evidentemente desfavoráveis ao consumidor, presumindo a sua fragilidade e abusividade das referidas cláusulas, que sequer deveriam ter sido inseridas no contrato – isso em razão de presumir que não foram aceitas pelo consumidor, ou seja, que este não externou o seu consentimento de forma válida e eficaz.

Outra situação a ser observada é a da contratação verbal em que o conteúdo de um documento confirmatório seja constituído por um clausulado contratual geral. Neste caso, uma carta de confirmação não contestada poderá possuir eficácia constitutiva. Entretanto, segundo a doutrina alemã, esta eficácia somente será confirmada se cumpridas algumas condições, a fim de proteger os interesses do destinatário deste tipo de carta de confirmação. Tais condições residem, primeiramente, na existência de negociações verbais sérias que tenham (quase) conduzido a um acordo contratual. A carta de confirmação seria, neste caso, um mero meio de sacramentar as negociações orais realizadas entre as partes. Além disso, a eficácia constitutiva deste tipo de carta de confirmação somente se dará caso as negociações tenham ocorrido entre comerciantes

---

130 Código brasileiro de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/95.

(regra que pode ser flexibilizada, caso uma das partes se comporte como comerciante), ou seja, deve haver clareza quanto ao entendimento das partes e a inexistência de posição de fragilidade de uma parte com relação à outra. Por fim, deve ser demonstrado que o contraente que envia uma carta de confirmação deste teor agiu de boa-fé. Demonstra-se assim que o direito alemão se preocupa, fundamentalmente, com relação a esta matéria, com a proteção da confiança do autor da carta. É a observância à boa-fé, à confiança, que impedem que seja conferida eficácia constitutiva ao silêncio mediante uma carta de confirmação, caso haja dúvida em relação a qualquer das condições pré-estabelecidas.

Ainda no que se refere à batalha de clausulados gerais, destaque-se que o consenso será definido pelo momento em que sejam coincidentes as declarações de vontade das partes, ou seja, quando os termos da aceitação coincidirem totalmente com os termos da proposta, momento a partir do qual torna-se a aceitação eficaz, conclui-se o contrato e define-se o seu conteúdo. Na batalha de clausulados, o cerne da questão reside não apenas no consenso, mas sim em saber qual a proposta válida que equivalerá à aceitação perfeita, a fim de evitar a ineficácia desta e do contrato em geral.

Esse fenômeno pode ocasionar diversos problemas que estão diretamente ligados a saber quem enviou o último clausulado válido, ou seja, em que momento cessa a “batalha”. Ocorre que a tal batalha gera incerteza sobre qual o clausulado que vai ser aceita e leva as partes a dispararem clausulados de forma sucessiva, no intuito de vencer a tal “batalha”. E se, após o envio de diversos clausulados, o cumprimento do contrato tem início sem que a outra parte se pronuncie, tal ato será, teoricamente, equivalente a uma aceitação tácita.

Também se observa, neste tocante, o problema de saber até que ponto a aceitação de uma mercadoria pelo destinatário significa que o contrato se concretizou e que foram aceitas (tacitamente) as cláusulas estabelecidas pelo proponente. Aplicar-se-ia então a teoria da última palavra, mas considerando que no caso concreto a aceitação foi revelada não por uma palavra, mas sim por um comportamento. Haverá dificuldade em aceitar esta colocação, doravante, se imaginarmos que, por exemplo, pode ter sido enviada pelo receptor outra contraproposta, um outro clausulado nesse ínterim, de modo a tornar insegura a afirmativa de que foi recebida a mercadoria porque concordou-se com o clausulado do remetente, já que pode ter sido interpretado que o remetente recebeu seu clausulado e com ele concordou. É daí que surge o questionamento sobre se um ato de execução poderá equivaler à aceitação ou se estará mais próximo da figura do mero

silêncio, ao qual, na doutrina portuguesa, somente são atribuídos valores jurídicos-negociais em casos excepcionais.

Portanto, o que pode ser observado de mais importante no que se refere ao consenso é que a a visão clássica já não mais se aplica de forma absoluta, ou seja, há soluções neutras baseadas no comportamento das partes. A sua conduta, dependendo da teoria que se adote, pode ser interpretada no sentido da existência de um contrato, ainda que haja dissenso relativamente a algum ponto específico que não represente a parte substancial do contrato e que não impeça o início de sua execução.

No que se refere especificamente às cláusulas contratuais gerais, dir-se-á mais ainda que a questão do consenso é assaz importante e relativa. Se pensarmos no dever de comunicação, temos que o dever em si não corresponde à aceitação da outra parte, notadamente se o dever de comunicar não for considerado cumprido. Partindo da premissa de que se trata de algo deveras subjetivo, é ambíguo considerar uma “comunicação” efetuada quando a parte a quem se dirige pode não ter sido efetivamente cientificada e, portanto, não se pode considerar existente o consenso. É daí que advém a importância do dever de comunicação, que deve ser efetivo, sob pena de não se considerar a proposta aceita.

## **2.2 - Noção de assimetria contratual**

A ideia da assimetria contratual está ligada à existência de algum tipo de desequilíbrio na fisiologia do contrato e surge com a finalidade principal de permitir a retificação de algumas disfunções dos sistemas produtivo e distributivo. Não se trata de uma nova categoria ou de um novo tipo contratual, mas sim de uma situação que poderá verificar-se em alguns contratos nos quais seja notório o desequilíbrio de poder entre as partes. Conforme será visto adiante, a natureza deste desequilíbrio é que vai definir se o que existe de fato é uma assimetria contratual ou um outro defeito qualquer que desqualifique a natureza sinalagmática do contrato.

A ligação que se pretende estabelecer entre as cláusulas contratuais gerais e as relações contratuais assimétricas está diretamente relacionada à ideia de que as cláusulas contratuais gerais - normalmente pré-redigidas - são naturalmente ou ao menos potencialmente criadores de desequilíbrio. É como afirma Jean Calais-Auloy, quando parte da premissa de que os contratos pré-redigidos são, na imensa maioria das vezes, contratos

desequilibrados<sup>131</sup> e, portanto, contratos que possuem uma assimetria contratual entre as partes, que podem ser consideradas como “fraca” ou “forte”<sup>132</sup>.

Guido Alpa vai além e ousa afirmar que a assimetria contratual pode residir inclusive na disparidade de poder contratual entre as partes, na sua posição jurídica, na relação entre as prestações acordadas, na superveniência de circunstâncias, além de outras causas<sup>133</sup> – considerando ainda que a assimetria pode nem ser originária, pode surgir após ter sido firmado o contrato entre as partes.

O contrato assimétrico, todavia, não representa um paradigma unitário, pois existem situações em que a assimetria pode não se dar apenas entre contratantes com força contratual desigual. É mais fácil, sem dúvida, identificar a assimetria, o desequilíbrio – em tese – existente nos contratos realizados entre um consumidor e um profissional, devido à própria natureza da posição contratual de cada qual e o poder econômico que daí se presume existir. Mas os desequilíbrios podem ser vislumbrados para além das relações firmadas entre empresários e consumidores (relações contratuais B2C) e situar-se noutros campos, como, por exemplo, nas relações firmadas entre empresários, nas quais seja eventualmente identificada uma desproporção de qualquer natureza entre as partes, de modo a desequilibrar a relação de direito material.

A assimetria contratual decorre, na maioria dos casos, do próprio método da inserção de cláusulas contratuais gerais, contratos de adesão, conforme leciona Cláudia Lima Marques, *verbis*: “Este método ‘por adesão’ – por assim dizer – pereniza a assimetria de forças da fase antes chamada de “negociação” e impede uma verdadeira comunicação (comum-i-car), tornar comum) entre os futuros parceiros. Esta forte unilateralidade, tanto nas práticas comerciais pré-contratuais e no marketing unilateral, quanto na autonomia (auto-nomos, se autodeterminar/modelar) de estipular por si – ou em

---

<sup>131</sup> CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 2ème ed., Paris, Dalloz, 1986 (p. 143): “(...) les contrats pré-rédigés sont le plus souvent des contrats déséquilibrés.”

<sup>132</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica*, Separata da Revista de Direito e estudos sociais, Coimbra Editora, 1973, pp. 119-148 (p. 121). O autor, já em 1973, ao conferenciar a respeito da então “moderna” realidade dos contratos de adesão já se referia à existência de uma parte fraca e outra forte, diferenciando-as da seguinte maneira: “A diferenciação entre ‘forte’ e ‘fraco’ resulta, pois, também do facto de o estipulante ter feito uma previsão reflectida, alicerçada na experiência, dos seus interesses contratuais, tais como estes se ligam a uma operação reiterada, de realização múltipla e indiferenciada, e o aderente fazer uma operação avulsa, na elaboração de cuja disciplina não participou e na qual procurava, pura e simplesmente, uma prestação em condições acerca de cuja definição confia na outra parte.”

<sup>133</sup> ALPA, Guido, *Le stagioni del contratto*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 160, 161.

*conjunto – o conteúdo do contrato, preereniza esta assimetria de forças entre os dois contratantes da fase de contratação para todo o contrato, pela simples ‘adesão’*”.<sup>134</sup>

Segundo Vincenzo Roppo<sup>135</sup>, a assimetria de poder contratual deve depender de fatores fisiológicos (e não de fatores patológicos), pois o mercado seria imperfeito e, portanto, sua fisiologia estaria sempre sujeita a falhas. Roppo explica que se atentarmos para as falhas fisiológicas do contrato - decorrentes das falhas de mercado - poderemos entender que a assimetria contratual pode ocorrer não apenas nos contratos firmados entre profissionais e consumidor, mas também naqueles realizados entre profissionais, em razão das falhas de mercado que colocam um dos profissionais da relação numa posição econômica de inferioridade e desequilíbrio em relação ao outro. Por outro lado, será patológica a assimetria quando estiver ligada à autonomia contratual, a qualquer vício de vontade que diminua ou retire de um dos contratantes a possibilidade de exercício pleno de sua capacidade civil. É o que acontece com os vícios de vontade, de consentimento, os erros que dão ensejo à anulação do ato. Trata-se, portanto, de problemas que podem prejudicar relações contratuais inseridas normalmente em contratos individuais, não em contratos standardizados.

Assim, na conclusão de Roppo, a assimetria fisiológica seria mais facilmente verificada nas relações standardizadas, em razão da posição privilegiada do proponente em relação ao aderente. E segue exemplificando diversas situações em que se verifica a assimetria contratual decorrente do enfraquecimento fisiológico, para além daquela estabelecida entre o consumidor e profissional. Seriam exemplos disso, a situação do franqueado em relação ao franqueador, o distribuidor em relação ao fornecedor (e assim poder-se-ia pensar na situação do agente e do concessionário) e ainda, conforme menciona Roppo, o cliente específico de determinados setores do mercado, em relação à empresa de fornecimento de serviços.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, RT, 7ª edição, 2014, pp. 79.

<sup>135</sup> ROPPO, Vincenzo, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, com qualche elemento di novità*, in *La vocazione civile del giurista – Saggi dedicati a Stefano Rodotà* (a cura di Guido Alpa / Vincenzo Roppo, Laterza Editori, 2013, pp. 178-203.

<sup>136</sup> ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto del duemila*, G. Giachiapelli editore, 2000 (p. 87). Segundo Vincenzo Roppo: “*C’è assimetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibili a tale coppia – come quelle fra subfornitori e committenti, fra agenti e preponente, fra banque e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori – parte con potere contrattuale inferiore.*”

Seria o caso, para alguns, do surgimento de outra categoria de relação contratual denominada *terzo contratto*, categoria esta que se situa para além do contrato comum, em que ambas as partes possuem plena liberdade contratual, e do contrato nitidamente em desequilíbrio, como o firmado entre profissional e consumidor. Este “terceiro contrato” seria também uma espécie de contrato assimétrico. Mas ainda há diferenças, como será visto mais adiante.

O referido autor sustenta ainda, de forma bastante interessante, a perspectiva, num cenário alternativo, como ele próprio refere na obra mencionada, segundo a qual o consumidor não é, necessariamente, o personagem principal da regulação destinada a corrigir falhas de mercado, mas sim perde a sua exclusividade para uma figura mais ampla, daqueles que possuem relações de mercado com outro sujeito que possui uma estrutura de mercado dominante em relação a si. E aí já não interessa se se trata de um consumidor em relação a um profissional ou de uma relação travada entre profissionais, importando, apenas, que haja uma relação de fraqueza mercadológica de uma das partes em relação à outra. Importante dizer, doravante, que Roppo entende, por fim, que o contrato assimétrico surge a partir da teoria do contrato do consumidor, constituindo, entretanto, a sua evolução, o seu futuro.<sup>137</sup>

### 2.2.1 – Situação de vulnerabilidade

Encontra-se em situação de vulnerabilidade toda pessoa que é considerada fraca perante outra em determinada situação, seja ela jurídica ou não, importando neste trabalho a situação de vulnerabilidade de um dos contratantes. No direito italiano é utilizada a expressão *contraente debole*. É de Lorenzo Delli Priscoli a explicação da expressão: “*Un contraente può essere definito ‘debole’ quando abbia un potere contrattuale significativamente inferiore rispetto all’altro contraente, quando, in altre parole, esista un significativo squilibrio di potere contrattuale tra i due contraenti.*”<sup>138</sup>

No direito contratual, são diversas as situações em que não é observada a igualdade substancial entre as partes no momento da contratação. De há muito não vige a máxima segundo a qual “*qui dit contractuel, dit juste*”, pois ao longo da História

---

<sup>137</sup> ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto del duemila*, G. Giachiapelli editore, 2000 (pp. 116-117).

<sup>138</sup> DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *La rilevanza dello status per la protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in: *Rivista del diritto commerciale*, Piccin, n.º 2, 2012, pp. 311-353 (p. 334).

demonstrou-se que os contratos podem representar, muitas vezes, não um instrumento de liberdade, mas, ao contrário, um instrumento de opressão, notadamente quando uma das partes (considerada mais fraca) encontra-se em posição de vulnerabilidade perante a outra (considerada mais forte).

No caso do consumidor, o desequilíbrio da relação contratual é estrutural, é decorrente de sua condição, de sua hipossuficiência técnica e econômica. No caso das empresas, o desequilíbrio decorre, normalmente, de uma situação de dependência econômica, na maioria das vezes (contratos de distribuição) e em algumas delas, na hipossuficiência técnica (concessão de serviços públicos, por exemplo).

Louis Josserand, já em 1950, afirmava que existia uma nova categoria de “fracos” que mereceriam a proteção do direito, (o que denomina de “os fracos modernos”), cuja fraqueza não decorreria de uma característica pessoal, inerente ao seu ser, com os incapazes, por exemplo. Para Josserand, essa fraqueza seria funcional e descontínua, somente se manifestando quando a pessoa estivesse em determinada condição, como o trabalhador em relação ao empregador e os clientes de grandes empresas em relação a estas, por exemplo.<sup>139</sup> A “fraqueza” descrita por Josserand constitui exatamente a vulnerabilidade hoje reconhecida por diversos ramos do Direito.

O reconhecimento desta “fraqueza” terá efeitos importantes, principalmente no que se refere à necessidade de uma proteção em diferentes níveis. Conforme afirma Jean-Pascal Chazal, é necessário, para a proteção da parte mais fraca no contrato, que se reconheçam as diferenças econômicas entre os contratantes, pois, caso contrário, se reconhecermos sempre a igualdade contratual em abstrato, a proteção não será efetiva.<sup>140</sup>

Fernando Noronha discorre sobre o tema afirmando que a necessidade de tutela ao contratante mais vulnerável nasceu de uma constatação impositiva através da observância da necessidade de maior atenção a segmentos que não eram objeto específico de nenhuma legislação anteriormente vigente, como é o caso do consumidor e como é o caso do

---

<sup>139</sup> JOSSERAND, Louis, *A proteção dos fracos pelo direito*, Revista Forense, vol. CXXVIII, fascículo 561, 1950, pp. 363-369 (pp. 367): “*Esses fracos de um novo gênero, fracos modernos, apresentam uma característica que lhes é comum: sua fraqueza não lhes é inerente ao próprio ser, não é permanente e contínua, apresentando-se intermitente e descontínua. É profissional, contratual ou funcional. É função de uma situação determinada. Só se manifesta nos momentos em que o paciente se encontra prêsso à engrenagem de uma ordem econômica ou social determinada e opressiva para ele.*”

<sup>140</sup> CHAZAL, Jean-Pascal, *La protection da la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain*, in: [http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal\\_protection\\_josserand.pdf](http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf), pp. 6: “*Or, il est difficile de concevoir une protection de la partie faible par le droit si l’on refuse de voir les inégalités économiques ente les contractants ou catégories de contractants, si l’on croit à leur égalité abstratite, c’est-à-dire en droit et non pas en fait.*”

trabalhador. Assim afirma Noronha: *“Tanto o Direito do Trabalho como o do consumidor nasceram devido à necessidade de assegurar tutela jurídica adequada a grandes grupos sociais que ficavam ao desamparo, em sociedades organizadas segundo o sistema político-econômico chamado de capitalismo liberal. Elas estavam sujeitas ao império do que os economistas chamam de ‘leis econômicas do mercado’, e também das normas jurídicas paralelamente instituídas, para tutela da livre iniciativa econômica.”*<sup>141</sup>

Poder-se-ia afirmar ainda, conforme leciona Sousa Ribeiro<sup>142</sup>, que é prescindível questionar a posição de inferioridade do aderente num contrato em que incidam cláusulas contratuais gerais, pois seria da essência do regime legal a disparidade econômica entre as partes - ou seja a assimetria de poder contratual. Para o referido autor desimporta que na hipótese concreta se trate de um consumidor face a uma grande empresa ou não, donde podemos concluir facilmente pela sempre necessária tutela do aderente – parte presumivelmente vulnerável - quando estiver envolvido em um contrato submetido ao regime das cláusulas contratuais gerais.

Há que se destacar ainda que a vulnerabilidade é diferente da hipossuficiência, pois a vulnerabilidade representará, sempre, uma situação de fraqueza de uma parte em relação à outra enquanto a hipossuficiência poderá ocorrer ou não, já que não se dá necessariamente no campo econômico, podendo ocorrer hipossuficiência informativa ou mesmo técnica. É como afirma Flavio Tartuce: *“O que se percebe, portanto, é que o conceito de vulnerabilidade é diverso do de hipossuficiência. Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente.”*<sup>143</sup>.

### 2.2.2 – Assimetria econômica

A assimetria econômica é um fenômeno que ocorre quando, em uma relação contratual, uma das partes possui uma posição economicamente, financeiramente muito mais vantajosa que a outra, o que pode ocasionar a imposição de condições ou situações desfavoráveis à parte mais fraca, pela parte mais forte.

A assimetria econômica, por si só, não representa um dos maiores problemas que

---

<sup>141</sup> NORONHA, Fernando, *Direito das Obrigações*, Saraiva, 3ª edição, 2010, pp. 356.

<sup>142</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Supl. do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, sep. ao vol. 35, 1990.

<sup>143</sup> V. TARTUCE, Flávio, *Função social dos contratos*, Método, 2007, pp. 110 e 112.

podem ocorrer numa relação comercial, pois é suposto uma pessoa singular adquirir bens de uma grande empresa, por exemplo. A distorção ocasionada pela assimetria econômica relaciona-se mais com a ausência ou pouca disponibilidade de meios daquele que se encontra em posição economicamente desvantajosa perante a outra parte no contrato, acarretando uma discrepância de poder que pode conduzir ao desequilíbrio contratual nocivo.

Não é verdade, portanto, que na totalidade dos casos em que seja observada discrepância econômica entre as partes num contrato ocorram automaticamente problemas estruturais na relação contratual. Nas hipóteses em que o contrato for cumprido de forma esmerada por ambas as partes não será relevante a diferença de poderio econômico entre elas. Doravante, em grande parte dos casos - e são justamente estes os que aqui interessam - a existência de uma disparidade de poder financeiro entre as partes de um contrato é que vai contribuir, significativamente, para a caracterização da assimetria econômica e, conseqüentemente, para o desequilíbrio contratual desvantajoso para a parte economicamente mais fraca.

O reconhecimento de tal fenômeno, isoladamente ou acompanhado de outras formas de assimetria, é o ponto nodal que se pretende avaliar, na medida em que muitos dos agentes envolvidos em contratos de adesão não são, necessariamente, fracos economicamente perante o predisponente. É o caso dos distribuidores que se encontram sob a forma de grandes empresas, quiçá maiores que a do produtor.

### **2.2.3 - Assimetria informativa**

A assimetria informativa pode ser definida como a disparidade de conhecimento acerca do conteúdo de determinada cláusula contratual que coloca uma das partes, obviamente a que detém as informações que a outra ignora, automaticamente em estado de vantagem. Isto acontece naturalmente nos contratos realizados por adesão ou com recursos às cláusulas contratuais gerais, mormente os contratos firmados com consumidores. Trata-se de uma falha na interação entre as partes, capaz de ocasionar vantagem injusta a uma delas, desequilibrando a relação contratual ab initio.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> AKERLOF, George A., *The market for Lemons: Quality Uncertainty and The Market Mechanism*, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500. In: <http://www.econ.yale.edu/~dirkb/teach/pdf/akerlof/themarketforlemons.pdf>. No clássico trabalho de Akerlof, autor ganhador do prêmio Nobel em 2001, juntamente com Joseph E. Stiglitz e A. Michael Spence por

A assimetria informativa, ou informacional não pressupõe que uma das partes seja tecnicamente inferior à outra, porém, presume que relativamente a determinada negociação específica haja um conhecimento qualitativa ou quantitativamente superior de uma das partes, que, ao se sobrepor ao conhecimento do outro, representa um fator de desestabilização da relação contratual.

Conforme afirma Nuno Manuel Pinto Oliveira, a propósito da mecânica dos contratos de adesão, haverá sempre uma assimetria de cunho informativo, em alguma medida, entre o predisponente e o destinatário, da mesma forma que haverá quase sempre entre estes uma assimetria econômica.<sup>145</sup> Isto porque, no que se refere especificamente à assimetria de informação, o predisponente, em primeiro lugar, já conhece as cláusulas contratuais por ser o seu autor; o destinatário, por sua vez, só as conhecerá se lhe for dada ciência inequívoca a respeito.

Dentro da situação de assimetria informacional, merece destaque a situação de informação privada, ou seja, que somente uma das partes detém e que reduz a possibilidades da parte contrária de enfrentamento da questão. A informação privada pode decorrer de uma série de situações, como por exemplo, em razão de conhecimentos técnicos específicos, características naturais ou experiências profissionais, entre outros. A distorção em razão de tal fato acarretará para uma das partes a impossibilidade de saber, especificamente, o que está contratando, já que somente a outra parte detém o conhecimento necessário para tal e não o transmite propositalmente, beneficiando-se unilateralmente da situação.

Ressalte-se, ainda, a classificação de Direito Econômico sobre informação assimétrica, que considera tal expressão um gênero, bipartido em duas espécies, quais sejam, a Seleção Adversa e o Risco Moral (*Moral Hazard*). A Seleção Adversa surge na fase pré-contratual e consiste no fato de o consumidor escolher (selecionar) de forma incorreta determinados bens e/ou serviços no mercado, justamente por não deter

---

"análises sobre mercados com informações assimétricas" e por "avanços na análise dos mercados e do controle de informação", este afirmava a situação de assimetria informacional existente no mercado americano de veículos usados, no qual somente o vendedor dispunha de informações sobre o real estado do veículo, motivo pelo qual os compradores não se dispunham a pagar um bom preço, já que não sabiam se estavam a adquirir um bom carro ou um "lemon" (gíria utilizada para descrever um carro-problema). Assim, os vendedores acabavam por não oferecer no mercado os melhores carros, mas apenas os "lemons" e os compradores ofereciam valores cada vez mais baixos, causando enorme distorção no referido Mercado em razão a assimetria informacional.

<sup>145</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Contratos de adesão nas relações entre empresas – anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de fevereiro de 2005 (processo n.º 1575/05, 1ª Secção)*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense n.º 15, 2012, pp. 239-254 (pp- 243-244).

informações apropriadas a respeito, restando prejudicado, a posteriori. O Risco Moral (*Moral Hazard*) surgiria na fase do cumprimento contratual e referir-se-ia a problemas de ação oculta (*Hidden Action*). Neste caso, a problemática decorre da dificuldade de uma das partes monitorar o comportamento da outra durante o cumprimento do contrato, existindo a possibilidade de que uma das partes, justamente aquela cujo comportamento dever-se-ia monitorar, passe a agir de forma contrária ao que fora inicialmente contratado, prejudicando a contraparte. Uma terceira subespécie a considerar seria o *Herd Behavior*, que consiste num verdadeiro “comportamento de manada”, ou seja, quando uma determinada coletividade, por não deter informações apropriadas sobre determinado produto ou serviço, comporta-se de maneira igual, imitando uns aos outros sem saber porquê (ex: mercado de ações).

Constitui um efeito da assimetria informativa a insuficiência informativa que, segundo Fernando Araújo, converte-se, ao fim e ao cabo, num peculiar “custo de transação”, onerando uma das partes e impedindo a existência de condições ideais, equilibradas, de contratação.<sup>146</sup> Tal fenómeno tornará a relação contratual desequilibrada, no fim das contas, uma relação injusta.

A assimetria informativa, conforme menciona Carvalho Fernandes, decorre, muitas vezes, da própria complexidade de redação das cláusulas contratuais gerais, retirando do aderente a possibilidade de compreensão clara e dificultando, conseqüentemente, o seu conhecimento sobre o objeto ao qual acabou por vincular-se.<sup>147</sup> Tal modalidade de assimetria ou falha deve ser corrigida através da imposição de deveres contratuais anexos com, por exemplo, deveres de informação e comunicação, que serão vistos a seguir.

### **2.2.3.1 – A comunicação das cláusulas contratuais gerais**

Encontra-se previsto expressamente no art. 5º do Decreto-Lei 446/85 e sua diretriz no art.º 5º da Diretiva comunitária n.º 13/93 o dever do predisponente em comunicar aos aderentes as cláusulas gerais efetivamente inseridas nos contratos com eles firmados. Sendo fruto da evidente assimetria informativa que se presume existir entre o

---

<sup>146</sup> ARAÚJO, Fernando, *Teoria económica do contrato*, Almedina, 2007, pp. 28-284.

<sup>147</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2ª edição, Universidade Católica de Lisboa, 1996, pp. 270: “... a complexidade e a rigidez dos conjuntos de cláusulas contratuais gerais, também em regra muito extensos e pormenorizados, podem constituir perturbantes factores de dificuldade no seu conhecimento e na compreensão do regime contratual a que as partes efectivamente se vinculam.”

predisponente e o aderente, não deixa de significar uma tutela adicional ao aderente no momento da contratação. Doravante, muitos são os problemas encontrados na redação e no conteúdo do referido dispositivo. O primeiro deles diz respeito à já conhecida dificuldade de aplicação de conceitos subjetivos e imprecisos.

Primeiramente, no n.º 2 do art. 1.º encontra-se previsto que: “*A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência*”. Ora, se já o primeiro dos conceitos (*modo adequado*) é de difícil definição (embora pudesse muito bem ser especificado mais amiúde), não se pode dizer exatamente o mesmo do segundo (*com a antecedência necessária*). Mas o que vai gerar ainda mais dificuldade é mesmo o a expressão “*por quem use de comum diligência*”. Analisemos tais conceitos separadamente, portanto.

Quando a lei diz que a comunicação deve se feita “*de modo adequado*”, naturalmente o que se pretende é certificar-se de que o aderente tomou conhecimento da existência e inserção da(s) cláusula(s) no contrato, impondo tal ônus ao predisponente (como pode ser visto no n.º 3 do mesmo artigo). Entretanto, devido à imprecisão do termo utilizado, caberá ao aplicador da lei, no caso concreto, utilizar a sua interpretação e convicção do que considera “adequado”. Naturalmente ficam descartadas as discrepâncias absolutas, a falta de colaboração, a ausência de cumprimento mínimo do texto legal. Entretanto, pode haver uma grande lacuna entre o que o predisponente considera adequado e o que o aderente considera como tal. O senso comum nos diz que para que uma conduta seja adequada, ela deve ser razoável. Porém, a noção de senso comum é, por si só, deveras subjetiva. E também a de razoabilidade. O que pode ser mais útil na prática é utilizar a noção de adequação como sinónimo do estrito cumprimento do dever imposto pela lei. Ou seja, se a lei manda que o aderente seja informado do conteúdo das cláusulas contratuais pelo predisponente, desde que este se assegure de que o aderente teve plena ciência das referidas cláusulas.

Além disso, conforme leciona Carvalho Fernandes, a comunicação deve ser feita de forma integral, motivo pelo qual menciona um “dever de comunicação integral”, que decorreria naturalmente da leitura do n.º 1 do art. 5.º da LCCG.<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2ª edição, Universidade Católica de Lisboa, 1996, pp. 274.

Subjacente a esta questão, nasce outra que diz respeito à comunicação e prende-se com o fato de saber se basta que o aderente tome conhecimento da existência das cláusulas ou se o predisponente precisa demonstrar que deu-lhe ciência sobre o teor do conteúdo e que este compreendeu. Ou seja, trata-se de saber se a comunicação deve ser total e efetiva ou apenas formal. Parece que, para uma parte significativa da doutrina, a comunicação representa uma obrigação de meio e não uma obrigação de resultado.<sup>149</sup> Assim sendo, a obrigação do predisponente não deveria ser considerada ilimitada, mas sim suficiente a certificar-se de que o aderente recebeu o teor das cláusulas inseridas e não de que efetivamente compreendeu o seu significado.

Parece limitada a orientação da doutrina, pois se o dever de comunicação consiste em assegurar que o aderente conhece efetivamente o teor das cláusulas inseridas no contrato a que vai aderir, não parece correto o entendimento no sentido de que ao predisponente cabe apenas a prova de que o aderente tomou conhecimento da existência das cláusulas, pois isto não significaria o cumprimento do dever de comunicação completa e efetiva, como expresso na lei, mas sim apenas uma comunicação formal. A menos que se entenda que o dever de comunicação é totalmente divorciado do dever de informação e que somente neste é contida a obrigação de certificar se que o aderente tomou ciência do conteúdo do contrato, ou melhor, do conteúdo das cláusulas contratuais gerais.

Quando ao requisito da temporalidade, parece que a lei mais uma vez pecou pela subjetividade quando, ao menos neste caso, não era necessário. Quando a lei determina que o predisponente, além de comunicar ao aderente as cláusulas contratuais gerais de forma adequada, o faça “*com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu (do aderente) conhecimento completo e efetivo*”, não indica em que consistiria a “antecedência necessária”, dando ensejo, com mais este conceito impreciso, a interpretações dúbias. Não seria difícil fixar um prazo mínimo de antecedência para a referida comunicação, o que resolveria a questão e afastaria qualquer tipo de interpretação subjetiva. Não se compreende o porquê de o legislador não tê-lo feito. E tampouco se justifica a ausência da fixação de um prazo pela diferença de complexidade que os mais diversos tipos de contrato

---

<sup>149</sup> COSTA, Mário Julio de Almeida, *Nótula sobre o regime das cláusulas contratuais gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, Sep. de: "Direito e Justiça" - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. 11, Tomo 2, 1997 (p. 28). No mesmo sentido também: CORDEIRO, António Menezes, / COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Cláusulas Contratuais Gerais – anotação ao decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, 1991 (p. 24).

podem mostrar, pois em se tratando de cláusulas contratuais gerais, estas já se encontram previamente redigidas, portanto, não se consegue perceber qualquer dificuldade ou ônus acrescido por parte do predisponente. E quanto ao aderente, se o que a regra em questão pretende é a comunicação, não se percebe em que um contrato com maior ou menor complexidade não possa ser lido em algumas poucas horas. Assim sendo, entendemos que o legislador português perdeu uma boa oportunidade de suprimir uma expressão imprecisa por uma que traria muito maior segurança por evitar, notoriamente, conflitos de opinião.

Ainda no que tange às expressões utilizadas no artigo em comento, cabe destacar a expressão “comum diligência”. Pretende o legislador aqui, claramente, evitar a imputação de um ônus mais pesado ao predisponente. A ideia parece ter sido a de limitar o dever de comunicação do predisponente a uma obrigação mediana, ou seja, assegurar que o dever do predisponente de comunicar as cláusulas contratuais gerais corresponde à obrigação do aderente em receber de forma atenta a referida comunicação. Segundo a doutrina costuma dizer, esta norma seria dirigida ao “homem médio”, ou de comportamento médio, ou ainda, numa expressão mais que arcaica e deveras obsoleta, ao “bom pai de família”. Todas estas expressões possuem um caráter absolutamente abstrato, subjetivo e inserem um fator de dificuldade acrescida à solução da questão. Mais uma vez parece mais seguro, se é que se pode assim dizê-lo, recorrer-se ao critério da razoabilidade como parâmetro para a aferição desta “diligência”.

Guido Alpa, manifestando-se a respeito da transposição da diretiva 93/13, em especial o artigo 5.º que determina que as cláusulas contratuais transcritas deverão ser redigidas de forma “clara e compreensível”, também questiona a respeito da utilização de expressões subjetivas e sequer responde aos seus próprios questionamentos. Ele se pergunta se o critério a ser utilizado será o do “consumidor”, do “bom pai de família”, enfim, todos estes imprecisos critérios subjetivos previstos na Diretiva em questão.<sup>150</sup>

Em suma, o dever de comunicação deve ser sempre efetivo, cabendo lembrar que a consequência mais grave da violação do dever de comunicação é a própria desconsideração da cláusula cujo teor não foi devidamente comunicado e que o ônus respectivo é, naturalmente, do aderente.

---

<sup>150</sup> ALPA, Guido, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano. a.43, n.º 4 (Dicembre) 1999, p. 1.173-1.200 (p. 1.184).

### 2.2.3.2 – O dever de informação

Diretamente ligado ao dever de comunicação está o dever de informação. O art. 6.º da LCCG consagra o dever de informação do contratante que utiliza cláusulas contratuais gerais, determinando expressamente a necessidade de esclarecimento sobre o seu conteúdo. Assim sendo, tem-se um primeiro comando legal de prestação da informação, de forma espontânea pelo contratante e um segundo comando que garante o primeiro, que diz respeito à possibilidade de a contraparte exigir esclarecimentos, quase que assumindo a má prestação da informação que deveria ter ocorrido de forma clara.

Não se trata apenas de dispor expressamente sobre o conteúdo da cláusula, mas sim de informar de modo claro e preciso, a fim de garantir que o outro contratante compreenda efetivamente.

Além de tal dispositivo, também o art. 5.º da Diretiva 93/13/UE o art. 8.º da Lei n.º 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor) e o art. 573.º do Código Civil dispõem sobre o dever de informar, em suas respectivas esferas de aplicação. As regras relativas ao dever de informação foram especialmente modificadas pela Lei 47/2014, que procede à 4.ª alteração da Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96), no sentido de adequá-la aos termos da diretiva 2011/83/UE, mormente no seu art. 2º, que modifica o art. 8º da referida lei.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> Com o advento da Lei 47/2014, o art. 8º da Lei 24/96 passou a ter a seguinte redação:

“Artigo 8.º (...)

*1 - O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto, nomeadamente sobre: a) As características principais dos bens ou serviços, tendo em conta o suporte utilizado para o efeito e considerando os bens ou serviços em causa;*

*b) A identidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços, nomeadamente o seu nome, firma ou denominação social, endereço geográfico no qual está estabelecido e número de telefone;*

*c) O preço total dos bens ou serviços, incluindo os montantes das taxas e impostos, os encargos suplementares de transporte e as despesas de entrega e postais, quando for o caso;*

*d) O modo de cálculo do preço, nos casos em que, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser calculado antes da celebração do contrato;*

*e) A indicação de que podem ser exigíveis encargos suplementares postais, de transporte ou de entrega e quaisquer outros custos, nos casos em que tais encargos não puderem ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato;*

*f) As modalidades de pagamento, de entrega ou de execução e o prazo de entrega do bem ou da prestação do serviço, quando for o caso;*

*g) O sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo profissional, bem como, quando for o caso, sobre os centros de arbitragem de conflitos de consumo de que o profissional seja aderente, e sobre a existência de arbitragem necessária;*

*h) O período de vigência do contrato, quando for o caso, ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua denúncia ou não renovação, bem como as respetivas consequências, incluindo, se for o caso, o regime de contrapartidas previstas para a cessação antecipada dos contratos que estabeleçam períodos contratuais mínimos;*

No Decreto-Lei 24/2014, de 14 de Fevereiro, o legislador português passou a prever a exigência de informação mais detalhada e específica ao consumidor, reforçando assim o dever de informação pré e pós contratual, pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro traduz em diversos dispositivos a importância de se observar o dever de informação, conforme pode ser visto nas regras sobre a oferta (nomeadamente no art. 31), sendo prevista a estrita necessidade de observância do dever de informação, esclarecendo-se detalhadamente ao consumidor o conteúdo da cláusula contratual, sob pena de invalidade da mesma e ainda nas regras sobre publicidade (arts. 36 a 38), vedando-se a propaganda enganosa e abusiva (art. 37, especificamente).

Por fim, devemos sempre lembrar que o dever de informação constitui um dos meios de conferir proteção acrescida ao consumidor, devido à sua posição presumidamente mais fraca na relação contratual.<sup>152</sup>

### **2.2.3.3 – A efetividade da comunicação/informação**

A problemática maior que envolve tanto o dever de comunicação como o de informação prende-se com o fato de se estabelecer qual seria o alcance da efetividade de tais deveres.

Os problemas ocasionados pela falta de informação adequada são tão graves e capazes de causar tantas distorções nas relações contratuais que as legislações aplicáveis determinam a necessidade de comprovação, de um nível alto de segurança quanto à

---

*i) A existência de garantia de conformidade dos bens, com a indicação do respetivo prazo, e, quando for o caso, a existência de serviços pós-venda e de garantias comerciais, com descrição das suas condições;*

*j) A funcionalidade dos conteúdos digitais, nomeadamente o seu modo de utilização e a existência ou inexistência de restrições técnicas, incluindo as medidas de proteção técnica, quando for o caso;*

*k) Qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais, quando for o caso, com equipamentos e programas informáticos de que o fornecedor ou prestador tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, nomeadamente quanto ao sistema operativo, a versão necessária e as características do equipamento;*

*l) As consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço.*

*(...)*

*8 - O disposto no n.º 1 aplica-se também aos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, aos de aquecimento urbano ou aos de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material.”*

<sup>152</sup> Como outros exemplos desta proteção acrescida temos, ao lado do dever de informação, os deveres de esclarecimento e de comunicação adequada, atempada e integral, este último já visto no tópico anterior.

efetividade da comunicação. Ou seja, exige-se que a informação não seja apenas fornecida, mas principalmente que a parte a quem é destinada, esteja perfeitamente ciente de seus termos.

Os mecanismos a serem utilizados, doravante, são uma dúvida que a doutrina não é capaz de sanar.

A importância da efetividade de cumprimento do dever de informação revela-se como instrumento principal de capacitação do consumidor enquanto agente do mercado. O consumidor informado é mais dono de si e de suas escolhas. O fato de possuir informações adequadas e suficientes permite-lhe melhores opções e menos distorção de mercado, devido à diminuição da possibilidade de enganos.

Entretanto, reconhece-se, em contrapartida, que a imposição do dever de informação ao fornecedor de serviços, ao empresário, ao mesmo tempo retira do poder público uma parcela de responsabilidade pelas distorções de mercado e pela fiscalização respectiva, bem como transfere ao próprio consumidor o peso de ser guardião de seus atos, já que se presume informado quando este dever for teoricamente cumprido pelo fornecedor de produtos e serviços.

Há que se ter cuidado, portanto, com as “presunções” e com as “dispensas” criadas pela lei, (no caso específico o Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro) capazes de fomentar situações em que o consumidor, em vez de ser mais protegido pelo dever de informação, seja menos do que o necessário à sua efetiva ciência dos termos contratuais, subvertendo-se, desta forma, o sentido da mudança legislativa e a obrigação de se informar de forma plena o consumidor.<sup>153</sup>

## **2.3 – Teorias acerca da assimetria contratual**

### **2.3.1 – Teoria da assimetria contratual**

Conforme leciona Emanuela Navarretta, a origem do *contratto asimmetrico* tem lugar a partir do estudo mais aprofundado do abuso de dependência econômica.<sup>154</sup> Mas

---

<sup>153</sup> Destaque-se o texto absolutamente impreciso do art. 6.º, n.º 3 do Decreto-Lei 24/2014, de 14 de Fevereiro, cujos termos dispõem que o fornecedor encontra-se “dispensado do dever de confirmação do contrato” se, antes da celebração do mesmo fornecer ao consumidor informações pré-contratuais em “suporte duradouro”.

<sup>154</sup> NAVARRETTA, Emanuela, *Luci e ombre nell’immagine del terzo contratto*, in: Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 317-330 (p. 317).

podemos afirmar que não se trata apenas disso, havendo outras situações que não dependem apenas da configuração do referido abuso.

A partir do advento da doutrina que explica a relação assimétrica e a necessidade de proteção do contratante enfraquecido, é possível utilizar-se parâmetros legais de distinção e de proteção, padrões já existentes, sendo desnecessária a observação de uma nova categoria contratual distinta, com regramento específico, conforme parece ser o objetivo da teoria do *terzo contratto*.

Para autores como Pietro Perlingieri, o fato de uma das partes no contrato ser caracterizada como a parte mais fraca, o que indica como *debolezza contrattuale*, não pressupõe necessariamente a reconstrução da noção de parte contratual, tampouco justifica a criação de uma nova categoria de contratos. Aliás, o referido autor indica que não vê como uma prioridade a busca de novas técnicas e categorias contratuais em razão de uma suposta nova realidade em termos de contrato.<sup>155</sup>

É de se perquirir, portanto, a utilidade prática e jurídica do reconhecimento da assimetria contratual.

Segundo Salvatore Mazzamuto, a proposta de Regulamento do direito comum europeu relativo a compra e venda<sup>156</sup> traz uma sinalização no sentido do reconhecimento da teoria do contrato assimétrico, admitindo a sua aplicação nas relações entre empresas, em que uma delas seja considerada micro ou média empresa, de acordo com os requisitos ali elencados. Entretanto, segundo o mesmo autor, tal reconhecimento é mais aparente que real, na medida em que, ao tratar da relação entre duas empresas, diferencia-a da relação entre duas pessoas singulares.<sup>157</sup>

Neste tocante, é importante a lição de Giuseppe Amadio no sentido de reconhecer

---

<sup>155</sup> PERLINGIERI, Pietro, *Nuovo profili del contratto*, In: Rivista Critica del Diritto Privato, Napoli, a.19, n.º 2-3 (Giugno-Settembre 2001), p. 223-246. Na p. 244, o autor faz as seguintes afirmações: “*Debolezza economica di una parte, utente qualsiasi o imprenditore satellite, collegata posizione dominante e suo abuso spesso si evincono proprio dall'accettazione di condizioni sperequate che sono già di per sé, se non sicura prova, serio indizio di debolezza contrattuale. Ne deriva la necessità di ricostruire la nozione di parte del contratto, non in termini generali e astratti, ma sottolineando le peculiarità di fatto e di diritto soggettive e oggettive che in concreto caratterizzano quel contraente senza per questo giungere necessariamente a creare categorie contrattuali che abbiano fondamento in queste peculiarità.*” E segue afirmando, na p. 246, que: “*(...) la ricerca di nuove tecniche e di nuovi modelli, pur apprezzabile, non deve necessariamente proporsi come una priorità assoluta.*”

<sup>156</sup> Proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda, apresentada no dia 11 de Outubro de 2011 pela Comissão Europeia, tendo por objetivo promover o direito contratual dos Estados-Membros no funcionamento do mercado único europeu.

<sup>157</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in: Europa e diritto privato, Giuffrè Editore, n.º 04, 2011, pp. 861/909 (pp. 907/908).

que a assimetria contratual, seja ela nas relações de consumo, seja ela nas relações entre empresários em que um deles seja considerado a parte mais fraca, reflete um verdadeiro abuso da autonomia contratual, requerendo, portanto, que a questão seja dirimida pelo Poder Judiciário, muitas vezes com base em critérios de equidade.<sup>158</sup>

A questão que se coloca no que se refere à definição da categoria em que se enquadram as relações assimétricas é justamente a de saber que tratamento deve-se dar a determinadas relações, dependendo da tipologia em que melhor se enquadra.

A teoria do contrato assimétrico abrangeria todas as relações contratuais com assimetria de poder, sejam elas relações de consumo – relação assimétrica por excelência – ou outras relações contratuais entre empresários em que um deles seja, evidentemente, a parte mais fraca.

Portanto, dependendo do enquadramento jurídico que se dê a determinada relação contratual – entendendo ser ela um contrato assimétrico ou não, saber-se-á, à partida, que regramento aplicar, notadamente em relação a cláusulados gerais, que é o ponto que nos interessa no presente trabalho. A partir destas delimitações será possível dizer se aplicamos a dinâmica dos cláusulados entre empresários ou a dos cláusulados entre empresários e consumidores, devido a um reconhecimento eventual de fragilidade de uma das partes.

### **2.3.2 – Teoria do *terzo contratto***

Em Itália, há na atualidade uma forte tendência ao reconhecimento do *terzo contratto*, teoria que surge a partir da edição de diversos diplomas legislativos que regulam, entre outras coisas, o abuso de dependência econômica, como é o caso da *Legge 192/1998*.

A concepção parte da premissa de que o “*primo contratto*” seria aquele firmado de maneira equilibrada, entre partes que possuem as mesmas características e informações e através do exercício pleno da liberdade contratual; trata-se dos contratos comuns, realizados de forma paritária e a cujo termo definitivo precedido por uma negociação prévia satisfatória para ambas as partes, conforme prevêm tanto o Código Civil como o Código Comercial. O tipo conhecido por “*secondo contratto*” seria aquele em que uma das partes é mais fraca que outra, normalmente as relações firmadas entre empresários e

---

<sup>158</sup> AMADIO, Giuseppe, *Il terzo contratto. Il problema*. in: *Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 09-30 (pp. 15-16).

consumidores. Nenhuma dessas figuras, doravante, supriria a ausência de uma categoria contratual que enquadre as situações em que uma das partes encontra-se em posição mais fraca e, portanto, desfavorável perante a outra, mas que não seja consumidora, como é o caso dos contratos firmados entre empresas, em que uma delas sofre de dependência econômica em relação à outra. É a partir daí que surge a figura do *terzo contratto*, justamente com o objetivo de suprir a lacuna legislativa existente no que se refere a contratos firmados entre empresários, nos quais se verifique um desequilíbrio econômico entre eles.

Vicenzo Roppo se posiciona, inicialmente, contra a dicotomia entre a teoria do contrato assimétrico e a do *terzo contratto*, afirmando que: “*La divergenza fra i due modelli ricostruttivi è chiara: la teoria del ‘terzo contratto’ implica che contrato del consumatore e contrato asimmetrico fra professionisti corrispondano a paradigmi contrattuali significativamente diversi, che è bene tenere distinti anche nel nome (o meglio, nella numerazione!); io mi muovo piuttosto nell’ordine di idee che le grandi linee di disciplina del contrato B2C e quelle del contrato asimmetrico B2B siano abbastanza sovrapponibili, da consentire di convogliare all’interno di un único e sostanzialmente homogêneo paradigma, che chiamo ‘contrato asimmetrico’.*” Entretanto, mais adiante na mesma obra, admite que poderia “mudar de ideia” e aceitar tal classificação, admitindo que há argumentos que demonstram a diferença de paradigma entre os contratos entre empresários e consumidores e entre empresários com diferença de poder, o que justificaria, em tese, a categoria autônoma denominada *terzo contratto*. De qualquer sorte, Roppo arremata a questão afirmando que a teoria do *terzo contratto* acaba por fomentar o fragmentarismo do sistema contratual., enquanto a teoria do contrato assimétrico se baseia na composição unitária deste mesmo sistema, donde podemos concluir que parece ser mais simpático à teoria do contrato assimétrico.<sup>159</sup>

A preocupação existente no que se refere à admissão da figura do *terzo contratto* é a de evitar que, ao conferir tamanha proteção a relações contratuais firmadas entre empresários – e, em última análise, à regulação dos mercados, da concorrência livre - não se esteja, de forma paradoxal, a violar o princípio da livre concorrência e da própria liberdade econômica e contratual, o que traduz situação bastante delicada e que ainda precisa ser pensada.

---

<sup>159</sup> ROPPO, Vicenzo, *Il Contratto del duemila*, G. Giachiapelli editore, 2000 (pp. 120-121 e 123).

Para Roberto Pardolesi<sup>160</sup> a tendência de tal doutrina é estender-se às microempresas, que se colocam em posição enfraquecida perante alguns fornecedores de produtos e serviços.

A questão da qual se deve partir é: as relações estabelecidas entre empresários, na qual um deles esteja em posição econômica desfavorável devem ser consideradas inseridas em uma nova categoria intitulada *terzo contratto*, ou simplesmente devem ser consideradas, como quer Roppo, parte da categoria de contrato assimétrico? Quais seriam as implicações da assunção de cada posição? Em que implicariam no que se refere à aplicação das cláusulas contratuais gerais?

Roppo<sup>161</sup> cita a opinião de Zoppini<sup>162</sup> a este respeito, mas coloca-se plenamente favorável ao posicionamento de que trata-se tão somente de um contrato assimétrico. Também menciona o posicionamento de Denozzi e da mesma forma afasta as justificativas apresentadas, combatendo-as sob o argumento de que o contrato assimétrico serve de forma muito mais adequada a responder aos anseios da categoria aventada. Roppo replica todas as explicações de Zoppini a respeito da teoria sobre o *terzo contratto* e o contrato assimétrico, pois as razões de Zoppini à hipótese do *terzo contratto* seriam baseadas no fato de que, nos contratos firmados com consumidores, a lei não reage na presença de um preço desequilibrado. Para Roppo, ao contrário, tal premissa não só não é verdadeira como só poderia sê-lo se a premissa oposta também o fosse, ou seja, se fosse possível afirmar que nas relações entre empresários a lei reage aos preços desequilibrados praticados contratualmente entre as partes.

Mas Roppo levanta ainda mais uma questão: seria preferível um quadro normativo baseado na fragmentação de figuras jurídicas, em que se crie mais uma figura relativa às relações estabelecidas entre empresários, como sendo algo totalmente diverso das relações estabelecidas entre consumidores e empresários? Vejamos.

---

160 PARDOLESI, Roberto, *I contratti per l'impresa - I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia* G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), Il Mulino Editori, pp. 624, anno di pubblicazione 2013.

161 ROPPO, Vincenzo, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, com qualche elemento di novità*, in “La vocazione civile del giurista – Saggi dedicati a Stefano Rodotà” (a cura di Guido Alpa / Vincenzo Roppo), Laterza Editori, 2013, pp. 178-203.

162 ZOPPINI, Andrea, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in: *Rivista di diritto civile*, Padova, a.54 n.5 (Settembre-Ottobre), 2008, *Parte Prima*, p. 515-541.

Como já dito, a teoria do *terzo contratto*<sup>163</sup> baseia-se na premissa de que existem três tipos de relações contratuais no que se refere à igualdade ou não de condições entre as partes e de que existiriam, portanto, relações contratuais estabelecidas entre contratantes considerados iguais e regidas pelo direito contratual vigente, relações contratuais entre pessoas com evidente disparidade de poder, existindo uma proteção jurídica diferenciada e especial e uma terceira categoria de relação contratual que seria aquela estabelecida entre pessoas com poderio econômico similar, em tese, mas que, por alguma peculiaridade, uma delas acaba por ser mais fraca naquela relação contratual especificamente constituída, normalmente entre empresas. Tanto o segundo quanto o terceiro tipos de relação contratual configurariam relações contratuais assimétricas, sendo que para o segundo tipo – no qual se enquadram, basicamente, as relações de consumo e outras relações contratuais como as relações de trabalho, por exemplo, haveria um regramento legal específico e protetor da relação contratual de modo a reestabelecer o equilíbrio inicialmente inexistente entre as partes.<sup>164</sup>

Doravante, para o terceiro tipo de relação contratual, também assimétrica, não existiria um regramento legal específico capaz de proteger a parte considerada mais fraca, de modo que esta teoria considera necessária a criação de uma nova categoria contratual – o *terzo contratto* – através da qual dar-se-ia o tratamento legal adequado às partes e à própria relação contratual de modo a garantir a manutenção do equilíbrio contratual e evitar a causação de prejuízo a uma das partes ou a injustiça da relação. Este terceiro tipo de relação contratual dar-se-ia principalmente nas relações estabelecidas entre empresários em que um deles seja considerado a parte fraca, já que este tipo de relação contratual não se enquadra em nenhum dos outros dois tipos existentes.

É necessário, entretanto, questionar sobre que tipo de problema pretende-se resolver através da adoção de uma nova categoria contratual, a categoria determinada

---

<sup>163</sup> A expressão “*terzo contratto*”, em verdade, foi atribuída a Roberto Pardolesi, que a utilizou no prefácio da obra de G. Colangelo intitulada “*L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*”, de 2004, conforme explica Giuseppe Amadio em seu texto *Il terzo contratto. Il problema*. in: *Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 09-30 (p. 09).

<sup>164</sup> PIRO, Elisabetta, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Dike Giuridica Editrice, 2013, p. 145: a autora parece entender que ao lado do *primo contratto* que, seria o contrato comum do direito civil e comercial, existiria o *secondo contratto*, que seria, na verdade, o contrato assimétrico e que o *terzo contratto* seria uma categoria autônoma. Em suas palavras: *á fronte del riconoscimento di queste due polarità del diritto civile, quella occupata dalla disciplina del contrato in generale e del contrato asimmetrico, infatti, ‘ si è mossa la ricerca della ‘ terra di mezzo’, di un’area intermedia accupata in ipotesi dal terzo contratto’ che, in via di prima approssimazione, potremmo dire coincidente con la disciplina dei contratti B2B.”*

“terzo contratto” e qual a relevância da criação desta, se somente para efeito de denominação acadêmica ou se através da criação de tal acategoria criar-se-ia um conjunto de regras alicáveis a este tipo de relação.

Acerca de tal questionamento, com muita propriedade afirma Rosario Franco: “*In questa convinzione trova fondamento la necessità di una preventiva individuazione del tipo di problema che si intende risolvere attraverso il ricorso al concetto di ‘terzo contratto’. E cioè: se, sulla base delle disposizioni normative nelle quali il fenomeno è evocato o è presupposto, sia ricavabile una categoria unitaria che possa rappresentare l’antecedente logico-domatico dell’operatività di una comune disciplina.*”<sup>165</sup> E a mesma autora segue afirmando que alguns doutrinadores consideram essa terminologia uma classificação inútil e que se, por um lado, a terminologia “terzo contratto” na verdade, parece um termo “mágico”<sup>166</sup>, “fascinante e sugestivo” que aparenta induzir a um aprofundamento do argumento, por outro, mais parece representar uma “nova onda” surgida entre os doutrinadores.<sup>167</sup>

Segundo Rita Marsico, a figura do *terzo contratto* pretenderia resolver a situação de desequilíbrio contratual havida entre dois empresários com poderio econômico diferente. Porém, segund a autora, a terminologia *terzo contratto* teria valor acadêmico apenas, conforme menciona expressamente: “*In altri termini il terzo contratto sarebbe una disciplina in fieri, ma dalla valenza meramente descrittiva, funzionale ad esigenze didattico-didascaliche.*”<sup>168</sup>

Pasquale Femia possui interessante posicionamento no sentido de que as expressões primeiro, segundo e terceiro contrato não são definidoras, mas apenas

---

<sup>165</sup> FRANCO, Rosario, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*. CEDAM, 2010, p. 13.

<sup>166</sup> AMADIO, Giuseppe, *Il terzo contratto. Il problema*. in: *Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 09-30 (p. 09): “*A chi, opportunamente, tende a sottrarsi alla suggestione troppo spesso fuorviante delle formule verbali, la locuzione ‘terzo contratto’ rischia di apparire, per dirla con Wiethölter, una sorta di formula magica: su cui si è dapprima addensato il mistero, talora si è appuntata la critica, alla quale in ogni caso si è rischiato e si rischia tuttora (se no chiarita) di attruire un significato che travalica la sua reale valenza.*”.

<sup>167</sup> FRANCO, Rosario, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*. CEDAM, 2010, pp. 13-14.

<sup>168</sup> MARSICO, Rita, *Le nuove frontiere della dottrina civilistica: il terzo contratto*, in: <http://www.filodiritto.com/articoli/2010/11/le-nuove-frontiere-della-dottrina-civilistica-il-terzo-contratto/>. Neste mesmo texto a autora afirma a origem do termo, citado que: “*‘Terzo contratto’ in quanto mira a posizionarsi tra il cd. ‘primo contratto’, vale a dire il contratto concluso in maniera paritaria, che aspira al massimo della libertà e disciplinato dal nostro codice civile, e il cd. ‘secondo contratto’, quello, cioè, perfezionato con il consumatore ed ormai radicato normativamente nell’ordinamento. Appare ovvia, dunque, l’esigenza di coprire uno iatus ordinamentale caratterizzato dalla mancanza di una disciplina che consenta di tutelare l’imprenditore coinvolto in un rapporto contrattuale squilibrato.*”

exemplificativas, cabendo ao terceiro contrato tudo aquilo que não se enquadrar nas outras duas categorias. Assim afirma: “*Primo, secondo e terzo contratto risultano così non definiti, ma meramente suggeriti da esempi, come se si dicesse: spesso il primo contratto è un contratto tra imprenditori sofisticati; spesso il secondo contratto è un contratto tra imprenditori e consumatore; e tuttavia la presenza di imprenditori (sofisticati e non) e di consumatori non è necessaria né sufficiente a identificare la categoria, sì che spesso il terzo contratto è un contratto tra soggetti diversi da quelli presenti nel primo e nel secondo.*”<sup>169</sup> Ainda que o autor utilize a expressão “frequentemente”, não se pode dizer, entretanto, que tal afirmativa está completamente correta, pois as relações firmadas entre consumidores ou entre pessoas singulares, por exemplo, são diferentes daquelas mencionadas por ele inicialmente e, no entanto, não podem classificar como *terzo contratto*.

Doravante, a questão crucial, que seria dirimir a dúvida acerca de qual seria o regramento aplicável a este “terceiro contrato”, persiste. Muito embora uma parte da doutrina entenda pela necessidade de criação de um regramento específico, afigura-se demasiado complexa tal operação, motivo pelo qual cogita-se da aplicação da disciplina das relações de consumo às relações entre empresários em que um deles seja reconhecidamente mais fraco, o que, todavia, encontra resistência na doutrina, segundo Rita Marsico, na medida em que a tutela do consumidor seria muito mais específica e especial, motivo pelo qual não seria aplicável às relações contratuais de tal natureza. A autora não descarta, outrossim, a aplicação do regramento relativo à inserção e controle de cláusulas abusivas, com base num julgado da *Corte di Cassazione* italiana, nº 11594 de 13/05/2010, desde que reconhecido o abuso de poder contratual de uma empresa em relação a outra.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> FEMIA, Pasquale, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre Per una teoria giuridica della contrattazione*, in: Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 265-300 (p. 268).

<sup>170</sup> MARSICO, Rita, *Le nuove frontiere della dottrina civilistica: il terzo contratto*, in: <http://www.filodiritto.com/articoli/2010/11/le-nuove-frontiere-della-dottrina-civilistica-il-terzo-contratto/>. Sobre a decisão da Corte de Justiça italiana, assim pronuncia-se a referida autora: “*In virtù di una recente pronuncia della Corte di Cassazione, la n° 11594 del 13 maggio 2010, inoltre, in caso di clausole vessatorie inserite in contratti conclusi tra imprenditori, il rimedio applicabile è quello di cui agli articoli 1341 ss. c.c. e la relativa inefficacia delle stesse, contro l’applicazione dell’articolo 1469 bis c.c. ai fini della tutela del consumatore. Senza contare che una clausola abusiva, rilevante nell’ambito del contratto perfezionato con il consumatore, non equivale a realizzare gli estremi di una situazione di abuso di dipendenza economica di un imprenditore nei confronti di un altro, data la rilevanza della prova di un effettivo abuso perpetrato da un’impresa nei confronti della controparte in posizione di debolezza contrattuale concretizzabile anche attraverso l’imposizione di un prezzo ingiustificatamente gravoso.*”

Destaque-se ainda, conforme leciona Giuseppe Amadio<sup>171</sup>, que para a aplicação da teoria do *terzo contratto* e consequente reconhecimento da distinção desta categoria das demais é preciso identificar 5 características: a modalidade de contratação, a prova da assimetria e o abuso daí derivado, as razões para a intervenção protetiva contra tal abuso e o consequente parâmetro de sua valoração, bem como a configuração da relação advinda deste contrato e sua possível incidência na valoração da abusividade. Presentes estes cinco requisitos, justificar-se-ia a intervenção a fim de buscar o reequilíbrio da relação, como forma de praticar a mais absoluta justiça contratual.

## 2.4 – O prisma anticoncorrencial

Uma das perspectivas mais interessantes através das quais devem ser estudadas as situações de assimetria contratual diz respeito à questão da concorrência, ou seja, do abuso concorrencial ou ilícito concorrencial.<sup>172</sup>

A regulação do mercado não necessita ser efetuada necessariamente por lei, mas é fato que o mercado não consegue se regular por si só, o que representaria a situação ideal, cuja intangibilidade denota a necessidade inafastável da intervenção estatal a fim de tutelar as situações potencialmente prejudiciais a determinados entes de mercado ou setores.

E é verdade também que a proteção ao desequilíbrio contratual constitui um papel importante na regulação da concorrência e consequentemente dos mercados.<sup>173</sup>

Na questão concorrencial, doravante, mesmo sem autoregulação, é necessário observar um certo equilíbrio entre as atividades exercidas, observando-se também o princípio da boa-fé objetiva, mesmo nas relações em que haja diferença de poderio econômico, sob pena de distorções que sejam prejudiciais não só ao mercado, mas eventualmente à sociedade.

Conforme leciona Maria Helena Diniz: *“a livre concorrência, oriunda de atuação profissional, é a liberdade dada aos empresários para exercerem suas atividades segundo seus interesses, limitadas somente pelas leis econômicas, porém norteadas pelo princípio*

---

<sup>171</sup> AMADIO, Giuseppe, *Il terzo contratto. Il problema*. in: *Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 09-30 (p. 16).

<sup>172</sup> Em Portugal, as questões relativas à concorrência são hoje regidas pela novel Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Aplicam-se também no que couber, as regras do Tratado CEE (Tratado de Roma) aplicáveis às empresas, notadamente arts. 85.º e seguintes.

<sup>173</sup> ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto del duemila*, G. Giachiapelli editore, 2000, p. 125. O autor menciona a questão, referindo-se especificamente ao consumidor, em assertiva que muito bem pode ser aplicada a todas as situações de assimetria contratual. Assim afirma: *“L’opinione comune dà per scontato che tra i fini ultimi della disciplina antitrust la protezione dei consumatori occupi una posizione di assoluta centralità.”*

*da boa-fé objetiva*”.<sup>174</sup>

#### 2.4.1 – A assimetria vista através da questão anticoncorrencial

Por mais que alguma doutrina ainda defenda que a questão anticoncorrencial diria respeito apenas aos empresários (não são todos os autores que admitem a influência ou reflexo do direito da concorrência em questões relativas a contratos particulares, notadamente em se tratando de relações de consumo ou mesmo outras relações contratuais assimétricas), não é esta a realidade econômico-jurídica que hoje se apresenta, como será demonstrado a seguir.

A primeira observação a se fazer parte do estudo entre empresários e consumidores, pois quanto mais estabilizada a concorrência de mercado, menor o risco de discrepâncias cometidas em desfavor dos clientes de produtos e serviços, devido à maior escolha de mercado. Carlos Ferreira de Almeida afirma que o consumidor (a quem chama de utente), é sempre beneficiado quando há um número maior de empresas disponibilizando os mesmos produtos e/ou serviços no mercado.<sup>175</sup> Não se trata de uma regra de economia mercadológica complexa e tampouco torna-se difícil concluir que as assimetrias são reduzidas na medida em que o cliente não fica refém de um mercado ou mesmo setor monopolista.

Menezes Leitão<sup>176</sup> afirma, a propósito do entendimento tradicional acerca da concorrência desleal, que: “... a ideia base desse instituto é precisamente a de que apenas os comerciantes lesados pelos actos de concorrência poderiam reagir contra a situação. O consumidor, sendo o principal objecto da disputa concorrencial, não aparece tutelado pela disciplina da concorrência.”. Entretanto, em nota de rodapé faz uma referência ao autor alemão Eike Von Rippe<sup>177</sup>, destacando o entendimento no sentido de que a concorrência seria o “melhor amigo do consumidor”. Ou seja, demonstra que a doutrina tradicional se divorcia da atual, que reconhece a disciplina anticoncorrencial em campos outros que não exclusivamente o das relações entre empresários, motivo pelo qual, inclusive, segue

---

<sup>174</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito de empresa*, Saraiva, 2008.

<sup>175</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os direitos dos consumidores*, Almedina Editora, 1982, pp. 72/73.

<sup>176</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, Coimbra : FDUC, Centro de direito do Consumo, Sep. de: “Estudos de Direito do Consumidor”, nº 5, 2003, pp. 163-181 (164).

<sup>177</sup> Eike Von Hippel, *Verbraucherschutz*, in “RabelsZ 40” (1976), pp. 513-534 (529), *op. cit.* Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, Coimbra : FDUC, Centro de direito do Consumo, Sep. de: “Estudos de Direito do Consumidor”, nº 5, 2003, pp. 163-181 (164).

defendendo a aplicabilidade de tal disciplina ao direito do consumo modernamente e cita diversos diplomas legais de defesa do consumidor contra tais práticas.

Além disso, modernamente não é raro visualizar situações em que, na relação entre empresas com diferente capacidade econômica, uma delas se prevalece da posição dominante que possui contratualmente a fim de se beneficiar, aliás, mais que isso, a fim de obter vantagem às custas da outra que se encontra, naquela relação específica, em posição mais fraca. O problema é que o abuso de poder contratual praticado por uma parte contratante mais forte em detrimento de outra mais fraca, sendo ambos empresários, é capaz de causar distorções ao mercado e aos consumidores, por fim. Daí a necessidade de proteção ao empresário mais fraco numa relação contratual entre empresários. Segundo leciona Cristiano Heineck Schmitt, mencionando também Heloisa Carpena, *“Embora possa parecer, inicialmente, que a liberdade de concorrência seja uma premissa que expresse uma relação entre empresários, ou fornecedores, esta atinge diretamente o interesse dos consumidores que clama por competitividade saudável. Como ensina Carpena, se fatores como a lei da oferta e da procura forem afetados por um competidor que detém maior poder de mercado, passando a agir de forma independente, este poderá reduzir a quantidade produzida, ocasionando elevação de preços até alcançar um “preço de monopólio”. Imagine-se, então, como os consumidores podem se tornar reféns, tendo sua vulnerabilidade acentuada, diante de um produto ou serviço fornecido por um único fornecedor que age imune à fiscalização adequada, sem concorrentes no mercado.”*<sup>178</sup>

E exatamente por isso faz-se necessário ressaltar que, quando se trata do prisma anticoncorrencial, não se está a tratar tão somente de situações anticoncorrenciais que atingem os consumidores, mas também das relações havidas entre empresários. A tutela eventualmente existente poderá ser conferida tanto ao consumidor como ao empresário em posição mais fraca numa relação entre empresários.

A Diretiva comunitária 93/13/UE, inclusive, parte não só de elementos legais, mas também de argumentos de fundo econômico, indicando que as disparidades existentes nos diferentes ordenamentos jurídicos dos Estados-membro relativamente à matéria produzem distorções de caráter concorrencial, ocasionando o mau funcionamento do mercado único europeu e afetando economicamente a posição do consumidor neste universo econômico.

---

<sup>178</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck, *A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência*, in: Revista dos Tribunais, vol. 880/2009, Fev/2009, pp. 887-911. (p. 901)

É por esta razão que se torna imprescindível perquirir as condutas anticoncorrenciais cometidas no universo dos contratos, a fim de analisar quais os desequilíbrios encontrados e quais as possíveis soluções.

Cabe ressaltar que a livre concorrência tem como instrumento de exercício a liberdade de contratar. Entretanto, essa liberdade não é e não pode ser absolutamente desenfreada, pois deve se conformar às necessidades do Estado Social. Para tanto, deve observar os direitos daqueles a quem muito provavelmente pode afetar, sob pena, mais uma vez, de distorções altamente prejudiciais aos diretamente afetados (ou potencialmente afetados), descumprindo assim, o objetivo maior de impulsionar a economia de uma sociedade. Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal brasileiro, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 319-DF, Ementa Rel. Min. Moreira Alves<sup>179</sup>, *verbis*: “(...) em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário de lucros.(...)”

Neste sentido também posiciona-se Judith Martins-Costa, quando refere-se à livre concorrência e à necessidade de que não seja “aprisionada” por poucos, como quando se verifica a formação de cartéis, cuja existência somente interessa aos que nele estão inseridos, não interessando e prejudicando os interesses sociais. Conforme afirmado pela autora retro mencionada: “*Que a atividade econômica, e em especial a concorrência, seja substancial e concretamente ‘livre’ é do interesse geral, concretizando o ‘bem comum’ que a economia não seja cartelizada.*”<sup>180</sup>

Ademais, conforme pontua Cristiano Heineck Schmitt a respeito da livre concorrência como instrumento de exercício de opção pelo consumidor (especificamente): “*a proteção da concorrência não é um fim em si mesma, mas constitui instrumento que, fundado no princípio da igualdade, visa preservar o equilíbrio de forças no mercado, a transparência das informações que nele circulam, em última análise, garantir opções para*

---

<sup>179</sup> Trecho de acórdão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 319-DF, Ementa Rel. Min. Moreira Alves, pub. DJU em 10/12/92, a propósito do exame de constitucionalidade da Lei 8.039/90, que estabelecia critérios para o reajuste de mensalidades escolares e acabou sendo revogada pela Lei 8.170/91.

<sup>180</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, Revista de Direito FGV, v. I, n° 1, maio/2005, pp. 41-66, p. 57.

que o consumidor possa exercer seu direito básico de escolha.”<sup>181</sup> Tal premissa aplica-se a todas as relações contratuais em potencial desequilíbrio, pois demonstra que a livre concorrência deve ser permeada pela máxima de que os contratantes – quaisquer que sejam – devem ter sempre à sua disposição opções, para que possam realizar suas escolhas livremente. E assim arremata o mesmo autor: “a implementação do direito de escolha interessa tanto ao direito do consumidor como ao direito da concorrência, pois, através da transmissão da informação e da existência da liberdade de escolha, o sistema de mercado permite descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar.”<sup>182</sup> Pensar desta maneira equivale a admitir que a legislação anticoncorrencial não possui como único fim a regulação da concorrência, que decorreria da referida legislação de forma instrumental, admitindo-se a observância das regras respectivas às relações com assimetria de poder.

#### 2.4.2 - Abuso de posição dominante

O art.º 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia prevê a proibição do abuso de posição dominante, assim como o faz o art. 11.º da Lei n.º 12/2012, de 08 de maio, que trata da defesa da concorrência. A *ratio legis*, em ambos os casos, consiste em estabelecer quais seriam as práticas consideradas abusivas e assim evitar que a violação da concorrência leal desestabilize o normal funcionamento da economia de mercado, prejudicando, ao fim e ao cabo, os direitos dos consumidores.<sup>183</sup> Doravante, não é só aos consumidores que a referida norma é direcionada, mas também a todos aqueles que sofrem pressões do mercado em razão do referido desequilíbrio, como, por exemplo, os setores de distribuição.

Pode-se definir como posição dominante a detenção de poder de mercado substancial e preponderante por uma ou algumas determinadas empresas<sup>184</sup>. Segundo Maria Helena Brito: “a posição dominante afere-se pela situação da empresa ou empresas

---

<sup>181</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck, *A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência*, in: Revista dos Tribunais, vol. 880/2009, Fev/2009, pp. 887-911 (p. 893-894).

<sup>182</sup> *Idem*, p. 894.

<sup>183</sup> No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 51, a possibilidade de declaração de nulidade das cláusulas contratuais consideradas abusivas, desempenhando papel fundamental no controle do abuso de posição claramente dominante do fornecedor em razão ao consumidor.

<sup>184</sup> Na legislação anterior (art.º 6.º) havia previsão sobre o que seria uma empresa em posição dominante, o que desapareceu na legislação atual. A legislação vigente limitasse a descrever condutas praticadas em abuso de posição dominante, apenas.

*relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço.*”<sup>185</sup>

A posição dominante pode ser dar, doravante, de forma absoluta, quando ocorra em relação ao todo o mercado, como é o caso de uma empresa que atue em forma de monopólio, ou ainda de forma pontual, quando ocorre de uma grande empresa em relação à outra com a qual se relacione frequentemente, como é o caso de uma grande empresa em relação a seus revendedores ou distribuidores. Nestes casos, é comum que os distribuidores sejam vetados de impor regras ou mesmo negociar qualquer cláusula contratual, porque o poder econômico da empresa dominante não lhe permite sequer opinar. Na maioria das vezes, conforme será vista mais adiante em seguida, os contratos são realizados na modalidade “por adesão”, cabendo às empresas distribuidoras apenas acatar o clausulado que lhes é apresentado, sem que possam negociar seu conteúdo, sob pena de não obterem a contratação desejada, inviabilizando o seu negócio.

A posição dominante, doravante, não é algo ilícito em si e podem existir diversas razões para uma empresa, ou algumas empresas possuírem uma posição dominante de mercado. A forma de utilização desta posição dominante, se considerada abusiva é que é reprimida por lei, por representar algo nocivo ao mercado e benéfico apenas a quem dele se aproveita, daí porque ocasiona uma situação de desequilíbrio, uma situação de assimetria contratual. No entender de Maria Helena Brito, a posição dominante, em si, não é vedada por lei, mas sim o abuso por parte de quem detenha tal posição, conforme leciona: “*A posição dominante não é proibida em si mesma. A prática considerada restritiva é a exploração abusiva dessa posição, através de actos ou comportamentos que exerçam uma influência negativa sobre a concorrência.*”<sup>186</sup>

Visto em que consiste a posição dominante, é imprescindível analisar o mecanismo do abuso de posição dominante. Para tanto, deve-se partir da premissa de que determinada empresa possui, em relação a outra, em relação a um seu distribuidor, por exemplo, uma posição dominante. É o caso previsto no art. 11.º, n.º 2, alínea c), que considera abuso de posição dominante aplicar condições desiguais a parceiros comerciais, colocando-os em desvantagem econômica. Tal prática viola duplamente a simetria contratual que deve existir entre as partes, pois, de um lado, prejudica o parceiro comercial que já se encontra em posição de vulnerabilidade por ter que se submeter às

---

<sup>185</sup> BRITO, Maria Helena, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, 1990, p. 257.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 258.

regras contratuais (condições gerais) estabelecidas unilateralmente no contrato; por outro lado, prejudica a relação que será estabelecida entre o concessionário e o consumidor final, pois suprime do concessionário a possibilidade de fornecer ao consumidor final melhores condições de aquisição do produto ou serviço, devendo o consumidor final também se submeter às regras individualmente estabelecidas, desta vez pelo concessionário – em razão da conduta engessadora do concedente. A assimetria é dupla, e somente quem obtém maiores vantagens é o concedente, parte contratual que possui exclusivamente o domínio sobre as cláusulas contratuais gerais inseridas nos contratos a serem realizados.

A noção de abuso de posição dominante não requer ainda o estabelecimento de um elemento subjetivo, ou seja, prescinde do elemento culpa e do conhecimento da intenção da empresa ou grupo de empresas que a pratica. Basta que pratique conduta prejudicial em relação a outra empresa aproveitando-se da preponderância de sua situação econômica no mercado. Basta, portanto, que a conduta em si seja anticoncorrencial, desimportando, para a o fim de caracterização da abusividade, que tenha sido a sua real intenção. Tampouco é necessário comprovar que a prática, na hipótese concreta, prejudicará aos consumidores finais, pois o que importa é a lesividade potencial da conduta em razão do desequilíbrio iminente do mercado.

Os abusos podem ser de variadas ordens, como por exemplo abusos de exploração, em que a empresa dominante passa a praticar preços elevados, pois não se sente constrangida a praticar preços justos, uma vez que o aderente dificilmente terá outra alternativa que não a de comprar consigo.

Assim, conclui-se que as situações em que o poder de mercado é exercido de forma abusiva por quem detenha uma posição evidentemente dominante devem ser corrigidas e readequadas a fim de evitar a subversão do bom funcionamento dos mecanismos de mercado e, com isso, a finalidade dos contratos, evitando assim a desproporcionalidade gritante entre o que cada uma ganhou com o cumprimento do objeto contratual e o potencial prejuízo a uma delas, notadamente a mais fraca, a que sofreu o abuso.

### **2.4.3 - Abuso de dependência econômica**

O abuso de dependência econômica pode ser considerado espécie do gênero abuso de posição dominante. Ocorre, nomeadamente, quando uma empresa se aproveita de sua força no mercado para impor condições iníquas aos seus vendedores, distribuidores,

por exemplo, por saber que não lhes restará outra alternativa senão acatar as práticas que eventualmente exercer.

O abuso de dependência econômica pressupõe naturalmente, a existência de uma empresa que concentra maior poderio econômico perante outras, contra quem efetua as referidas práticas.

Segundo afirmação de Jean-Pascal Chazal, “*La puissance économique, lorsqu'elle est suffisamment concentrée, est donc identifiée à une position dominante. Il est vrai qu'à partir d'un certain degré de puissance économique le marché et donc les concurrents peuvent se trouver à la merci d'une entreprise ayant la tentation d'abuser de son pouvoir. Un exemple typique peut être trouvé dans la théorie des prix prédateurs.*”<sup>187</sup>

Ou seja, reafirmando o que fora dito acima, a empresa com maior poderio econômico se aproveita desta condição para impor cláusulas contratuais iníquas às empresas menos potentes com quem estabelece relações contratuais, praticando abusos tais quais a prática de preços predatórios, por exemplo, conduta notoriamente contrária à manutenção da livre concorrência.

Trata-se de mais uma modalidade de conduta causadora de desequilíbrio econômico, capaz de ocasionar verdadeira anomalia mercadológica, o que acarreta prejuízos ao aderente, em razão das cláusulas contratuais nocivas ao distribuidor, normalmente estipuladas de forma unilateral pela empresa dominante.

É muito observado nos contratos de distribuição – contratos de dependência por excelência – ocorrendo também frequentemente nos contratos de adesão, nos quais uma das partes, nomeadamente a que detém maior poderio econômico vê-se “tentada” a exercer tal poderio em seu proveito e, obviamente, em prejuízo da contraparte.<sup>188</sup>

Georges Virassamy<sup>189</sup>, que em sua obra *Les contrats de dépendance*, de 1986, já afirmava de maneira visionária que os agentes econômicos que normalmente encontram-se

---

<sup>187</sup> CHAZAL, Jean-Pascal, “*De la puissance économique dans le droit des obligations*”, in: [http://www.sciencespo.fr/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=LHHuMvrEWaApVLTR0aln3hZQuspw6uZ5heftQ6ZJM\\_U](http://www.sciencespo.fr/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=LHHuMvrEWaApVLTR0aln3hZQuspw6uZ5heftQ6ZJM_U), pp.176-177.

<sup>188</sup> Mais uma vez são pertinentes as palavras de Jean-Pascal Chazal, op. cit., p. 184, quando afirma que: “*Le contrat d'adhésion est sans doute un terrain fertile pour l'abus de puissance économique. En effet, il met en présence d'une part un adhérent parfois inexpérimenté, le plus souvent pressé par le rythme de la vie moderne et séduit par les chimères de la société de consommation, et d'autre part un professionnel rompu à la vie des affaires, qui a eu le temps de préparer, aux besoins avec des juristes, des conditions générales contractuelles contenant autant de pièges que de clauses à sens unique. Dans ces conditions, le professionnel aura tendance à utiliser sa position de force pour obtenir des avantages, et ce en vertu de l'aphorisme de Montesquieu selon lequel tout homme qui détient du pouvoir est porté à en abuser.*”

<sup>189</sup> VIRASSAMY, Georges, *Les contrats de dépendance*, Paris, LGDJ, 1986.

em posição de dependência econômica, como os franqueados, concessionários e agentes, por exemplo, encontram-se em situação comparável à dos empregados em relação aos seus empregadores. Naturalmente que as mudanças econômico-sociais ocorridas desde então demonstram que não é sempre assim e que há muitos casos em que o agente, o concessionário e o franqueado são pessoas jurídicas altamente profissionalizadas e qualificadas, detentoras de poder econômico tão ou quase superior ao da contraparte, o que traduz a necessidade de ponderar, caso a caso, a possibilidade de se conferir proteção especial a tais profissionais.

É importante salientar que a simples diferença de poderio econômico, a simples constatação de desequilíbrio de forças entre os contratantes não é, por si só, fonte de ilegalidade ou razão para a nulidade de cláusulas contratuais, mas sim o abuso deste poderio econômico e, notadamente, a injustiça causada pelo abuso decorrente do desequilíbrio.

O art. 12.º da Lei n.º 19/2012 – legislação anticoncorrencial - define e elenca quais seriam as condutas abusivas, inserindo entre elas as mesmas elencadas no art.º 11.º da mesma Lei, evidenciando assim uma importante preocupação com o equilíbrio das relações de mercado.

O abuso de dependência econômica, portanto, é o fator que, ao lado do abuso de posição dominante, trará consequências negativas à relação estabelecida entre duas empresas, tornando-a assimétrica e desleal e ocasionando potencial prejuízo à empresa com menor capacidade de sobrevivência, o que se apresenta deveras nocivo em termos de mercado, por se tratar de uma verdadeira anomalia. A correção da anomalia dar-se-á, doravante, através da vedação a tais condutas predatórias, de reconhecimento da relação contratual assimétrica e do restabelecimento do equilíbrio necessário em tais tipos de relação a fim de torná-las mais justas e viáveis economicamente a ambas as partes no contrato<sup>190</sup>.

Para tanto, far-se-á necessário definir em que posição enquadram-se as empresas que se relacionam diretamente com essas grandes empresas, a fim de apontar qual o caminho a seguir. Ou seja, a relação econômica e consequentemente contratual entre elas estabelecida é uma relação meramente empresarial e nesta esteira de pensamento será

---

<sup>190</sup> O art. 13.º da Lei n.º 19/2012 prevê, expressamente, a abertura de procedimento administrativo para apuração de infrações aos artigos antecedentes, ou seja, infrações relativas a práticas de abuso de dependência econômica.

considerada assimétrica por abuso de poder econômico ou por abuso de dependência econômica, partindo daí a necessidade de correção da anomalia por intermédio da assunção de uma concorrência desleal. Fica ainda o questionamento acerca da possibilidade de se configurar aí uma situação assimétrica e de concorrência desleal, o que poderia conduzir à conclusão de que esta seria uma verdadeira relação de consumo.

Tal entendimento encontra força na legislação italiana, pois em Itália a principal fonte de tutela do empresário em posição mais enfraquecida passa pela regulação da situação de abuso de dependência econômica de uma empresa em relação a outra<sup>191</sup>.

As disposições legais que tratam da matéria foram introduzidas para disciplinar os contratos de distribuição, porém, é aceita de forma quase unânime pela doutrina a sua utilização em outras relações com as mesmas características, cujo objetivo seja o de impedir que uma empresa se aproveite da condição de fraqueza de outra, gerada por uma dependência econômica no caso concreto. É o que pode acontecer, por exemplo, quando uma empresa efetua investimentos muito específicos em razão da contratação com outra e se vê na contingência de aceitar condições menos favoráveis que as inicialmente estabelecidas a fim de evitar a perda do investimento e pela falta de perspectiva de obter a curto prazo um novo contrato para os mesmos fins.

Cabe ressaltar que os artigos 1469-*quinquies*, *comma quarto*, *c.c* e 1519-*bis c.c* do Código Civil italiano estabelecem alguma tutela ao distribuidor, em relação ao fornecedor, nos casos em que o fornecedor esteja em posição dominante em relação àquele. Na primeira hipótese, trata-se do vendedor e na segunda, do franqueado, mas em ambas as hipóteses reconhece-se o abuso na conduta do fornecedor e apresentam-se mecanismos diretos de tutela ao empresário mais fraco na relação como forma de coibir o abuso de dependência econômica.

#### **2.4.4 – Práticas comerciais desleais**

Ao lado dos problemas anticoncorrenciais ligados ao abuso de posição econômica tem-se as questões referentes às práticas comerciais desleais. Somados estes dois âmbitos de problematização ao das cláusulas contratuais gerais e cláusulas abusivas, tem-se como óbvia a necessidade de correção dos desvios que causam prejuízos não somente às relações comerciais ensimesmadas, mas também e principalmente à economia como um todo.

---

<sup>191</sup> Legge 18 giugno 1998, n. 192, art. 9.

Destaque-se, inicialmente, que o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85 menciona a defesa do consumidor como um dos motivos para a criação de mecanismos de regulação adequados à matéria. E em razão disto confirma o legislador a necessidade de observância dos imperativos constitucionais referentes ao combate ao abuso de poder econômico e à defesa do consumidor.

A Diretiva Comunitária n.º 29/2005, de 11 de maio, por sua vez, trata especificamente da proibição das práticas comerciais desleais em desfavor do consumidor.<sup>192</sup> Sua motivação, conforme especificado no preâmbulo, consiste, basicamente, em contribuir para o impulsionamento de uma efetiva defesa do consumidor, evitando assim que seja lesado por qualquer das práticas ali descritas.

O ponto 7 do preâmbulo refere que a diretiva aplica-se somente às práticas comerciais (sejam elas concretas ou omissivas), capazes de influenciar diretamente no comportamento dos consumidores durante a contratação - como seria o caso de uma propaganda agressiva ou enganosa<sup>193</sup>, capaz de distorcer a ideia inicial da pessoa que pretende contratar, em razão da conduta reprovável do empresário.

A transposição desta diretiva para o ordenamento jurídico português foi feita através do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que em seu preâmbulo repete os termos da mesma no que se refere ao âmbito de aplicação (condutas perpetradas por empresários em detrimento de consumidores), à definição de consumidor<sup>194</sup> e ao campo de incidência. Também explicita que as práticas desleais mais comuns consistem em práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas, apontando de forma bem clara - não obstante o subjetivismo dos termos utilizados - tratar-se de práticas consistentes em assédio, coação, influência indevida e até mesmo utilização de força física. Naturalmente que para a aferição de tais práticas deve ser utilizado como parâmetro o comportamento do “consumidor médio”, expressão deveras subjetiva, como tantas outras existentes nos diplomas legais em questão, o que muitas vezes é capaz de suscitar conflitos em vez de

---

<sup>192</sup> O título da Diretiva refere-se especificamente às práticas comerciais desleais perpetradas em desfavor do consumidor, nas relações *business-to-consumer*.

<sup>193</sup> O Decreto-Lei 57/2008 prevê, inclusive, um artigo em suas disposições finais ( artigo n.º 23º.), dedicado às alterações a serem introduzidas no Código da Publicidade, a fim de conformá-lo com os termos da Diretiva transposta.

<sup>194</sup> Também no Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março a definição de consumidor cinge-se à pessoa singular, como pode ser visto verbis: Art.º 3.º *Para efeitos do disposto no presente decreto-lei, entende-se por: (...) a) «Consumidor» qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;*

auxiliar de forma clara na definição das condutas a serem coibidas.

A propósito do objetivo da diretiva 2005/29/UE, sobre concorrência desleal, afirma Assunção Cristas: “*O objectivo declarado da directiva é criar um nível de regulação das práticas comerciais desleais que seja uniforme e compreensível, numa óptica de proteção e de desenvolvimento do mercado interno. A um mesmo tempo a directiva visa alcançar duas finalidades: fortalecer a confiança dos consumidores nas transacções transfronteiriças e eliminar as diferenças nas leis nacionais que possam desencorajar o aproveitamento de todo o potencial oferecido pelo mercado único.*” Na verdade, conforme afirma ainda o mesmo autor, a proteção do consumidor não é o objetivo final da referida diretiva, mas sim a proteção do consumidor enquanto importante figura para a manutenção do equilíbrio do mercado<sup>195</sup> ( e conseqüentemente para a manutenção de um ambiente economicamente saudável).

Das práticas consideradas desleais, as que parecem mais nocivas são as que dizem respeito à indução do consumidor em erro, que constituem as práticas comerciais enganosas, pois utilizam-se da hipossuficiência técnica ou insegurança do consumidor quanto ao negócio jurídico a ser firmado. Tais práticas se dividem em práticas comerciais enganosas e práticas agressivas. Segundo Menezes Leitão: “*(...) a disciplina da concorrência desleal e da liberdade de concorrência, tem vindo a desempenhar uma importante função no âmbito da protecção dos consumidores, na medida em que ao tutelar o concorrente médio, acaba por realizar o interesse dos consumidores num funcionamento racional de mercado.*”<sup>196</sup>

Quanto aos efeitos das contratações realizadas em razão de práticas desleais, o Decreto-Lei remete ao Código Civil. Imputa-se como efeito mais gravoso a anulação do contrato, por iniciativa do consumidor, conforme previsto no artigo 287.º do Código Civil, porém concede ao consumidor a opção de manter o contrato firmado, porém com as modificações que sejam necessárias e cabíveis, caso lhe seja economicamente mais interessante esta solução.

Apresenta-se, pois, como mais um mecanismo de solução de proteção a uma relação comercial com assimetria de poder contratual, através do qual se busca o reequilíbrio dos termos do contrato. Esta é a forma simples de solucionar o problema em

---

<sup>195</sup> CRISTAS, Assunção, *Concorrência desleal e proteção do consumidor*, in: Prof. Dr. Inocêncio Galvão Teles: 90 anos - homenagem da faculdade de direito de Lisboa, Almedina Editora, 2007, pp. 143-162.

<sup>196</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*, in: Liber Amicorum Mario Frota: a causa dos direitos dos consumidores, Almedina, 2012, pp. 369-386 (p. 370).

relação ao consumidor. Isto porque os atos de concorrência desleal não são, necessariamente, atinentes ao direito do consumidor, não afetam diretamente a esfera do consumidor<sup>197</sup>, mas pode afetá-la por via transversa, daí a necessidade de estudo da questão.

A questão mais complexa que se coloca, mais uma vez, é se, não obstante o fato de se referir diretamente às relações *business-to-consumer*, os seus termos podem ser utilizados para o impulsionamento da proibição de práticas comerciais desleais praticadas nas relações entre empresários em que um deles esteja em nítida desvantagem de poder econômico, em evidente privação de sua autonomia contratual.

---

<sup>197</sup> PAÚL, Jorge Patrício, *Concorrência desleal e o direito do consumidor*, in Revista da Ordem dos Advogados, vol. I (junho), 2005.

## CAPÍTULO 3 – RELAÇÕES CONTRATUAIS ASSIMÉTRICAS

### 3.1 – Relações tipicamente assimétricas

Dentro do estudo das relações contratuais que podem ser consideradas assimétricas, faz-se necessário destacar dois grupos de hipóteses. O primeiro diz respeito às relações contratuais tipicamente assimétricas, que consistem, basicamente, nas relações contratuais de consumo, aquelas firmadas entre empresários e consumidores, onde a diferença de poder econômico é notoriamente mais acentuada. O segundo é mais sutil e consiste nas situações em que ambas as partes do contrato são empresários, mas que, por alguma distorção mercadológica, econômica, ou mesmo de assimetria informativa, nota-se claramente (ou às vezes não tão claramente assim) uma disparidade de poder contratual potencialmente prejudicial a uma delas.

Quanto ao consumidor, que é o contraente mais fraco por excelência, não há dúvida de que o seu poder negocial e econômico é sempre menor que o do fornecedor. Entretanto, nas situações em que uma das partes é considerada a parte mais fraca, mas que não se trate de uma relação de consumo, torna-se mais difícil a caracterização da relação e a escolha da legislação aplicável, mormente porque nem todo contratante frágil pode ser equiparado ao consumidor. Conforme afirma Vincenzo Buonocore: “(...) *perché non tutti i possibili contraenti deboli potrebbero essere considerati consumatori: il condumtore è, infatti, per definizione ritenuto un contraente debole, ma non tutti i contraenti deboli possono considerarsi consumatori ala stregua dele definizioni normative.*”<sup>198</sup>

Começar-se-á pelo caminho mais simples, que é o de demonstrar as relações tipicamente assimétricas, consistentes nas relações tipicamente de consumo e a partir daí então estudar-se-ão as outras situações de distorção que podem gerar a prefalada assimetria.

#### 3.1.1 - Relações de consumo

As relações de consumo, ao lado das relações trabalhistas (das quais não nos ocuparemos absolutamente neste trabalho por não comportar tal objeto), podem ser

---

<sup>198</sup> BUONOCUORE, Vincenzo, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in: *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, n.º 1, (gennaio-febraio), 1995, pp. 01-41 (p. 09).

consideradas as relações assimétricas mais conhecidas. Isto porque a disparidade de poder econômico, de informação e quiçá a probabilidade de manipulação são muito mais claramente identificáveis nas relações de consumo, onde sempre existirá diferença de forças. Trata-se, indubitavelmente, de uma relação que possui, de um lado, um consumidor (parte mais fraca na relação de consumo) e de outro um empresário (considerado a parte contratual mais forte).

Este tipo de relação possui todas as características que nos permitem considerá-la uma relação contratual desigual, desequilibrada e é estritamente em função disto que se configura a assimetria, o desequilíbrio que virá a justificar a proteção diferenciada, a aplicação de diplomas legais especiais que não o Código Civil ou Comercial, que se aplicam, à partida, nas relações contratuais estabelecidas entre partes teoricamente iguais.

Para a caracterização de uma relação de consumo é necessário definir quem são seus personagens principais, ou seja, definir, principalmente, quem é esta importante figura denominada consumidor e qual o objeto da relação contratual desenvolvida entre as partes. Se uma das partes não for considerada consumidora, não se estará perante uma relação de consumo, ainda que outros elementos estejam presentes. Este é, portanto, o ponto de partida para a sua caracterização, como será visto a seguir.

Havemos de considerar ainda que, se a vulnerabilidade é algo intrínseco à qualidade de consumidor, a hipossuficiência, por sua vez, é característica individual, motivo pelo qual pode estar ou não presente na relação contratual em determinada hipótese concreta, assim como pode haver relação contratual que não seja de consumo, mas na qual uma das partes apresente nítida hipossuficiência (técnica, por exemplo) em relação à outra. Descaracterizada a hipossuficiência no caso concreto, retira-se automaticamente a justificativa para a proteção com base nas regras de proteção ao consumidor, pois não se vislumbra o desequilíbrio que causou, em tese, potencial prejuízo à parte. Entretanto, muito embora a vulnerabilidade do consumidor seja presumida<sup>199</sup>, e a hipossuficiência deva ser analisada no caso concreto, pode-se afirmar, com segurança, que na imensa maioria dos casos ambas estarão presentes.

Como já dito, podemos afirmar que a relação contratual de consumo é a relação assimétrica paradigma. Para Vincenzo Roppo, doravante, o novo paradigma contratual não abrange apenas o direito do consumidor em sentido estrito, mas sim um vasto campo de contratos assimétricos, dentre eles os contratos eventualmente firmados entre empresas em

---

<sup>199</sup> Conforme previsto, por exemplo, no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

que uma delas seja a parte mais fraca, notadamente em razão de seu poder contratual e econômico inferior frente à outra.<sup>200</sup> Vejamos, portanto, os elementos caracterizadores da relação contratual de consumo e as especificidades a respeito.

### 3.1.1.1 - Conceituação de consumidor

Como já mencionado anteriormente, a fim de estudar o que são e em que consistem as relações de consumo, inicialmente é necessário delimitar os conceitos de consumidor<sup>201</sup> e de fornecedor e, conseqüentemente, o conceito de relação de consumo.

Jorge Morais Carvalho<sup>202</sup> explica que a importância da conceituação do sujeito como consumidor é a de delimitar, a partir do prisma subjetivo, a legislação aplicável à relação contratual em que esteja inserido. Conforme leciona Cláudia Lima Marques: *“Assim, definir, concretizar, conceituar quem é o consumidor significa determinar quem será protegido eficazmente em seu status de comprador, ou de vítima de um defeito do produto, ou de exposto a uma publicidade enganosa ou abusiva. Em outras palavras, quem conta com instrumentos ágeis de acesso à justiça e à ajuda administrativa e quem será excluído ou deverá suportar seus próprios prejuízos ou recorrer aos antiquados sistemas gerais contratuais e extracontratuais de ressarcimento de danos.”*<sup>203</sup>

No ordenamento jurídico português as relações de consumo são tratadas primordialmente pela Lei 24/96, de 31 de julho, conhecida como Lei de Defesa do Consumidor<sup>204</sup>. Segundo o seu art. 2.º, n.º 1, consumidor é a pessoa a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos cuja destinação seja para uso não profissional, por pessoa profissional com intuito de obtenção de benefício.<sup>205</sup> A lei

---

<sup>200</sup> ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto del duemila*, G. Giachiapelli editore, 2000 (pp. 106-107).

<sup>201</sup> Vide ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005. Segundo este autor, alguma doutrina minoritária (portuguesa e estrangeira) considera irrelevante o conceito de consumidor para o estudo do direito do consumo, centrando o referido estudo na relação de consumo em si. Tais posicionamentos não podem ser considerados, pois a própria relação de consumo baseia-se na figura do consumidor, portanto, imprescindível definir-se quem seria este personagem.

<sup>202</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de direito do consumo*, Almedina, 2014, pp. 14.

<sup>203</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, vol. 1, jan/mar/2000, pp. 13/57 (p. 23).

<sup>204</sup> Não devemos nos olvidar de que o ordenamento jurídico português comporta outras definições mais restritas de consumidor, como as estabelecidas no Decreto-Lei 29/2006 (estabelece as regras relativas ao Sistema Elétrico Nacional) e 133/2009 (contratos de crédito aos consumidores).

<sup>205</sup> Assim refere o referido artigo (2.º, n.º 1, da Lei 24/96): *“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 actividade económica que vise a*

portuguesa e grande parte da doutrina somente consideram consumidor a pessoa individual, muito embora já exista alguma jurisprudência admitindo tal qualidade a pequenos comerciantes.

Carlos Ferreira de Almeida<sup>206</sup> faz uma abordagem bastante completa sobre a matéria e discorre sobre as concepções econômica, sociológica e jurídica (apontando ainda elementos de natureza subjetiva, objetiva, teleológica e até negocial) de consumidor e consumo, para por fim apontar o conceito de consumidor no direito português e, mais especificamente, na Lei de Defesa do Consumidor. Afirma que os economistas entendem a definição de consumo, basicamente, como a função de satisfação das necessidades; o consumo seria o próprio fundamento da ciência econômica, para o qual se convertem a produção e a distribuição de bens e serviços. Quando se refere à conceituação sociológica, cita Norbert Reich (*Markt und Recht*, p. 93), afirmando que o consumidor ocupa uma estrutura de mercado dentro da qual lhe são fornecidos bens e serviços pelo seu valor de troca, procurando adquiri-los em harmonia com o valor de uso que lhes atribui.<sup>207</sup> E finalmente refere-se ao conceito jurídico (legal), afirmando a impossibilidade de uma resposta global e uniforme, mas mencionando o conceito baseado na lei portuguesa de defesa do consumidor segundo a qual o consumidor seria basicamente uma pessoa não profissional a quem são fornecidos bens e serviços, por um profissional, para uso privado.

Dos conceitos que foram mencionados, principalmente do conceito legal, é possível extrair alguns elementos que caracterizam um contrato como sendo de consumo, quais sejam, as figuras do fornecedor e do consumidor, o objeto do consumo – bem ou serviço - e a destinação do objeto – uso pessoal.

Extrai-se da noção da relação de consumo que o seu personagem principal, qual seja, o consumidor, é a parte mais vulnerável na relação de consumo, a parte considerada na maioria das vezes hipossuficiente. E esta hipossuficiência, como já dito, pode se dar

---

*obtenção de benefícios.*” Para o direito brasileiro, entretanto, consumidor é aquele que adquire bens ou serviços de um empresário, como destinatário final e para seu uso próprio. É o que se extrai do art. Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, como pode ser visto verbis: “Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

<sup>206</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, 1982, (pp. 204-221).

<sup>207</sup> KOLESOV, N. D., *Manual de economia política*, Academia de Ciencias da U.R.S.S., Novo Curso Editores, vol. 1, 1976 (pp. 278-279) . À conceituação sociológica convém trazer a importante contribuição de Kolesov, segundo a qual: “Ao conjunto das condições materiais e sócio-culturais, objectivamente necessárias para assegurar a actividade vital da sociedade e o funcionamento normal do individuo na sociedade com dado nível de desenvolvimento das forças produtivas, chamam-se necessidades.” Segundo o mesmo autor o consumo então dividir-se-ia em produtivo e improdutivo, sendo o consumo produtivo aquele empregado na própria produção dos bens e que conserva o valor dos meios de produção consumidos. O consumo improdutivo, por sua vez, corresponderia ao consumo dos meios de existência pelos membros da sociedade, para seu próprio sustento, ou seja, para sustento de suas necessidades.

tecnicamente e/ou economicamente em relação ao fornecedor. É justamente a posição mais desfavorecida do consumidor que justifica a sua proteção, reconhecida constitucionalmente<sup>208</sup>, a fim de equilibrar a relação jurídica que possui com um fornecedor, parte mais forte e que detém mais instrumentos de manipulação, portanto, mais condições de lidar com situações adversas.

Deve-se ter em conta que a tutela especialmente conferida ao consumidor não ocorre apenas em observância a este *status*, ou seja, sem razão de ser. Ao contrário, trata-se de uma proteção que lhe é conferida em razão deste *status* dentro de uma relação de consumo, que justifica uma merecida e legalmente fundamentada proteção e não meramente de um privilégio desmotivado, que tornaria tão importante proteção em um protecionismo desigual, afastando o objetivo principal da proteção que é, em verdade, o reequilíbrio da relação e não apenas a tutela de uma das partes *de per si*.

Repare-se que na concepção alemã, cujo ordenamento estendeu a legislação relativa às condições gerais dos contratos, de 09 de dezembro de 1976 aos negócios jurídicos tanto de consumo como de profissionais, parece ter ocorrido a aceitação de que a regra deve assegurar paridade de tratamento entre profissionais e consumidores. É correta, então, a afirmação no sentido de que não se trata de uma liberdade ligada a uma qualificação subjetiva especial.

Dito isso, cabe passar à delimitação específica dos conceitos de consumidor<sup>209</sup> e de fornecedor, bem como de contrato de consumo e seus elementos caracterizadores.

Segundo a Lei 24/96, de 31 de julho, consumidor é a pessoa a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos cuja destinação seja para uso não profissional, por pessoa profissional com intuito de obtenção de benefício<sup>210</sup>. A lei portuguesa e grande parte da doutrina somente consideram consumidor a pessoa individual, muito embora já exista alguma jurisprudência admitindo tal qualidade a pequenos comerciantes.

Nos termos da legislação comunitária (diretivas europeias), a conceituação de consumidor seria a de pessoa singular que atua com fins alheios às suas atividades

---

<sup>208</sup> Artigo 60 da Constituição da República portuguesa.

<sup>209</sup> Vide ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina Editora, 2005. Segundo este autor, alguma doutrina minoritária (portuguesa e estrangeira) considera irrelevante o conceito de consumidor para o estudo do direito do consumo, centrando o referido estudo na relação de consumo em si. Tais posicionamentos não podem ser considerados, pois a própria relação de consumo baseia-se na figura do consumidor, portanto, imprescindível definir-se quem seria este personagem.

<sup>210</sup> Para o direito brasileiro, consumidor é toda pessoa que adquire bens ou serviços de um fornecedor, para uso próprio como destinatário final. É o que se extrai do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90.

comerciais ou profissionais. O art. 2º. Da diretiva 2011/83/UE, que versa sobre os direitos dos consumidores foi bastante conservador ao continuar a definir consumidor e profissional da seguinte maneira:

*“«Consumidor»: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;*

*«Profissional»: qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue, incluindo através de outra pessoa que actue em seu nome ou por sua conta, no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;”*

Mais uma vez perdeu-se a oportunidade de inserir como consumidor o empresário que eventualmente esteja em posição de desvantagem, que seja considerado parte mais fraca no contrato.<sup>211</sup>

No direito italiano, por exemplo, é considerado consumidor toda pessoa física que age com finalidade estranha à atividade empresarial ou profissional.<sup>212</sup> Piero Mengozzi critica a modificação introduzida pela *Legge n. 52 del 6 febbraio 1996*, que introduziu no Código Civil italiano o art. 1469-bis, pois entende que a referida legislação foi contra a proposta da comissão, que estendia a condição de consumidores aos artesãos e empresas familiares, mantendo, em verdade, praticamente a mesma redação anterior.<sup>213</sup>

No direito brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor considera consumidores todos os que adquiram produtos ou serviços no mercado para uso próprio. Não se questiona, portanto, a possibilidade de a pessoa jurídica ser uma consumidora, desde que seja caracterizada a sua hipossuficiência e adquira o produto ou serviço para si e não para empregá-lo como insumo na sua atividade empresarial. Assim, se por um lado elimina-se a dúvida acerca da possibilidade de uma pessoa jurídica ser consumidora, em tese, cria-se uma bipartição no que se refere à destinação do produto ou serviço adquirido, pois somente será considerada consumidora a pessoa jurídica que retire o tal produto ou serviço da

---

<sup>211</sup> EBERS, Martin, *De la armonización mínima a la armonización plena - La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores*, in: [http://www.indret.com/pdf/732\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/732_es.pdf) Assim afirma Martin Ebers sobre a definição constante da proposta de diretiva europeia sobre direitos dos consumidores: “Según el art. 2.1, se entiende por consumidor toda persona física que “actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”. Es la definición que previamente han hecho servir las directivas comunitarias. Sin embargo, muchos Estados miembros utilizan un concepto más amplio y, por tanto, la protección alcanza a un mayor número de personas. Tales normas podrían mantenerse, porque al ir más allá del ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva no colisionan con el principio de armonización máxima.”

<sup>212</sup> Conforme previsto no art. 1469 bis, *secundo comma*, do *codice civile*.

<sup>213</sup> MENGOZZI, Pieralberto, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali*, CEDAM, 2004 (p. 37).

cadeia de consumo e o utilize como consumidora final, perdendo a qualidade de consumidora no caso de adquirir bens ou serviços como insumo, fator de propulsão à sua atividade empresarial. O que conta na concepção do Código de Defesa do Consumidor brasileiro é a caracterização do adquirente como destinatário final, pois somente nesta condição merecerá a proteção especial prevista legalmente. Assim, a base para a caracterização de uma pessoa como física ou jurídica como consumidora não é apenas a condição de ser ou não pessoa individual, mas, para além disso, a finalidade da aquisição do bem ou serviço. Se o bem (ou serviço) for adquirido para o fim de utilização pessoal, então a pessoa é considerada destinatária final do bem e, portanto, consumidora. Diferentemente ocorrerá, independentemente de se tratar de pessoa natural ou jurídica, se o bem for adquirido de forma profissional, ou seja, se for adquirido para emprego numa cadeia de produção, caso em que não haverá relação de consumo.

Gustavo Tepedino assim leciona sobre o tema: *“Cuida-se de opção legislativa que suscita controvérsias, na medida em que não restringe a utilização dos mecanismos de proteção da parte contratual mais fraca a pessoas físicas, incluindo, ao revés, em seu âmbito de atuação, as empresas-consumidoras, desde que adquiram produtos ou serviços como destinatárias finais dos produtos – ou seja, desde que adquiram produtos ou serviços para uso próprio, não para a sua atividade profissional.”*<sup>214</sup>

O fornecedor, por sua vez, é aquele que coloca no mercado produtos e/ou serviços para comercialização em geral, conforme previsto no art 2.º da Lei<sup>215</sup> 24/86 e no CDC brasileiro. Aliás, no direito português a definição de fornecedor que se extrai do dispositivo retro mencionado exige que o fornecedor seja: *“pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise à obtenção de benefícios”*.

É de se ressaltar, entretanto, que no Brasil existem duas teorias acerca da definição do consumidor. Para a teoria maximalista, existirá relação de consumo e conseqüente proteção contratual sempre que o consumidor, pessoa física ou jurídica, for destinatário final, adotando, assim, uma interpretação literal do art. 2º do CODECON. Para a teoria minimalista, entretanto, é necessário que, além dos requisitos legais, o adquirente pessoa jurídica esteja em posição de vulnerabilidade perante o fornecedor para que seja

---

<sup>214</sup> TEPEDINO, Gustavo, *Os contratos de consumo no Brasil*, in: Temas de Direito Civil, Renovar, vol. II, 2006, pp. 123/134, p. 127.

<sup>215</sup> Art. 2.º, n.º. 1, parte final, da Lei n.º 24/86.

caracterizada a relação de consumo e, consequentemente, justificada a proteção legal diferenciada.

Fernando Noronha, por sua vez, possui entendimento peculiar, no sentido de que somente será caracterizado como consumidor aquele que, além de apresentar condição de vulnerabilidade face ao fornecedor, seja o destinatário final, aparentando mesclar as duas teorias e não fazer distinção entre pessoa física e jurídica.<sup>216</sup>

Doravante, a diretiva europeia sobre direitos dos consumidores, conforme visto acima, traz uma noção muito restrita da figura do consumidor, baseada mais nas necessidades do mercado comum europeu que na realidade dos consumidores dos estados-membro. Tal proposição considera o consumidor como um agente econômico, uma peça na engrenagem da economia europeia, trazendo a noção de “consumidor médio”, muito mais informado e consciente que o consumidor clássico, figura mais fraca e merecedora de proteção na relação de consumo, o que parecer, em muitos casos, mera ficção.

### 3.1.1.2 - Relações B2C, B2B e B2b

As expressões “B2B” e “B2C” surgiram nos Estados Unidos na década de 70, com o advento da Internet e do comércio eletrônico e têm sido bastante utilizadas desde então para definir as relações comerciais havidas na Rede, notadamente em situações de marketing industrial. Trata-se de expressões conhecidas no meio empresarial, motivo pelo qual poder-se-ia utilizá-las por empréstimo a fim de definir algumas práticas, mesmo que não realizadas por meio do comércio praticado exclusivamente na Rede.

A expressão “B2B” significa *Business-to-Business*. Corresponde às relações comerciais estabelecidas por meio eletrônico entre profissionais, em que há o fornecimento de bens e ou serviços por uma empresa em relação a outra e compreende também um sem-número de relações comerciais e *agreements* realizados entre pessoas com poder contratual semelhante, em princípio.

As relações conhecidas como B2C, ou seja, *business-to-consumer* são aquelas estabelecidas tipicamente entre profissionais e consumidores, em que há o fornecimento de

---

<sup>216</sup> NORONHA, Fernando, *Direito das Obrigações*, Saraiva, 3ª edição, 2010, pp. 354: “Na caracterização do consumidor, é preciso combinar a ideia básica de ‘destinatário final’, contida no art. 2º, com a da ‘vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo’, que está no art. 4º, I. Verdadeiramente merecedor de tutela será o destinatário final do produto ou serviço oferecido no mercado de consumo, que esteja em posição de vulnerabilidade.”

bens e ou serviços do profissional para os consumidores. Este tipo de relação comercial traduz a essência da assimetria contratual, considerando-se a presumida vulnerabilidade do consumidor – principalmente em se tratando de pessoa física – em relação ao fornecedor de produtos e serviços.

Para Zoppini<sup>217</sup>, as relações contratuais estabelecidas no formato B2C, entre um profissional e um consumidor, possuem a característica da assimetria informativa no que se refere ao conteúdo do contrato, em desfavor do consumidor, enquanto que no contrato realizado entre profissionais haveria um regulamento contratual entre duas partes com o mesmo nível de informação. Para Roppo<sup>218</sup>, entretanto, esta premissa não seria totalmente verdadeira, pois mesmo nas relações havidas entre empresários é possível observar-se desequilíbrios no que se refere a informações. E ele dá como exemplo as contratações em que, de um lado, encontra-se uma pequena empresa, ou mesmo uma empresa de médio porte e, de outro, um banco com fórmulas sofisticadas de financiamento ou mesmo uma grande empresa que detenha informações de difícil compreensão ao mercado comum. Mais uma vez Roppo<sup>219</sup> exemplifica o seu posicionamento apontando a situação das empresas franqueadas em relação às empresas franqueadoras, mencionando a existência de legislação específica que protege o franqueado de eventuais abusos de poder econômico. Mas então estas situações específicas já não estariam ao abrigo da lei, ou seja, se já existe legislação (pelo menos em Itália, país do autor da teoria) não seria inócua uma teoria que defendesse a aplicação do sistema de proteção do consumidor ao empresário em posição econômico desfavorável no contrato? E por isso Roppo conclui que a assimetria contratual pode não ser apenas informativa, mas também econômica.

Interessante questão que se coloca neste campo diz respeito ao fato de ter-se dicotomizado até então as relações comerciais existentes. Explica-se. Sempre se considerou que as relações comerciais representassem ou uma relação entre empresários (B2B) ou uma relação entre um empresário e um consumidor (B2C). Todavia, esta dicotomia somente teve lugar em razão de os conceitos B2C e B2B serem expressões de natureza econômica e não necessariamente jurídica, sendo certo que nesse campo já não se pode falar das relações comerciais de forma tão estática, como se verá imediatamente a

---

<sup>217</sup> ZOPPINI, Andrea, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in: *Rivista di diritto civile*, Padova, a.54 n.5 (Settembre-Ottobre), 2008, *Parte Prima*, p. 515-541.

<sup>218</sup> ROPPO, Vincenzo, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, com qualche elemento di novità*, in *La vocazione civile del giurista – Saggi dedicati a Stefano Rodotà* (a cura di Guido Alpa / Vincenzo Roppo, Laterza Editori, 2013, pp. 178-203.

<sup>219</sup> *Idem*, pp. 178-203.

seguir.

A dúvida que se repete terá espaço no que concerne a eventual necessidade de estabelecimento de níveis de proteção aumentados nas relações contratuais firmadas entre empresas, ou seja, nas relações “Business to Business”, já que nas relações “Business to Consumer” reconhecida a fragilidade do consumidor, justifica-se automaticamente a proteção especial.

A doutrina italiana admite mais um acrônimo derivado destes dois primeiros, que seria então o **B2b**, que significaria “*Business-to-business*”, em que a grafia do primeiro “b” seria com letra maiúscula, representando assim o maior poder do empresário mais forte e a do segundo com letra minúscula, significando o “b” minúsculo o “*imprenditore debole*”, ou seja, o comerciante mais fraco na relação comercial entabulada.<sup>220</sup> É através do reconhecimento destas relações entre empresários em que um deles seja considerado parte mais fraca, em que haja desigualdade de poder negocial, que se vai analisar a observância a disciplina das cláusulas abusivas inseridas nos contratos ao qual um deles esteja submetido sem opção de negociação.

Para Giuseppe Amadio, a relação *Business-to-business* seria justamente o espelho, o paradigma “*high tech*” da relação contratual assimétrica entre empresas, mais especificamente, do terzo contratto, pois representa a relação com assimetria de poder, havida entre dois empresários, em que um se coloca, praticamente na posição de consumidor.<sup>221</sup>

### 3.1.1.3 - Consumidor por equiparação

O art. 2º, parágrafo único,<sup>222</sup> do Código brasileiro de Defesa do Consumidor é o primeiro dispositivo do Código a prever a figura do consumidor por equiparação. O

---

<sup>220</sup> PAGLIANTINI, Stefano, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in: *Rivista del diritto commerciale*, n.º 2, ano CVIII, 2010, pp. 409/446 (p. 413).

<sup>221</sup> AMADIO, Giuseppe, *Il terzo contratto. Il problema*. in: *Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 09-30. O autor, na pp. 15 assim discorre sobre o tema: “*Il nuovo paradigma, per restare alle sigle high tech, è quello del contratto 'B (maioscolo) 2 b (minoscolo)*’, nel quale il professionista debole (l'imprenditore 'economicamente dipendente') sembra prendere il posto del consumatore. E questa prima immagine apre, alla ricerca di identità della nuova figura, due prospettive antitetiche: la prima imperniata sull'estensione del modello noto, la seconda volta alla costruzione di un nuovo schema.”

<sup>222</sup> Lei 8.078/90, art. 2º, parágrafo único: “*Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de consumo.*”

referido dispositivo reza que é “equiparada” ao consumidor a coletividade de pessoas que tenham intervindo na relação e consumo. Mas o que isto quer dizer na prática? Significa dizer que não só os consumidores são protegidos pelo microsistema criado pelo CDC brasileiro, mas, também, que outras pessoas, se estiverem na situação específica descrita pelo Código, merecerão a mesma proteção por se considerar que estão em uma posição especial que justifica a sua proteção de forma equivalente à do consumidor.

Também o art. 17 do CDC brasileiro<sup>223</sup> trata da figura do consumidor por equiparação. Trata-se de considerar consumidores todos aqueles que não o sejam, à partida, mas que tenham sido, de algum modo, diretamente afetados por um fato do serviço ou por um vício do produto ou serviço e que, portanto, mereçam a extensão da proteção concedida, inicialmente, somente àquelas pessoas caracterizadas como consumidoras (por exemplo: pessoas que sofrem cobranças de dívidas de uma determinada instituição financeira sem nunca terem sido clientes da mesma). É o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor por equiparação que atrai a aplicação da legislação específica, como forma de reequilibrar a situação fática decorrente de uma relação jurídica inicialmente inexistente.<sup>224</sup>

Também o art. 29 do CDC brasileiro define como consumidor por equiparação todas as pessoas (determináveis ou não), expostas às práticas do capítulo V, referente às práticas comerciais.<sup>225</sup>

Segundo Gustavo Tepedino: “Consumidor por equiparação será a pessoa que, embora não consumidora (no sentido de destinatário final de produtos ou serviços, a teor do art. 2º) mostra-se vulnerável e, como tal, sofre efeitos negativos dos contratos de consumo, justificando-se, assim, a aplicação da lei de proteção dos consumidores.”<sup>226</sup>

Importante destacar o entendimento de James J. Marins quando afirma que os arts. 17 e 29 do CDC brasileiro permitiram estender a quaisquer pessoas, ainda que não

---

<sup>223</sup> Lei 8.078/90, “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

<sup>224</sup> TEPEDINO, Gustavo, *Os contratos de consumo no Brasil*, in *Temas de Direito Civil*, Renovar, vol. II, 2006, pp. 123/134, p. 134: “Com efeito, se a proteção ao consumidor é instrumental à tutela da dignidade da pessoa humana, a situação de vulnerabilidade de pessoas atingidas por acidentes de consumo ou por práticas comerciais abusivas mostra-se suficiente para atrair os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, a um tempo justificando as normas de expansão do sistema e disciplinando a sua interpretação.”

<sup>225</sup> Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

<sup>226</sup> TEPEDINO, Gustavo, *Os contratos de consumo no Brasil*, in *Temas de Direito Civil*, Renovar, vol. II, 2006, pp. 123/134, p. 134.

consumidoras, os efeitos do CDC, desde que estejam expostas às práticas ali previstas. Assim dispõe o autor: “*Em nosso entender, portanto, esta maior abrangência conferida ao Código em algumas matérias, como a de responsabilidade civil pelo fato do produto e a contratual, é opção política do legislador em virtude da potencial gravidade que pode alcançar a ofensa aos bens jurídicos ali tutelados, não cabendo ao intérprete invocar condições, limitações, ou discrimens não previstos em lei, quer seja considerada a interpretação isolada do art. 29 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor quer sob a ótica exegética lógica, analógica, sistemática em sentido estrito ou lato, ou mesmo teleológica.*”<sup>227</sup>

Entende-se, portanto, que serão considerados consumidores por equiparação todos aqueles a quem a lei conferiu esta qualidade, sem exceção, de modo a ampliar o espectro de aplicação da legislação do consumidor e das cláusulas contratuais gerais que a eles se aplicam. Conforme leciona James Marins: “*Se a norma não estabelece limitações ou discrimens à equiparação, não cabe ao intérprete, ao seu alvedrio, fazê-lo, especialmente se não existe qualquer antinomia normativa a ser expurgada.*”<sup>228</sup>

#### **3.1.1.4 – A extensão do regime**

O conceito de consumidor do ordenamento português somente admite, como já visto, pessoas físicas como consumidores, excluindo de seu universo, à partida, as pessoas jurídicas. Doravante vem-se percebendo o crescimento e a necessidade de ampliação do conceito no que se refere a algumas situações específicas, que justificam a admissão de desequilíbrio de poder contratual, conferindo a certas pessoas que antes não poderiam ser consideradas consumidores, o referido *status*.

---

<sup>227</sup> SOUZA, James J. Marins de, *Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários*, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 18, Abr-Jun/1996, p. 94-104 (p. 98). O mesmo autor afirma veementemente a extensão da proteção contratual do CDC brasileiro mesmo a aqueles que não são consumidores, desde que submetidos às suas práticas. Confirma-se: “*Ademais disso, considerado o ditame do art. 29 à luz da interpretação lógica e gramatical, é forçoso reconhecer-se que a extensão pretendida, ao equiparar a consumidores todas as pessoas determináveis ou não, está disciplinando relações jurídicas de toda ordem, mesmo que não sejam relações de consumo, e que de consumidor não se trate. Se a norma não estabelece limitações ou discrimens à equiparação, não cabe ao intérprete, ao seu alvedrio, fazê-lo, especialmente se não existe qualquer antinomia normativa a ser expurgada, não existindo também qualquer conflito com o sistema seja se considerado o microsistema das relações de consumo, ou nosso sistema jurídico como um todo.*”

<sup>228</sup> MARINS, James, *Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários*, Revista de Direito do consumidor, vol. 18, abr-jun/96, p. 94/104 (p. 99).

O relatório final elaborado após consulta pública realizada pelo Banco de Portugal e pela CMVM sugere que os pequenos investidores, pessoas físicas, seriam equiparados a consumidores e sugere ainda que tal ressalva seja feita na redação do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor português.<sup>229</sup> O próprio anteprojeto do Código do Consumidor traz dispositivos que evidenciam a extensão do regime de proteção ao consumidor, não apenas para a pessoa física, mas também para o pequeno empresário em determinadas hipóteses. É esta a tendência atual no direito português que segue naturalmente a realidade estampada em outros ordenamentos jurídicos europeus, como forma de aproximação das realidades jurídico-econômicas.

Seria o caso então de começar a admitir a extensão da disciplina que prevê maior proteção ao consumidor ao empresário mais frágil, pelo reconhecimento da assimetria contratual e consequente desequilíbrio. Conforme afirma Vincenzo Roppo: *“Come dire: una disciplina nata pela l’area circoscritta dele relazioni B2C merita di essere estesa anche a settori dele relazioni B2B, caratterizzate da análoga assimetria fra gli attori del mercato.”* Para Andrea Zoppini, entretanto, não é possível estender a disciplina do consumidor às relações estabelecidas entre empresários devido às profundas diferenças entre o tipo de relação existente entre empresas e entre estas e consumidores, mormente porque entre duas empresas, não se poderia alegar a desinformação de uma delas, por serem ambas profissionais.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> Relatório Final da Consulta Pública do Banco de Portugal n.º 2/2006 e da CMVM n.º 13/2006 sobre anteprojectos de diplomas de transposição da directiva dos mercados de instrumentos financeiros, obtido em: [https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ConsultasPublicas/Lists/FolderDeListaComLinks/Attachments/16/RelatorioConsultaPublica\\_BP\\_2\\_06.pdf](https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ConsultasPublicas/Lists/FolderDeListaComLinks/Attachments/16/RelatorioConsultaPublica_BP_2_06.pdf). Nas páginas 4-5 pode-se ler o seguinte: *“Foi aflorada a questão de saber se as competências da CMVM para a fiscalização da publicidade e das cláusulas gerais dos contratos conduzem a uma certa incerteza perante os investidores e, quando a infracção não for apenas atentatória das normas do Código dos Valores Mobiliários, poder conduzir também a um conflito de competências, mormente entre a CMVM e o Instituto do Consumidor. Sendo esta uma matéria que permanece inalterada pelas actuais antepropostas, importa esclarecer, a este respeito, que para a publicidade relativa a instrumentos financeiros e a actividades reguladas no Código dos Valores Mobiliários, este manda aplicar o regime geral da publicidade, conferindo à CMVM poderes próprios e competência para fiscalizar a observância das regras gerais sobre publicidade e sancionar o incumprimento das mesmas. Também no que ao regime das cláusulas contratuais gerais diz respeito, o Código dos Valores Mobiliários, ao equiparar, para este efeito, os investidores não qualificados a consumidores, tem por efeito a atribuição de competências em exclusivo à CMVM. Não obstante, poderá ainda assim revelar-se prudente clarificar e esclarecer o regime, sobretudo face ao artigo 7.º do Código do Consumidor que estabelece o princípio da prevalência do mesmo sobre as regras especiais. A melhor forma para o fazer parece-nos, no entanto, passar pela inclusão de uma ressalva no Código do Consumidor actualmente em processo de revisão.”*

<sup>230</sup> ZOPPINI, Andrea, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in: *Rivista di diritto civile*, Padova, a.54 n.5 (Settembre-Ottobre), 2008, *Parte Prima*, p. 515-541.

Note-se que no direito italiano, com já visto, é considerado consumidor toda “pessoa física que age com finalidade estranha à atividade empresarial ou profissional”. A Corte de Justiça possui uma tendência – baseada na ideia de rigidez também adotada pela Corte da Comunidade Europeia – no sentido de interpretar estaticamente a noção de consumidor e não admitir que nesta noção esteja compreendido, à partida, o empresário.

Pieralberto Mengozzi destaca que, a despeito disso, a questão prender-se-ia com o fato de saber se a diretiva 93/13/UE quis contemplar como consumidores apenas aquelas pessoas cuja atividade seja estranha à atividade empresarial ou profissional ou se o conceito de consumidor abrangeria apenas e exclusivamente as pessoas físicas, o que não resta claro do texto da diretiva. O referido autor menciona ainda que o governo espanhol interpretou a diretiva 93/13/UE no sentido de que, se o seu texto não inclui expressamente o empresário, tampouco o exclui e que, desta forma, seria possível considerar uma empresa consumidora quando da aquisição de bens para si, ou seja, em atividade tipicamente “estranha à atividade empresarial”<sup>231</sup>. Seria o caso de sopesar, na hipótese concreta, se uma empresa se comporta como tal, adquirindo o produto ou serviço para utilização na sua cadeia de produção ou se o adquire para si, como verdadeiro consumidor final, tal como previsto na legislação brasileira. Mengozzi levanta ainda a existência de duas teses acerca da extensão do regime de consumidor ao empresário: a primeira, que permitiria a extensão do regime a qualquer empresa, desde que adquira o produto ou serviço pra si e não para utilizá-lo na atividade empresarial<sup>232</sup>. E a segunda, no sentido de que somente estender-se-ia o regime consumerista aos empresários que se encontrassem comprovadamente em situação de assimetria contratual, em desequilíbrio perante outro, como no caso dos contratos de distribuição.<sup>233</sup>

A esse respeito cabe pontuar que tanto na Itália como na Inglaterra já se admite a extensão da disciplina mais favorável ao consumidor às relações travadas entre empresários quando um deles encontrar-se comprovadamente em posição “disfuncional”<sup>234</sup>.

O problema, doravante, ultrapassa a mera necessidade de conceituação, passando pela dogmática, principalmente, por trazer à tona o problema relativo a saber qual a

---

<sup>231</sup> MENGOZZI, Pieralberto, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali*, CEDAM, 2004 (p. 41-43).

<sup>232</sup> No que se equipara ao sistema extraído do Código brasileiro de Defesa do Consumidor.

<sup>233</sup> MENGOZZI, Pieralberto, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali*, CEDAM, 2004 (p. 51-52).

<sup>234</sup> ALPA, Guido, *La disciplina della clausole abusive in Italia e nel Regno Unito – Metodi di Controllo e questioni aperte*, in *Contratto e impresa*. Padova, n.º 2 (Luglio-Dicembre), 2003, pp. 783-822.

disciplina aplicável nos casos em que seja considerada uma determinada relação como sendo de consumo. Na maioria dos ordenamentos é a partir desta definição que poder-se-á dizer, caso a caso, qual a normativa que deve ser efetivamente observada. Caberá ao juiz especificar, em cada caso, se se trata de um consumidor, de um empresário, ou mesmo de um empresário em posição desfavorável, para somente então fixar o direito aplicável. Daí a importância da conceituação e do enquadramento, a fim de saber, em cada hipótese, se poderá haver extensão da incidência do direito aplicável a uma relação de consumo a outra que não seja assim considerada, a priori.

Mas a questão do alargamento do conceito não se prende apenas com a possibilidade de extensão do conceito de consumidor, mas também com o dilema de saber se é necessária a ampliação e quais seriam as consequências respectivas.<sup>235</sup>

A proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 0196/2008, relativa ao tratamento dos direitos dos consumidores que busca uniformizar a matéria trazendo regras comuns aos Estados-Membro, afirmava, em sua exposição de motivos, que as regras ali previstas aplicar-se-iam a contratos firmados entre empresários e consumidores. Tal afirmativa, já na exposição de motivos, leva a crer que o âmbito de aplicação seria restrito a essas situações. Também já no art. 2.º (das definições), definia-se o consumidor como *“qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;”* Fica evidente que a escolha do legislador do parlamento europeu nesta proposta de diretiva seguiu a já existente diretiva n.º 93/13/UE (cláusulas abusivas inseridas nos contratos firmados entre empresários e consumidores), que refere-se a consumidor como pessoa física. Ou seja, para proteção de um consumidor pelas regras da diretiva europeia é necessário que este seja uma pessoa singular, o que demonstra que o Parlamento Europeu nunca pretendeu alargar o conceito de consumidor, como pode ser visto na diretiva de 2011, sobre os direitos dos consumidores.

Galvão Telles já 2 anos após a edição da diretiva comunitária 93/13 e a respeito da sua aplicabilidade subjetiva em contradição ao objeto mais abrangente do Decreto-Lei 446/85, pronunciou-se no sentido de que não apenas os consumidores deveriam merecer a

---

<sup>235</sup> O Código Civil brasileiro de 2002, por exemplo, prevê a figura do contrato de adesão em seus artigos 423 e 424, dando-lhe proteção diferenciada, em alguma medida, o que resolveria a questão pela existência de previsão legal que abrange, à partida, qualquer relação contratual de natureza cível. Entretanto, haverá casos em que a proteção conferida pelo Código Civil será insuficiente, afigurando-se necessário aplicar o CDC, por analogia, a relações que não sejam de consumo, tendo em vista que esta é especializada e prevê situações não abrangidas pelo Código Civil.

tutela de seus interesses no que se refere à proteção contra a iniquidade de cláusulas (abusivas), conforme disposto na diretiva, mais sim todo e qualquer empresário em posição de inferioridade perante uma determinada situação contratual.<sup>236</sup>

Mota Pinto, por sua vez, menciona o fragmentarismo do sistema jurídico português no que se refere à disciplina do direito do consumidor como algo negativo, devido à evidente carência de uma codificação, afirmando textualmente que muitos países (dentre eles o Brasil) já “deram este passo”.<sup>237</sup> A partir desta assertiva é possível concluir pela eventual possibilidade de extensão do regime jurídico aplicável ao consumidor a outras relações – assimétricas – mesmo aquelas em que as partes sejam duas empresas, desde que haja evidente inferioridade de poder de uma delas.

E para finalizar, segundo Stefano Pagliantini, a Corte de Cassação italiana pronunciou-se já algumas vezes de forma a admitir uma ampla proteção ao consumidor, e considerar que a diretiva, 93/13/UE, mesmo fazendo referência aos contratos firmados com consumidores, admite, em tese, a extensão desta proteção a relações contratuais que não envolvam relações tipicamente de consumo.<sup>238</sup>

### 3.1.1.5 – A Lei de Defesa do Consumidor e a Diretiva de 2011/83/UE

A Lei de Defesa do consumidor, Lei n.º 24/96 trata das relações de consumo e da proteção que deve ser observada em relação ao consumidor. Foi alterada pela Lei n.º 47/2014 em função da transposição da diretiva 2011/83/UE e consequente necessidade de compatibilização da noção de consumidor existente no direito português com a mesma ideia no direito comunitário, que, de acordo com os termos da Lei 24/96, não são coincidentes.

Embora a regência legal da matéria atinente às cláusulas contratuais gerais esteja prevista no Decret-Lei 446/85, aplicam-se as disposições relativas ao direito de

---

<sup>236</sup> TELLES, Inocêncio Galvão, *Das condições gerais dos contratos e da diretiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, in Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 2, abril, 1995, pp. 7-21 (p. 14).

<sup>237</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 4ª edição, 2005 (pp. 55-56).

<sup>238</sup> PAGLIANTINI, Stefano, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la casazione (aspettando la corte de giustizia)*, in: *Persona e mercato*, n.º. 3, 2011, pp. 197-208 (p. 205): Conforme especifica Stefano Pagliantini: “*Qui la Cassazione, in ben due dicta, si è mostrata però assai più sensibile al canone di un elevato livello di protezione per il consumatore. Ed infatti, dopo aver evidenziato che il disposto dell’art. 34, comma 3 va sempre letto alla luce ‘del più puntuale considerando 13 della direttiva 93/13’, là dove fa specifico riferimento alle previsioni regolanti clausole di contratti con i consumatori, la Corte chiosa segnalando che certe previsioni (...) non rilevano giacché regolano anche i contratti con soggetti diversi dai consumatori.*”

informação, as definições de consumidor e fornecedor, bem como todo o capítulo IV, que se refere aos meios de promoção e tutela dos direitos do consumidor. Tal fato configura, por si só, objeto de críticas, pois confunde, ao invés de esclarecer, o âmbito de aplicação das cláusulas contratuais gerais.

É de se observar, ainda, que em se tratando de defesa do consumidor, observar-se-á, além da Lei 24/96 e do Decreto-Lei 446/85, a diretiva 2011/83/UE, sobre os direitos dos consumidores e o Decreto-Lei 24/2014, que realizou a transposição respectiva.

A referida diretiva tem por objetivo estabelecer um alto grau de proteção aos consumidores em nível europeu. Isto significa que todos os consumidores dos países integrantes da união europeia beneficiam-se de regras uniformes quando adquirem bens ou serviços no espaço geográfico da união europeia. A referida diretiva abrange os contratos de compra e venda de bens e os contratos de prestação de serviços celebrados à distância ou fora do estabelecimento.

O Decreto-Lei 24/2014, que realizou a transposição, aplica-se, especialmente, aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados com o consumidor fora do estabelecimento do fornecedor.

E aqui cabe fazer mais uma pequena crítica ao ordenamento português, que continua extremamente fragmentado, na medida em que, além da observância primeira da Constituição da República, impõe ao operador do direito a observância de diversos diplomas legais que tratam, basicamente das mesmas coisas, o que é contraproducente.

De qualquer sorte, o esforço no sentido de ampliar o espectro de aplicação das normas de defesa do consumidor é louvável e teria o condão de resolver muitas situações que hoje ainda são duvidosas, o que, por si só, representa enorme avanço em relação à situação legislativa de outrora.

### **3.1.1.6 – O tratamento da questão no Brasil (o CDC como microsistema)**

Quando se trata de estudar as relações de consumo e a figura do consumidor, é inevitável citar o sistema consumerista criado pelo direito brasileiro através da codificação que deu origem ao Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

Ao contrário do que ocorre em Portugal, onde o fragmentarismo é uma característica do direito do consumidor, o legislador brasileiro optou por um Código especial que abrangesse as situações relacionadas ao consumidor, destacando-o das situações comuns encontradas no Código Civil e evitando, por outro lado, a fragmentação

do regime através de leis esparsas. A codificação – que, diga-se bem, nem sempre é a solução mais adequada a determinadas hipóteses – facilitou a convenção da matéria e conseqüentemente a defesa do consumidor, criando um sistema sólido e bastante prático, porque simples, e que responde bem à quase totalidade das demandas consumeristas.

No Brasil, a questão relativa à definição do que seria o consumidor é tratada de forma simples, já que o Código de Defesa do Consumidor, bem como a jurisprudência pacífica a esse respeito, permite que sejam consideradas como consumidoras tanto pessoas físicas como as pessoas jurídicas que se encontrem em posição de hipossuficiência perante outra empresa, o que reúne alguns prós e contras. Se, por um lado é mais prático, digamos, entender que uma empresa em situação de desequilíbrio contratual pode ser qualificada como hipossuficiente economicamente ou tecnicamente e, portanto, caracterizar uma relação de consumo atraindo para si proteção diferenciada, por outro é de se questionar se essa proteção pode alcançar empresas que não sejam consideradas pequenas, mas que se encontrem em situação de fraqueza perante outra em determinada contratação.

Grande parte da doutrina brasileira tende a afirmar que o CDC brasileiro representa um verdadeiro microssistema, na medida em que representa uma lei completa, aplicável a todas as situações legais a ele submetidas, mormente por também conter normas de direito administrativo e penal. Mas há quem entenda, em contrapartida, que o CDC brasileiro não pode ser considerado um microssistema, pois isto iria contra a noção de sistema aberto que hoje impera, impedindo a aplicação direta de suas regras ao direito contratual como um todo.<sup>239</sup> É como pensa Tepedino, que cita a origem da expressão com o professor italiano Natalino Irti nos anos setenta e, no Brasil, com o eminente Orlando Gomes, mas desacredita a tese do microssistema, não apenas pelo fragmentarismo que a adoção de tal terminologia representaria, mas também porque afastaria a possibilidade de interpretação e utilização de princípios ínsitos no CDC a outras relações em que um dos contratantes estivesse em posição de inferioridade.<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> V. NOVAIS, Alinne Arquette Leite, *A teoria contratual e o Código de defesa do consumidor*, Revista dos Tribunais, v. 17, 2001, pp. 151: “A consideração do Código de Defesa do Consumidor como um microssistema não permitiria a aplicação de seus princípios, de forma irrestrita, ao direito contratual. Todavia, os princípios consubstanciados no Código de Defesa do Consumidor, como reflexos dos princípios constitucionais, têm, como tal, influência sobre toda a teoria contratual, indo além dos limites dos contratos de consumo.”

<sup>240</sup> TEPEDINO, Gustavo, *As relações de consumo e a nova teoria contratual*, in *Temas de Direito Civil*, Renovar, 4ª edição, vol. I, 2008, pp. 229/295.

Há que se considerar, ainda, que o Código Civil brasileiro também trata dos contratos de adesão em seus artigos 423 e 424, o que aplicar-se-ia sempre que o contrato em questão não envolver um consumidor – hipótese em que será utilizado o CDC brasileiro.

Por fim, Alinne Arquette afirma que o aderente, em contrato de adesão, é sempre considerado consumidor, nos termos do art. 29 do Código brasileiro de Defesa do Consumidor, que trata dos consumidores por equiparação, quando submetidos às práticas previstas no Código. Assim afirma: *“o capítulo VI do CDC, ao qual se refere o citado art. 29, trata da proteção contratual, arrolando exemplificativamente as cláusulas abusivas e disciplinando os contratos de adesão. Quanto a estes últimos, temos que o aderente sempre é considerado consumidor, por equiparação legal, independentemente de ser destinatário final de um produto ou serviço, o que nem sequer é cogitado. Sua vulnerabilidade, como aderente que é, sem oportunidade de discutir as cláusulas contratuais em igualdade de condições com o fornecedor, é presumida.”*<sup>241</sup>

Seja reconhecido ou não o CDC brasileiro como um microsistema, o importante é sabermos que a sua aplicação é bem mais ampla e permite, portanto, solucionar questões que, em princípio, causariam perplexidade e dificuldade.

### **3.1.1.7 - S2C - do conceito de consumidor ao conceito de cliente**

A sigla “S2C” também surgiu a partir do e-business e significa “society to client”. A figura do “cliente” em vez do “consumidor” surge da necessidade de pensar na criação de uma categoria que privilegie a figura do “utilizador” do serviço, ou seja, consumidor-cliente, aquele que adquire bens ou serviços do mercado, desimportando se será ou não destinatário final, (ou seja, se utilizará para si o objeto da aquisição ou se utilizá-lo-á na reinserção na cadeia de consumo) e se constitui pessoa singular, jurídica ou empresa. Também é comum encontrar referências ao conceito de “utente”, como sendo algo mais abrangente que o consumidor.

As relações contratuais de turismo enquadram-se bem nesta sistemática. Os contratos de turismo encontram especial proteção em razão da diretiva do Conselho Europeu n.º 314/1009, de 13 de junho, que prevê regras específicas para os adquirentes de

---

<sup>241</sup> NOVAIS, Alinne Arquette Leite, *A teoria contratual e o Código de defesa do consumidor*, Revista dos Tribunais, v. 17, 2001, pp. 164.

pacotes de viagem, pacotes de férias e pacotes turísticos.<sup>242</sup> Muito embora a versão em inglês da referida diretiva refira-se, em seu art.º 2.º, a “consumidor”, a versão original falava em “utente”.

Especificamente no que se refere ao contrato de viagem organizada, também denominado contrato de pacote turístico, devem ser destacados dois diplomas legais aplicáveis que são, primeiramente, a Diretiva 90/314/UE e a Convenção de Bruxelas de 1970, elaborada pelo UNIDROIT. Além disso, aplica-se, no direito interno português, o Decreto-Lei 61/2011<sup>243</sup>. Como este tipo de contrato pode ser considerado um contrato de consumo, também deve ser utilizada, no regime interno, da Lei 24/96, lei do consumidor, no que não conflitar com os diplomas restantes.

O objetivo da referida Diretiva Comunitária foi de aproximar as regras sobre a matéria nos diferentes países da união europeia e assegurar a defesa dos consumidores neste campo, garantindo-lhes as mesmas condições independentemente do Estado-membro em que tenha adquirido o pacote de viagem. A diretiva protege o consumidor, inclusive, em caso de insolvência do operador ou da agência e a proteção se dá independentemente de ter sido adquirido o pacote diretamente ao operador, por meio de um grupo ou através de terceiro. Atualmente, considerando-se a utilização cada vez mais frequente da internet para a contratação e realização de viagens organizadas diretamente pelos consumidores, existe uma preocupação no sentido de garantir que estes consumidores não permaneçam totalmente desprotegidos, motivo pelo qual foi editada a diretiva 2011/83/UE.

Em Itália, o decreto legislativo 111/1995, em seu artigo 17, n.º 2, determina que o operador de viagem preste auxílio ao passageiro em dificuldade, no sentido de propiciar a continuação da viagem, estipulando um dever específico de salvaguarda do consumidor – o que não implica na admissão de incumprimento por parte do operador de viagem. E o

---

<sup>242</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Sobre viagens organizadas e “férias estragadas”*. *Breves notas*, in: *Liber Amicorum Mário Frota – a causa dos direitos dos consumidores*, Almedina Editora, 2012, p. 387-407 (p. 391). Segundo o referido autor, na ótica da diretiva europeia o “consumidor”, do contrato de viagem organizada é tanto o contratante principal (“pessoa que adquire ou se compromete a adquirir a viagem organizada”), como os outros beneficiários da aquisição deste pacote (“qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal se compromete a adquirir a viagem organizada”) e também o eventual cessionário do pacote (“qualquer pessoa a quem o contratante principal ou um dos outros beneficiários cede a viagem organizada”).

<sup>243</sup> Em Portugal, a Diretiva foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 198/93, de 27 de maio, indo além desta no que se refere à proteção dos consumidores, mas que foi revogado pelo Decreto-lei n.º 209/97, de 13 de agosto, que estabeleceu um regime menos favorável ao consumidor, no intuito de tornar as agências portuguesas mais competitivas. Foram introduzidas ainda algumas modificações pelo Decreto-Lei n.º 12/99, de 11 de janeiro, também mais favoráveis às agências que aos consumidores. Por fim, o decreto-Lei n.º 61/2011, de 06 de maio, revogou o Decreto-Lei 209/97, estabelecendo um regime mais equilibrado entre os interesses das agências e a proteção dos consumidores.

*Codice del turismo* (dec. Legislativo nº 79 de 2011) prevê a proteção diferenciada ao turista, definindo-o como a pessoa que adquire um pacote turístico, ou seja, não especifica-o como sendo consumidor, conferindo uma maior abrangência da qual presumir-se-ia a sua condição de “cliente”.

Considera-se, portanto, uma relação de assimetria entre os operadores de turismo e os turistas, que merecem mais elevada proteção em razão de adquirirem serviços aos operadores, que detém um poder econômico maior.<sup>244</sup>

Salvatore Mazzamuto, porém, levanta a questão de se diferenciar a situação daquele que adquire um pacote turístico ser sempre considerado contraente mais fraco, o que não corresponderia à realidade. Isso porque a aquisição de um pacote turístico poderia se dar por uma pessoa singular, neste caso um consumidor ou cliente, mas também poderia se dar por um agente de turismo que quisesse adquirir pacotes turísticos no intuito de revendê-los a terceiros e que, pelo escopo empresarial, não poderia ser considerado contraente frágil, tampouco receber a mesma tutela diferenciada que um consumidor.<sup>245</sup>

Mas a qualidade de cliente não se refere apenas às relações comerciais de turismo. Em verdade trata-se de considerar todo aquele que adquire bens e serviços para si como cliente, não apenas como consumidor, evitando assim a diferenciação de tratamento entre situações análogas, quando o adquirente seja uma pessoa singular ou uma pessoa jurídica, uma empresa.

Por fim, ressalte-se a existência de algumas diretivas que não se referem à figura do consumidor, mas sim à do cliente ou destinatário do bem ou serviço, como é o caso da diretiva 2006/123/UE (diretiva geral sobre serviços), diretiva 2000/31/UE, sobre e-commerce, diretiva 2007/64/UE, sobre serviços de pagamento e diretivas 2004/3/UE e 2006/73/UE, sobre serviços de investimento.

### **3.2 – Relações potencialmente assimétricas**

Existem relações contratuais que se estabelecem entre pessoas com o mesmo poderio econômico e intelectual, em tese, mas que podem ser consideradas abusivas. É o

---

<sup>244</sup> A Subseção V, da Seção VI, Capítulo IV, do projeto de Código do Consumidor fora dedicada às viagens turísticas e organizadas, trazendo um novo arcabouço como objetivo de diminuir a fragmentação da legislação a esse respeito.

<sup>245</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in: Europa e diritto privato, Giuffrè Editora, n.º 04, 2011, pp. 861/909 (pp. 905/906).

caso das relações com dependência econômica, por exemplo, em que a assimetria de poder não é presumida, devendo ser demonstrada, no caso concreto, a fim de justificar que lhe seja conferida proteção diferenciada.

Nestas relações não basta que haja uma assimetria presumida ou implícita, preestabelecida por lei, mas sim é necessário verificá-la em concreto, pois este será o fator determinante para o seu efetivo reconhecimento, que se dará, na mais das vezes, em razão de uma subordinação econômica inevitável.

Giuseppe Amadio menciona que: *“Dipendenza economica (...) non significa tanto (o soltanto) aver determinato in concreto, quanto piuttosto ‘essere in grado di determinare’ lo squilibrio di diritti ed obblighi nei rapporti commerciali. È, in altri termini assimetria potenziale, situazione che pur potendo (de anzi, di regola essendo in grado di) condizionarlo, precede il dato giuridico della contrattazione, e nulla ancora dice sulla abusività in concreto della sua singola manifestazione.”*<sup>246</sup>

É esse tipo de relação contratual específico, cuja caracterização não é tão fácil quanto a das relações de consumo, que será tratado a seguir.

### **3.2.1 - Prestação de serviços essenciais a empresas**

Uma das situações cuja solução é mais difícil de definir reside justamente nas relações contratuais entre empresas, quando uma delas é fornecedora de serviços públicos essenciais. Quando se trata de prestação de serviços essenciais ao consumidor, notadamente o consumidor pessoa individual, é notória a sua fragilidade perante a empresa fornecedora de serviços essenciais. A situação se desfigura, doravante, quando o cliente não é, necessariamente, um simples consumidor, pessoa singular, mas uma empresa que pode ser tão grande ou maior que a fornecedora do serviço.

Primeiramente é de se destacar a natureza de monopólio natural deste tipo de serviço, que leva a qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, a dele depender, por não restar outra opção, ou por não restarem muitas. Nestes casos, é evidente que tanto uma pessoa individual, a mais pobre que seja, como uma empresa de grande porte, estarão limitadas pela necessidade de contratação do serviço essencial, para cuja prestação haverá normalmente uma única empresa, como é o caso do fornecimento de água ou energia, por

---

<sup>246</sup> AMADIO, Giuseppe, *Il terzo contratto. Il problema*. in: *Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 09-30 (p. 18).

exemplo. Qualquer que seja a magnitude do poder econômico da pessoa que contratar estes serviços, estará a mesma submetida às regras impostas unilateralmente pelas empresas concessionárias de serviço, normalmente através de contratos de adesão.

Já em 1943 Friedrich Kessler referia-se aos “contratos standard” como contratos usados tipicamente por empresas com um forte poder de barganha, ou seja, empresas que, por deterem uma posição monopolista, colocam o contratante mais fraco em posição de apenas dizerem se vão contratar ou não, sem dar-lhe margem de escolha, por precisarem do bem ou serviço.<sup>247</sup>

Trata-se de saber, portanto, se entre uma grande empresa fornecedora de serviços e uma grande empresa do setor de indústria, há uma relação de consumo ou se a relação existente é outra, considerando-se que não existe desequilíbrio, em tese, entre as partes. Ora, muito embora a empresa aderente não seja hipossuficiente economicamente, o é tecnicamente, pois afigura-se evidente a assimetria informativa no caso em questão. O passo seguinte será distinguir se esta grande empresa será considerada consumidora, por sofrer de hipossuficiência técnica perante a concessionária de serviço público essencial, ou se, em razão da evidente inexistência de disparidade econômica, enquadrar-se-á numa outra categoria que parece melhor atender à situação sem desprotegê-la: a de cliente.

A proteção, aplicação e supervisão das cláusulas contratuais gerais e seu respectivo controle dar-se-á nos casos em que haja, na relação contratual travada entre dois profissionais, evidente disparidade de poder contratual, levando a crer que a relação se encontra desequilibrada e precisa, pelos motivos já expostos, ser reequilibrada.

Segundo Roppo - que na passagem a ser mencionada não se refere a consumidor, mas sim ao aderente, donde devemos interpretar que pode ser ele um consumidor ou não – a autodeterminação do aderente é frontalmente violada quando se trata de adesão a serviços essenciais, pois ao aderente sequer é dada a escolha de poder contratar ou não, devido à indisponibilidade do serviço por outras empresas.<sup>248</sup>

---

<sup>247</sup> KESSLER, Friedrich, *Contracts of adhesion – Some thoughts about freedom of contract*, in: Columbia Law Review, n.º. 43, 1943, obtida em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3728&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3728&context=fss_papers), pesquisa em 22/09/2014. À p. 632 o autor refere que: “Standard contracts are typically used by enterprises with strong bargaining power. The weaker party, in need of goods or services, is frequently not in a position to shop around for better terms, either because the author of the same clauses. (...) Thus, standardizes contracts are frequently contracts of adhesion; they are à prendre ou à laisser.”

<sup>248</sup> ROPPO, Enzo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina, 2009. pp. 317: “Nestas hipóteses, de um certo ponto de vista, é possível falar, sem mais, de uma restrição da liberdade contratual de uma das partes da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre – como vimos – de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do

E é justamente essa falta de escolha, aliada à hiposuficiência técnica específica da empresa aderente que a torna em posição de fragilidade em face da empresa proponente, justificando a sua classificação como “cliente”, que, em nosso entendimento, equiara-se ao consumidor, devendo ser aplicadas as regras de proteção respectivas.

### 3.2.2 – Os contratos de distribuição

Os contratos de distribuição são fruto de uma descentralização do processo produtivo em relação ao consumidor, através de utilização de terceiros intermediários. Consistem, basicamente, na contratação entre produtores e terceiros a fim de que estes sejam os verdadeiros responsáveis por fazer chegar o produto ao consumidor, na outra ponta da cadeia produtiva. Também são conhecidos como contratos de intermediação. Os intermediários seriam os responsáveis pela ponte entre o produtor e o consumidor final. Segundo a definição e Engrácia Antunes: *“Por contratos de distribuição comercial entendemos aqui genericamente aqueles contratos, típicos ou atípicos, que disciplinam as relações jurídicas entre o produtor e o distribuidor ‘lato sensu’ com vista à comercialização dos bens e serviços do primeiro.”*<sup>249</sup> E ainda segundo Humberto Theodoro Junior: *“Distribuição é um gênero que corresponde aos vários tipos de contrato de colaboração empresarial.”*<sup>250</sup>

Segundo Gustavo Haical, os contratos de distribuição são todos aqueles que: *“têm por finalidade interligar as fases do processo de comercialização de um bem ou serviço disponibilizado no mercado por determinada pessoa, por intermédio da atuação, formalmente independente, de um terceiro.”*<sup>251</sup> Enfim, trata-se de contratos de intermediação, cujo objetivo é promover a comercialização dos produtos ou serviços entre o produtor e o comerciante que os disponibilizará no mercado ao consumidor final.

---

*regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem contratar; isso acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio.”*

<sup>249</sup> ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2012 (p. 435).

<sup>250</sup> THEODOR JUNIOR, Humberto, *Do contrato de agência e distribuição no novo código civil*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, nº 42, jun/julho 2002, pp. 129-163 (p. 152).

<sup>251</sup> HAICAL, Gustavo, *O contrato de agência, seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos*, Revista dos Tribunais, 2012, pp. 23.

Os contratos de distribuição são considerados contratos de dependência, dentre os quais se incluem os contratos de agência, concessão e franquia, conforme leciona Pinto Monteiro, que também se refere aos mesmos como contratos relacionais.<sup>252</sup>

Muito se discute acerca do tratamento legal da matéria no que se refere à proteção específica do representante, considerando-se que no ordenamento jurídico português não há legislação específica a respeito<sup>253</sup>, de modo que se discute se seria aplicável o regime legal da agência – por analogia, ou no que couber. Tal discussão não é o objeto central deste trabalho, mas falaremos a esse respeito em seguida, atendo-nos à natureza deste tipo de contratação, aos contratantes envolvidos e às consequências da contratação normalmente standardizada neste tipo de relação jurídica. Abordaremos a situação da distribuição, em princípio, a partir da premissa segundo a qual a distribuição é o gênero do qual as formas específicas mais corriqueiras seriam a agência, a concessão e a franquia.

A partir daí podemos afirmar que as relações jurídicas estabelecidas nos contratos de distribuição – firmados entre o produtor e o “intermediário” - podem ser bastante conflitantes, na medida em que o distribuidor não possua a mesma capacidade econômica que o produtor, mas esteja sujeito diretamente às instruções deste, dependendo diretamente de seu subsídio para sobreviver. Não necessariamente será assim, como será visto, considerando-se a especialização cada vez maior dos distribuidores, que podem até mesmo possuir uma capacidade econômica igual ou maior que a do produtor ao qual está vinculado. Quando for caracterizada, entretanto, a dependência econômica e eventual abuso por parte do produtor, causador de desequilíbrio significativo em desfavor do distribuidor é que será verificada, em tese, a necessidade de intervenção do legislador e do Judiciário a fim de garantir que a relação contratual seja novamente reequilibrada.

O grande problema que se observa no que se refere aos contratos de distribuição realizados entre o produtor e o terceiro intermediário surge da potencial diferença de poderio econômico existente entre as partes contratantes. Caso a empresa intermediária

---

<sup>252</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, 2009, pp. 49: “A estreaneza será ainda maior, aparentemente, se considerarmos que os contratos de distribuição, e em especial o “franshising”, fazem parte dos chamados contratos relacionais (os ‘relational contracts’ da doutrina anglo-americana), onde avultam relações duradouras e de estreita colaboração, em contraponto com as ‘discrete transactions’, caracterizadas por contactos pontuais, instantâneos, anónimos e antagónicos.”.

<sup>253</sup> No Brasil, muito embora o Código Civil preveja em seus artigos 710 a 721 os contratos de agência e distribuição, não parece que o legislador referiu-se à distribuição como gênero, mas sim como espécie, mais assemelhada ao contrato de concessão, motivo pelo qual se discute se o contrato de concessão, que é atípico no ordenamento jurídico do Brasil, não estaria ali regulado, como sendo o contrato de distribuição *strictu sensu*.

seja uma especializada, com poder econômico e de barganha igual ou superior ao do produtor, dificilmente poder-se-á cogitar a fraqueza contratual de um dos contratantes e, conseqüentemente, a assimetria contratual, inexistindo a necessidade de proteção especial.

No caso das relações entre empresários, a prova do desequilíbrio residirá, normalmente, na demonstração da dependência econômica. Nas hipóteses em que se vislumbra assimetria contratual, é de se observar que os contratos de distribuição em sua grande maioria são contratos de adesão, normalmente dotados de cláusulas contratuais gerais. O tratamento que ser-lhes-á dado, portanto, deverá ser aquele previsto na Lei de Cláusulas Contratuais Gerais, não obstante esta se aplique, a priori, às relações de consumo. Pinto Monteiro admite que sejam aplicadas as regras atinentes à Lei de Cláusulas Contratuais Gerais aos contratos de distribuição, já que a lei não teria restringido o seu âmbito de aplicação ao consumidor, possibilitado assim, não apenas a defesa do consumidor, mas a defesa do mecanismo contratual. Entende, portanto, que a tutela deferida neste mecanismo legal não é apenas a tutela do consumidor, mas sim a tutela do aderente e que a defesa que se deve fazer não é apenas a do consumidor, mas a da relação contratual como um todo.<sup>254</sup>

Pinto Monteiro refere ainda que além da observância das cláusulas contratuais acordadas entre as partes, bem como do direito dos contratos, seria necessário observar a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais em razão da necessidade de uniformização das condições contratuais na relação contratual de distribuição.<sup>255</sup>

Para Carmelita Camardi, as relações decorrentes dos contratos de distribuição, de rede, são demasiadamente complexas para que se lhes queira aplicar a teoria da assimetria

---

<sup>254</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina Editora, 2009, pp. 44/45: “Neste contexto e a este propósito, ainda que só num breve registro de memória, devem mencionar-se os contratos de adesão, designadamente os que são celebrados através de cláusulas contratuais gerais. Pode-se dizer que à produção e distribuição em série correspondem, no plano negocial, estes contratos em série (“standard contracts”). Foram necessidades de racionalização, celeridade, planeamento e eficácia que impuseram esse novo modus negocial; mas com ele surgiram problemas novos ou agravados, designadamente nos planos da formação do contrato, do conteúdo das cláusulas e das medidas de reacção adequadas, mormente de índole processual. Houve que intervir, sob a bandeira da tutela do consumidor, ainda que com uma preocupação mais alargada: defesa do aderente, independentemente da qualidade em que intervenha, e, de algum modo, defesa, até, do próprio mecanismo contratual.”

<sup>255</sup> *Idem*, p. 65: “Como qualquer contrato, é de atender, antes de mais, às próprias cláusulas acordadas pleos contratantes, desde que lícitas. Assim ocmo importa ter sempre presnete os princípios e as regras gerais do direito dos contratos e do negócio jurídico, designadamente no tocante à formação do contrato, à capacidade dos sujeitos, à declaração negocial, ao objecto, ao cumprimento e não cumprimento e à conduta das partes. Há ainda que pnderar a aplicação do regime consagrado par as cláusulas contratuais gerais/contratos de adesão, pois é natural que em muitos casos – ‘maxime’ quando se pretende uniformizar as condições contratuais e de actuação dos vários distribuidores no âmbito da rede – seja esse o modus negocial típico e adequado da formação destes contratos.”

contratual no intuito de impor de uma proteção especial à parte contratual considerada mais fraca. Para a autora, se a assimetria é baseada na disparidade de poder contratual, poder-se-ia reconhecê-la a qualquer relação entre empresas em que tal situação fosse verificada e não apenas nas relações contratuais que envolvem contratos de distribuição.<sup>256</sup> E, ainda, para Georges Virassamy: “*Les contrats de dépendance sont aussi les plus souvent des contrats d’adhésion, c’est à dire des contrats qui sont rédigés unilatéralement par l’une des parties et auxquels l’autre adhère sans pouvoir les modifier.*”<sup>257</sup>

Nos contratos de distribuição, portanto, acaba-se por reconhecer a posição de contraente mais fraco do contratante em condição de subordinação presumida, quando o contratante “subordinado” não tem total domínio sobre o objeto do contrato, quando não tem tanta experiência ou poderio econômico quanto a outra parte, colocando-se em situação de falta de alternativa.

Conforme leciona Lorenzo Delli Priscoli, o empresário, neste tocante, não receberá proteção idêntica à do consumidor, mas será tutelado quando a sua “fraqueza contratual” derivar de verdadeira falta de alternativa quanto à contratação,<sup>258</sup> donde concluímos que seus termos são ditados por cláusulas contratuais gerais.

Por fim, para Carlo Castronovo, no que se refere à ideia de rede de distribuição, quanto maior é o desequilíbrio entre as empresas contraentes, maior será a probabilidade de que o destino da empresa mais fraca dependa exclusivamente da vontade da empresa mais forte.<sup>259</sup>

Passemos, portanto, à indispensável análise das espécies.

### 3.2.2.1 – Franchising

O contrato de franchising pode ser definido como aquele através do qual o franqueador cede ao franqueado o direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique

---

<sup>256</sup> CAMARDI, Carmelita, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull’asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti “reticolari”*, in: *Rivista critica del diritto privato*, dicembre 2005, pp. 549-591.

<sup>257</sup> VIRASSAMY Georges, *Les contrats de dépendance*, Paris, LGDJ, 1986, p. 132.

<sup>258</sup> DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *La rilevanza dello status per la protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in: *Rivista del diritto commerciale*, Piccin, n.º 2, 2012, pp. 311-353 (p. 343).

<sup>259</sup> CASTRONOVO, Carlo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in: *Scritti in onore di Marco Comporti*, vol. I, Giuffrè Editore, pp. 581-606 (p. 594).

caracterizado vínculo empregatício.<sup>260</sup> Tal contrato envolve ainda o direito de uso de marca ou patente, eventualmente associado ao direito uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador. Segundo Engrácia Antunes, “o contrato de franquia representa o mais relevante, heterogêneo e complexo contrato de distribuição comercial.”<sup>261</sup> Naturalmente por conter uma variedade enorme de especificidades e de contemplar diversos subcontratos e também modalidades – dentre as principais, ainda segundo o mesmo autor, franquia de distribuição franquia de serviços e franquia de produção.

Em Portugal não há legislação específica que disponha sobre o contrato de franchising, motivo pelo qual pode-se dizer que sua natureza é de contrato (legalmente) atípico, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que a Lei 8.955/94 regula o contrato de franquia empresarial (franchising). Doravante, é de se observar a aplicabilidade do Decreto-Lei 178/86, que regula o contrato de agência, no que for cabível e, conforme admitido por Engrácia Antunes, regras civis em geral, disposições relativas à propriedade industrial, à concorrência, e, doravante, a Lei das Cláusulas contratuais Gerais.<sup>262</sup>

Presume-se uma maior fragilidade do franqueado perante o franqueador, devido à dependência e relativa autonomia, já que o franqueador é quem controla basicamente todos os aspectos dos contratos firmados. Aliás, esta é uma das características do contrato de franquia – o controle e fiscalização do franqueador em relação ao franqueado. Segundo Pinto Monteiro<sup>263</sup>, “O intenso controlo a que se submete o franquiado, a acentuada dependência em que fica perante o franquiador e a sua forte integração na ‘família’ deste já levaram a falar de um ‘novo feudalismo’.” O franquiado estará sempre sujeito ao controle e fiscalização de sua atividade, pois ao franqueado é de suma importância que seus produtos/serviços cheguem ao consumidor com a melhor e mais íntegra apresentação possíveis.

---

<sup>260</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, 2009, p. 123: “Em termos simples e eglobantes, poder-s-á então definir o ‘franshising’ cmo o contrato pelo qual alguém (franquiador) autoriza e possibilita que outrem (franquiado), mediante contrapartidas, actue comercialmente (produzindo e/ou vendendo rodutos ou serviços).de modo estável, com a fórmula de sucesso do primeiro (sinais distintivos, conhecimentos, assistência...) e surja aos olhos do público com a sua imagem empresarial, obrigando-se o segundo a actuar nestes termos, a respeitar as indicações que lhe forem sendo dadas e a aceitar o controlo e fiscalização a que fôr sujeito.”

<sup>261</sup> ANTUNES, José A. Engrácia, *Os contratos de distribuição comercial*, in: Revista Ciências empresariais e jurídicas, Porto editora, n.º 16, 2010, pp. 09-38 (p. 25).

<sup>262</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>263</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, 2009, p. 119.

Frequentemente o franqueador se aproveita de sua posição vantajosa para inserir cláusulas contratuais iníquas no contrato de franqui às quais será submetido o franquiado por falta de opção, desequilibrando o contrato em seu favor. Para Pedro Romano Martinez, é polêmica a questão da independência do franqueado, pois dependendo do grau de interferência e fiscalização do franqueador no contrato, corre-se o risco de descaracterizar a relação contratual inicialmente estabelecida como uma relação contratual igualitária entre empresários para uma prestação de serviços ou mesmo um contrato de trabalho.<sup>264</sup>

Partindo da presunção de maior debilidade do franqueado em relação ao franqueador, o artigo 1519-*bis c.c* do Código Civil italiano estabelece uma tutela direta, presumindo a fragilidade de empresários perante empresários, notadamente do vendedor em relação ao franqueador, o que pode ser aplicado diretamente na relação entre o franqueado e o franqueador, na hipótese em que este seja a parte mais fraca nesta relação entre empresários. Na hipótese concreta dar-se-á uma proteção adicional ao franqueado pelo reconhecimento do abuso na conduta do fornecedor - utilizar-se-ão mecanismos diretos de tutela ao empresário mais fraco na relação como forma de coibir o abuso de dependência econômica. Tal norma estabelece o direito de regresso do vendedor final em relação ao fornecedor, quando tenha sido obrigado a reparar o consumidor por um defeito apresentado pelo produto.

Ressalte-se que se trata de uma norma bastante explícita de proteção a um sujeito que não é consumidor, mas sim um empresário que se encontra em posição de sujeição, cuja tutela deve ser reforçada sob pena de distorção da relação contratual em desfavor do contratante considerado mais fraco. A doutrina já admite tal situação na hipótese do *franshising*, como pode ser visto na opinião de Nuno Manuel pinto Oliveira, que se refere, inclusive, ao perigo da desigualdade entre um franqueado e um franqueador ser equivalente ou pior que o de um contrato entre empresário e consumidor, em razão da patente dependência econômica observada neste tipo de relação contratual.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> MARTINEZ, Pedro Romano, *Contratos em especial*, Universidade Católica, 1996, pp. 320.

<sup>265</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Contratos de adesão nas relações entre empresas – anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de fevereiro de 2005 (processo n.º 1575/05, 1ª Secção)*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense n.º 15, 2012, pp. 239-254 (p. 253). No artigo em questão, o autor assim se manifesta: “*Existindo, por ex., uma relação de dependência econômica completa ou quase completa entre duas empresas – existindo, p. ex., um contrato de franquia, em que todos, ou quase todos, os bens distribuídos por uma pequena empresa são produzidos por uma grande empresa – a desigualdade entre os empresários é pelo menos tão perigosa como a desigualdade entre os empresários e os consumidores. O princípio de um tratamento (tendencialmente) igualitário dos contratos entre empresários e entre empresários e consumidores é sistemática e teleologicamente adequado.*”

Maria de Fátima Ribeiro também reconhece a fragilidade do franqueado perante o franqueador e vai além, afirmando tratar-se de um desequilíbrio econômico reconhecido pela maioria da doutrina e da jurisprudência. Termina por apontar a origem do desequilíbrio, assim dizendo: *“Este desequilíbrio pode assumir duas vertentes: por um lado, decorre de elementos inerentes à própria situação pessoal do franquiado, por outro lado, de sua tão propalada situação de dependência económica em relação ao franquizador.”*<sup>266</sup> E mais adiante, na mesma obra, prosegue afirmando: *“...para mais, existe, em norma, um desigual poder económico entre franquizador e franquiado, o que faz com que o contrato raramente seja negociado: é, quase sempre, um contrato de adesão.”* A mesma autora defende que é preciso estar atento a este tipo de relação a fim de evitar que o franquizador se aproveite das condições mais favoráveis que possui neste tipo de contrato e entende pela possibilidade de recorrer à legislação anticoncorrencial, nomeadamente pelo reconhecimento do abuso de posição dominante (Decreto-Lei n.º 371/93, artigo 3.º).<sup>267</sup>

Destaque-se a necessidade de que o franqueador forneça toda a informação efetiva à contraparte, no caso, o franqueado, na fase pré-contractual. O fornecimento de informações precisas evita, obviamente, a ocorrência de enganos e de prejuízo a qualquer das partes.<sup>268</sup> Não é o que se observa normalmente na prática, considerando-se que os contratos de franquia são pré-redigidos pelo franqueador.

Voltemos, pois, ao aspecto da dependência económica. Ora, se o contrato de franquia é um contrato mercantil, pressupõe-se que as partes envolvidas dispõem, como em qualquer outro contrato desta natureza, de mecanismos suficientes ao auferimento de lucro e vantagens por ambas. Há distorção que merece o devido reconhecimento, entretanto, quando este mesmo contrato submete uma das partes a uma nociva dependência económica, o que evidencia o curso anormal da relação contratual, justificando-se a natural retífica do desvio apresentado. De que modo se dará esta retífica é que se deve discutir, pois pode parecer, num primeiro momento, que a concessão de proteção especial ao franqueado vai contra o espírito do contrato de franquia, segundo o qual dois empresários atuam em colaboração para a obtenção de um intento que os beneficiará a ambos. Conferir

---

<sup>266</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de franquia (fratnshising)*, Almedina, 2001, p. 61.

<sup>267</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>268</sup> Segundo Maria de Fátima Ribeiro, op. Cit., p. 64: *“A forma mais ‘saudável’ de garantir que o contrato de franquia é celebrado no respeito da vontade real dos contratantes passa, a exemplo do que já foi legislado em outros países, pela informação rigorosa das partes na fase pré-contractual.”*

maior proteção a um deles poderia significar a desnaturação do contrato que, como já dito, presume-se realizado entre dois empresários, portanto, dois experts.

Ainda no que se refere à proteção do franqueado, é de se destacar o problema relativo à lacuna do direito, pois o regramento das cláusulas contratuais gerais seria aplicável aos contratos de consumo, segundo a diretiva comunitária. Não sendo o contrato de franquia um contrato de consumo, à partida, dificultar-se-ia a aplicação e controle das cláusulas contratuais gerais. Entretanto, pela óbvia utilização de cláusulas previamente e unilateralmente redigidas pelo franqueador, é possível afirmar que há cláusulas contratuais gerais nos contratos de franquia, o que atrai a aplicação de todo o regramento especificamente previsto e conseqüentemente a proteção respectiva. É de se reconhecer inicialmente a vulnerabilidade do franqueado perante o franqueador, o que faz presumir a proteção equiparável à dos consumidores.

No Brasil, o diploma que faz alusão mais incisiva a cláusulas contratuais gerais (contratos de adesão), é o código de defesa do consumidor, como sabemos. Assim, considerando a vulnerabilidade apresentada pelo franqueado, seria possível aplicar-se a este o CDC, de forma sistemática, em razão do reconhecimento da assimetria contratual entre as partes, decorrente da fraqueza do franqueado na relação travada com o franqueador. Estende-se, pois a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a uma situação que não é, tipicamente, uma relação de consumo, mas que, pelo reconhecimento do desequilíbrio contratual decorrente da utilização de cláusulas contratuais gerais que seria potencialmente prejudicial à parte mais fraca.<sup>269</sup>

Ressalte-se ainda a existência de proteção ao franquiado e ao distribuidor, proteção esta equiparada à do consumidor, conforme art. 4.1 II.e) e f) do Regulamento 593/2008 (Roma I).<sup>270</sup>

E por fim, que em Itália, existe previsão de uma maior proteção ao franqueado, conforme pode ser visto na *Legge* 6/5/2004, n.º 129, partindo da presunção de sua

---

<sup>269</sup> O Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem considerado válida a cláusula e eleição de foro estipulada em contratos de adesão referentes a relações de franquia quando não demonstrada a vulnerabilidade do franqueado perante o franqueador. A contrario sensu, reconhecida a vulnerabilidade, afasta-se a cláusula de eleição de foro por considerar-se-lhe abusiva, ao dificultar a defesa dos interesses do franquiado. Neste sentido: AgRg no AREsp 576977 / DF, Pub. 20/10/2014, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma; AgRg no AREsp 404719 / RS, Pub. 08/09/2014, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma.

<sup>270</sup> PAGLIANTINI, Stefano, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in: *Rivista del diritto commerciale*, n.º 2, ano CVIII, 2010, pp. 409/446, pp. 436/437.

fragilidade perante o franqueador e estabelecendo normas que permitem ao franqueado estar em melhores condições de negociar com o franqueador.

### 3.2.2.2 – Concessão

O contrato de concessão é considerado contrato comercial e também constitui modalidade de contrato de distribuição autônomo. Pode ser definido como o contrato através do qual o concessionário se obriga a adquirir os produtos ao concedente e revendê-los a terceiros, agindo em nome próprio e por conta própria, podendo utilizar-se da marca do concedente, com exclusividade ou não. A vantagem do contrato de concessão, para o concedente, é que ele transfere a atividade de comercializar o bem produzido. E para o concessionário a vantagem consiste em comercializar produtos de uma marca já notória e integrar uma rede de distribuição já estabelecida no mercado.

Nota-se que o fator diferenciador do contrato de concessão em relação às demais modalidades de contrato de distribuição é que o concessionário não atua em nome do distribuidor, mas sim em seu nome e por conta própria. Doravante, é comum que o concessionário preste serviços de assistência técnica aos adquirentes dos produtos, em razão da parceria estabelecida com o concedente.<sup>271</sup>

Trata-se de um contrato-quadro, conforme afirmado por Engrácia Antunes, uma vez que o seu objetivo principal é a realização futura de sucessivos contratos de compra e venda entre concedente e concessionário.<sup>272</sup> Engrácia Antunes acentua ainda quatro características ou elementos do contrato de concessão, que seriam: obrigações recíprocas de compra e venda, atuação em nome e por conta própria, autonomia e estabilidade.<sup>273</sup>

Tal qual no contrato de franquia, muito embora não em todos os casos, o contrato de concessão é um daqueles em que se pode encontrar uma acentuada disparidade de poder econômico entre as partes contratantes e, eventualmente, enormes desvantagens ao concessionário. É definido por Engrácia Antunes como “o contrato pelo qual um

---

<sup>271</sup> No Brasil, trata-se de contrato atípico, no geral. Doravante, quando se trata de distribuição de veículos automotores, aplica-se a lei nº 6.729/79, conhecida como “Lei Ferrari”.

<sup>272</sup> ANTUNES, José A. Engrácia, *Os contratos de distribuição comercial*, in: Revista Ciências empresariais e jurídicas, Porto editora, n.º 16, 2010, pp. 09-38 (p. 20): “Antes d mais, o contrato de concessão comercial constitui um contrato-quadro (“Rahmenvertrag”, “contrat-quadre”) no sentido em que visa criar e disciplinar uma relação jurídica de colaboração interempresarial estável e duradoura entre as partes, cuja execução se traduz na celebração futura ntre estas de sucessivos contratos de compra e venda.”

<sup>273</sup> *Idem*, p. 21.

*empresário – o concedente – se obriga a vender a outro – o concessionário -, ficando este último, em contrapartida, obrigado a comprar ao primeiro, certos produtos, para revenda em nome e por conta próprios numa determinada zona geográfica, bem assim como a observar determinados deveres emergentes da sua integração na rede de distribuição do concedente”* <sup>274</sup> E por Pinto Monteiro <sup>275</sup> como “(...) um contrato-quadro (*‘Rahmenvertrag’/‘contrat-cadre’*) que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa por força da qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando certas obrigações – mormente no tocante à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes – e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente.”

É considerado um contrato legalmente atípico por não haver disciplina legal a respeito no ordenamento jurídico português. Deste modo, caberá sempre às partes contratantes fixar o regime jurídico a ser observado, sem descurar, mais uma vez, a possibilidade de aplicação das regras atinentes ao regime legal da agência (Decreto-Lei 178/86), no que for cabível. Neste tocante, Pinto Monteiro entende que, muito embora os contratos de concessão e agência comunguem de várias “notas essenciais”, é necessário reconhecer o “grau de intensidade” e a “imagem global” destas a fim de que o concessionário possa se beneficiar do regime jurídico do contrato de agência. É necessário, portanto, que seja demonstrada na prática, de forma indubitável, a existência de características comuns.<sup>276</sup>

Quanto à fragilidade que pode eventualmente recair sobre a figura do concessionário, hoje em dia já não se pode considerá-lo, de per si, um sujeito desprotegido, tendo em vista a profissionalização cada vez maior observada no setor, em que muitas vezes os concessionários são empresários tanto ou mais fortes que os concedentes.

Entretanto, em casos concretos é possível observar que é o concedente quem detém o maior poder de barganha e que estipula, à partida, as cláusulas contratuais a serem aceites normalmente em bloco pelo concessionário, não obstante a autonomia de que este último dispõe pela própria natureza do contrato.

É o caso fixação unilateral de preços, obrigação de exclusividade, fixação de zona

---

<sup>274</sup> ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina Editora, 2012 (p. 446).

<sup>275</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina Editora, 2009, p. 110.

<sup>276</sup> *Idem*, p. 113.

de venda, entre outras que podem ser estipuladas unilateralmente pelo concedente, suprimindo ou sufocando o concessionário que, num primeiro momento, acredita numa relação empresarial paritária, vindo a perceber, a posteriori, a quase inviabilidade econômica do negócio face às obrigações que lhe foram impostas e às quais encontra-se vinculado.

Algumas práticas nocivas adotadas pelo concedente no contrato concessão são, inclusive, objeto de averiguação de violação à livre concorrência. É o caso, por exemplo, de cláusulas de obrigação de exclusividade, na medida em que haja um grande número de concessionários numa área muito restrita, o que inviabiliza a comercialização de outras marcas em determinada região, ocasionando um tipo distorcido de monopólio em que, forçosamente e por via transversa, exista um único fornecedor.

A esse respeito já há muito tempo se posicionava Maria Helena Brito no seguinte sentido: *“Se uma empresa em posição dominante no mercado utilizar o contrato de concessão comercial para a distribuição dos seus produtos, podem estabelecer-se práticas susceptíveis de serem qualificadas como abusivas, quer na constituição da própria rede de distribuição, quer na imposição aos concessionários de preços ou condições de transacção discriminatórias.”*<sup>277</sup>

Trata-se, portanto, de relação tipicamente comercial, normalmente havida ente empresas, na qual o equilíbrio contratual é supostamente presumido. Doravante, considerando-se que os contratos padrão (e por consequência as cláusulas contratuais gerais aplicáveis) geram, potencialmente, um sufocamento ao concessionário, há que se analisar a sua potencial vulnerabilidade perante o concedente, o que justificaria, como sói acontecer nestes casos, a proteção diferenciada.

Destaque-se que Engrácia Antunes ao discorrer sobre a atipicidade do contrato de concessão e consequentemente sobre a legislação aplicável, admite, de forma simples e clara, a aplicação da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e da legislação relativa à concorrência ao contrato de concessão,<sup>278</sup> donde se presume que admite, em certa medida, a fragilidade do concessionário perante o concedente e fortalece a pertinência do debate

---

<sup>277</sup> BRITO, Maria Helena, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, 1990, pp. 244.

<sup>278</sup> ANTUNES, José A. Engrácia, *Os contratos de distribuição comercial*, in: *Revista Ciências empresariais e jurídicas*, Porto, n.º 16, 2010, pp. 09-38 (p. 22/23): *“Em sede geral, tratando-se de um contrato (legalmente) atípico, o regime jurídico da concessão comercial será primordialmente fixado pelas próprias partes contratantes (concedente e concessionário), sem prejuízo da relevância das regras legais pertinentes, gerais (v.g., arts. 217.º e segs. do Código Civil, Lei das Cláusulas Contratuais Gerais) ou sectoriais (v.g., regras da concorrência: cf. Arts. 4.º e segs. da Lei Geral da Concorrência de 2003. Regulamento da Autoridade da Concorrência n.º 9/2005, de 3 de fevereiro, Regulamento CE/2790/1999, de 22 de Dezembro).*

acerca do controle da inserção de cláusulas contratuais nos contratos de concessão.

### 3.2.2.3 – Agência

O contato de agência, tão difundido hodiernamente, tem sua disciplina no Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho<sup>279</sup> e possui regulação, no plano comunitário, pela diretiva 86/653/UE,<sup>280</sup> de 18 de dezembro, transposta ao direito interno pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 14 de abril. Trata-se de um contrato através do qual uma das partes, denominada principal, autoriza outra, denominada agente, a atuar com a finalidade de promover contratações para o principal, por conta deste, mediante retribuição. No entender de Engrácia Antunes, o contrato de agência seria o “*contrato pelo qual uma das partes – o agente – se obriga a promover por conta da outra – o principal – a celebração de contratos, de modo autónomo, estável e remunerado.*”<sup>281</sup> O objetivo primordial do contrato de agência, portanto, é que o agente angariar clientes ao contratante principal, formando, para este, uma carteira de clientes que potencialize a expansão de seus negócios. O agente atua como um intermediador de negócios entre o agenciador e o potencial comprador.

Trata-se de um contrato tão importante que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a sua aplicação a figuras análogas, notadamente a outros contratos de distribuição que não se encontram regulados por lei.<sup>282</sup>

As características principais do contrato de agência e que o diferenciam de outros contratos de distribuição são o desenvolvimento de atividade de promoção de vendas ou

---

<sup>279</sup> Surgido primeiramente na Alemanha, tal figura jurídica foi inculda no Código Comercial alemão, HGB, em 1897. Em seguida, foi previsto no ordenamento jurídico italiano, através do Código Civil de 1942 e, surgindo na França com o Decreto 58-1.345/1958. Com o advento da Diretiva 83/653/CEE, versando sobre o contrato de agência, os países que já possuíam legislação a respeito apenas ajustaram os dispositivos legais existentes em conformação às normas da diretiva e alguns, que ainda não possuíam legislação neste sentido, editaram-na em conformidade com a mesma, como foi o caso da Espanha, que promulgou a Lei nº12/192 já em conformidade com os termos da diretiva.

<sup>280</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, 2009, p. 85. Conforme afirma Pinto Monteiro, a Diretiva em questão tem triplo objetivo: proteger o agente comercial, garantir a igualdade de condições aos estados-membro no plano da concorrência e conferir maior segurança nas relações comerciais entre os estados-membros. Além disso, destaca Pinto Monteiro que a referida Diretiva contribui para a construção de um direito contratual europeu, mas atende apenas em parte os objetivos principais, ficando aquém do desejado.

<sup>281</sup> ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2012 (p. 439).

<sup>282</sup> ANTUNES, José A. Engrácia, *Os contratos de distribuição comercial*, in: Revista Ciências empresariais e jurídicas, Porto editora, n.º 16, 2010, pp. 09-38 (p. 14): “*Finalmente, como já atrás foi referido, este regime legal possui uma relevância que ultrapassa o próprio contrato que regula: constituindo a agência uma figura “paradigmática” ou “matriz” da distribuição comercial, compreende-se que a doutrina e a jurisprudência portuguesas venham admitindo a extensão analógica do seu regime aos demais contratos de distribuição legalmente atípicos.*”

serviços, pelo agente, em favor da empresa agenciante, a habitualidade e caráter duradouro da atividade desempenhada, a determinação de uma zona e atuação e a retribuição dos serviços do agente proporcionalmente aos negócios agenciados.

As obrigações principais do agente dizem respeito, principalmente, a empregar os meios de que disponha com o objetivo de angariar potenciais clientes ao principal, e, além da atividade de formação de clientela, fidelizar a clientela já existente a auxiliar na ampliação dos negócios do principal. Para tanto, é indubitável que deva o agente se portar com lealdade e diligência, bem como observar as orientações e indicações dadas pelo principal, já que é no interesse deste que vai propiciar as futuras contratações. Naturalmente decorrem da atividade do agente as obrigações de informação quanto às atividades desenvolvidas e de sigilo, quanto aos dados relativos aos clientes e aos potenciais negócios que serão firmados entre o principal e os clientes.

Também o principal possui obrigações e a mais importante delas é remunerar o agente na forma prevista no contrato realizado entre as partes. Sem prejuízo disto, o principal possui a obrigação de prestar ao agente todas as informações necessárias ao desempenho de sua função, todo o apoio também necessário ao desempenho da atividade, devendo portar-se com lealdade e boa-fé.

Destaque-se que se trata de um contrato de colaboração, pois é imprescindível, para o sucesso do contrato, que o agente empregue todos os seus esforços no intuito de obter o maior número de negociações entre o principal e terceiros, já que a sua remuneração será proporcional ao volume de negociações obtido. O principal, por sua vez, deve propiciar todos os meios necessários à realização da atividade do agente, garantindo assim que ele tenha condições de melhor desempenhar a sua atividade, obtendo boas negociações para si. A atividade desenvolvida pelo agente é uma atividade à conta de outrem, motivo pelo qual é necessário que, apesar da autonomia de que dispõe o agente, sejam observadas as orientações do principal, já que os negócios agenciados serão concluídos por este.

Contudo, nem sempre os contratos tem bom termo e são interessantes para ambas as partes. Em se tratando de um contrato duradouro, muitas variáveis podem ocorrer a meio, capazes de esvaziar o conteúdo do contrato, trazendo prejuízo para uma das partes, normalmente o agente. E é justamente em razão de eventual rescisão prematura do contrato que devem ser observadas as garantias previstas para a evitação de prejuízo insuportável ao agente.

O Diploma Legal português que rege a matéria já traz alguma proteção ao agente,

notadamente na Seção II do Capítulo II, arts. 12 a 20, que prevê os direitos do agente e ainda no Capítulo IV, que se refere às situações de cessação do contrato (nomeadamente a indenização de clientela). A referida proteção foi conferida partindo-se da presunção de que o agente seja a parte mais fraca no contrato, o que, à semelhança do que ocorre no contrato de concessão, não necessariamente corresponde à realidade econômica em 100% dos casos.

Destaque-se que no direito brasileiro, os arts. 710 a 721 do Código Civil dispõem sobre os contratos de agência e distribuição, sendo a agência, no Brasil, uma nova nomenclatura utilizada para o contrato de representação comercial, antes previsto na Lei nº 4.886/65.<sup>283</sup> Nos referidos dispositivos do Código Civil brasileiro prevê-se alguma proteção ao agente/distribuidor em caso de ruptura do contrato, aplicando-se, outrossim, a legislação anterior (Lei nº 4.886/65), que não foi expressamente revogada, no que couber, notadamente no que se refere a eventual pagamento de indenizações. Ressalte-se ainda que o Código civil enfoca os contratos, agora tipificados, de agência e distribuição, enquanto a legislação anterior refere-se apenas ao representante comercial.

Conforme leciona Rubens Edmundo Requião a respeito da figura do agente/representante comercial prevista no Código Civil brasileiro de 2002: *“O Código Civil, no art. 710, regulando o contrato de agência, preserva a ideia legal do contrato de representação comercial. O contrato de agência, no entanto, não substitui o contrato de representação comercial. Coerente com o seu objetivo de unificar o direito privado, o Código retirou do conceito do art. 710 a limitação aos negócios mercantis, existente no art. 1º da Lei 4.886/65. O contrato de agência, portanto, poderá envolver a intermediação de qualquer espécie de negócios, desde que estes não sejam o ‘objeto’ mediato de ato de intermediação regulamentado por outra lei especializada.”*<sup>284</sup>

O contrato de agência surgiu com o intuito maior de ampliar as condições de exploração dos mercados, mas também com o objetivo de diminuir os custos trabalhistas com empregados praticistas cujas remunerações seriam devidas, em razão do vínculo

---

<sup>283</sup> REQUIÃO, Edmundo Rubens, *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*, Saraiva, 3ª edição, 2003. Rubens Edmundo Requião discorda dessa afirmativa, entendendo que a Representação Comercial, regulamentada pela lei nº 4.886/65, que ainda está em vigor, é diferente da agência e pode ser desenvolvida por pessoa física ou jurídica e somente diz respeito a negócios mercantis, enquanto o agente somente poderia ser pessoa física. Discordamos desta tese, na medida em que o Código Civil brasileiro buscou justamente unificar o direito privado, não fazendo distinção entre as obrigações de caráter civil ou comercial. introduzindo a teoria da empresa, que supera a teoria dos atos de comércio e a desloca para a dos atos praticados pelo empresário, na forma estabelecida pelo art. 966.

<sup>284</sup> *Idem*, pp. 11.

empregatício, inobstante a realização ou não de negócios para o lucro do distribuidor. Doravante, afigura-se necessária a reflexão acerca da proteção que deve ser dada ao agente, pois se a figura do empregado praticista foi extinta e fez-se surgir uma nova que trazia menores custos ao empregador, que passa a tornar-se o “principal”, retira-se, prontamente a proteção que lhe era conferida pela legislação trabalhista. Assim, se a proteção trabalhista lhe foi retirada, qual a proteção que será dada em seu lugar? É o que vamos discutir mais a seguir.

Segundo Pinto Monteiro, “a agência é, por isso, um contrato de gestão de interesses alheios (subespécie do contrato de prestação de serviço, mas distinto do mandato) e, nessa medida, um contrato de colaboração ou de cooperação (...)”.<sup>285</sup>

O direito francês faz ainda divisão entre o agente-negociador “*agent négociateur*”, que é aquele que apenas intermedia a transação sem concluí-la e o agente contratante – “*agent-contractant*”, que seria aquele que possui poderes para concluir o negócio, mas sempre, nas duas figuras, em nome do principal (*comettant*).<sup>286</sup> Na França o agente pode ser ainda pessoa física ou moral, conforme previsto expressamente no art. L.134-1 al. 1 do *Code de Commerce*.<sup>287</sup>

Repare-se ainda que na legislação portuguesa é requisito do agente que ele seja comerciante, habilitado legalmente para tal, enquanto no Brasil, por exemplo, isto não é uma característica do agente. Segundo Gustavo Haical: “O agente – pessoa física - de regra, é um empresário, pois desenvolve de modo organizado atividade econômica, de promoção à conclusão de negócios, à conta e no interesse de outrem, com ânimo profissional, conforme dispõe o art. 966 do CC/2002. Mas, no entanto, nem sempre é um empresário.”<sup>288</sup>

Segundo Manuel Januário da Costa Gomes: “Os agentes são técnicos que dominam ou tendem a dominar a técnica da penetração dos mercados e de agariação de clientela; são, assim, pessoal especializado que, conhecendo as características dos produtos, dominam também a temperatura do mercado.”<sup>289</sup> E o mesmo professor coloca ainda o problema de averiguar, além da comercialidade do ato do agente e a

---

<sup>285</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de agência*, 5ª. edição, Almedina, 2004, p. 48.

<sup>286</sup> STEINMANN, Thomas, KENEL, Philippe, BILLOTE, Imogen, *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, Bruylant, 2005, pp. 22-23.

<sup>287</sup> *Idem*, pp. 40.

<sup>288</sup> HAICAL, Gustavo, *O contrato de agência, seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos*, Revista dos Tribunais, 2012, pp. 41.

<sup>289</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Apontamentos sobre o contrato de agência*, Separata de: Tribuna da Justiça, n.º 9, 1990, pp. 14.

comercialidade da atividade do agente, sendo através do estudo destas duas coisas que se chega à conclusão de que o agente seria, de fato, ao menos perante o direito português, um comerciante.<sup>290</sup> Conclusão contrária ocorreria nos casos em que atividade desenvolvida pelo agente não seja estritamente comercial admitindo-se que não seja, portanto, necessariamente um comerciante.<sup>291</sup>

Também em Alemanha o agente é um comerciante, enquanto que em França e Itália o agente, pessoa física, não necessariamente assim é considerado.<sup>292</sup> Aliás, os franceses entendem que não faz sentido o agente comercial ter de ser obrigatoriamente um comerciante, pois se assim o fosse, a proteção legal especial não se justificaria, por se tratar de um profissional.<sup>293</sup>

Tal diferenciação se mostra importante na medida em que o comerciante (empresário, no sistema brasileiro) pressupõe-se em igualdade de forças com o principal, ao menos teoricamente, o que não se mostra verdadeiro se falarmos de uma pessoa que não seja empresária e que atrairá, ao menos em tese, maior proteção perante o principal.

É de se destacar que a necessidade de proteção ao agente surge da realização do contrato de agência através de cláusulas contratuais gerais e da evidente subordinação que lhe é imposta. O principal, no contrato de agência, possui muito maior poder sobre a figura do agenciado que o contrário. Aliás, um dos deveres do agente é justamente o de obedecer às ordens emanadas pelo proponente, de modo que não se pode negar a total ingerência do proponente na atividade do agente. A esse respeito discorre Gustavo Haical: “*O contrato de agência, por ser classificado como um contrato de gestão de interesses alheios, de colaboração e de cooperação, por consectário, dá ao agenciado o direito de dirigir*

---

<sup>290</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Da qualidade de comerciante do agente comercial*, Separata de: Boletim do Ministério da Justiça n.º 313, Lisboa, 1982, pp. 05-39.

<sup>291</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Da qualidade de comerciante do agente comercial*, Separata de: Boletim do Ministério da Justiça n.º 313, Lisboa, 1982, pp. 05-39 (p. 33): “*a) Uma vez que o agente comercial individual não é, evidentemente, uma sociedade comercial (embora possa, muito bem, uma sociedade praticar atos de agência), tomando em consideração o art. 13.º, a sua qualidade de comerciante só poderia resultar da primeira circunstância aí enumerada. Resulta, porém, do que noutro passo dissemos, que o complexo acto de agência não sendo intrínseca ou absolutamente comercial, não confere ao seu praticante a qualidade d comerciante.*”

<sup>292</sup> MÉGNIN, Serge, *Le contrat d’agence commerciale en droit français et allemand*, Litec, 2003, pp. 42: “*L’indépendance dans l’exercice de la représentation, le risque économique supporté, même restreint, peuvent inciter à voir dans l’agent commercial un commerçant. La directive européenne de 1986 ne se prononce pas sur le caractère civil ou commercial du contrat d’agence commerciale, ce qui divise les États membres entre ceux qui reconnaissent la qualité de commerçant à l’agent (Belgique, Pays-Bas, Allemagne), et ceux qui la lui refusent (Italie, France).*”

<sup>293</sup> *Idem*, pp. 43-44.

*instruções ao agente sobre como devem ser desenvolvidas as suas atividades.*”<sup>294</sup> E mais adiante, discorrendo acerca da necessidade de respeito à autonomia do agente e consequente diferenciação entre a atividade do agente e do empregado, assim afirma Gustavo Haical: *“Essas instruções, que visam, em face da natureza de cooperação do contrato, a uma maior eficiência na atividade do agente, relativizam a sua autonomia na realização prática de sua atividade. Contudo, as instruções precisam respeitar os ditames da boa-fé, pois não podem afetar a independência do agente. Não podem ultrapassar um limite razoável, de modo a anular a autonomia do agente no exercício de seus atos como colaborador, os quais se pressupõe realizados diligentemente. Caso contrário, pode restar desconfigurado o contrato de agência, passando a existir um contrato de trabalho de viajante ou pracista.*”<sup>295</sup>

De toda sorte, não se pode negar a evidente subordinação que existe na relação contratual de agência, subordinação à qual devem ser estabelecidos limites, sob pena de se confundir a relação de agência com uma relação empregatícia. E é justamente em razão do reconhecimento desta subordinação, aliada à impossibilidade de ingerência na redação das cláusulas contratuais gerais que lhe são submetidas que se perquire acerca de uma proteção especial ao agente.

No caso específico do contrato de agência, é de se destacar a existência de proteção especial conferida por alguns dispositivos, como os que prevêm o instituto da indenização de clientela (arts. 33.º e 34.º do D.L. 178/86 e arts. 17.º a 19.º da diretiva 86/653, transposta para o direito português através do DL n.º 118/93). Dá-se a indenização de clientela quando da ruptura do contrato de agência e constitui, basicamente, uma compensação pelo que o agente obteve para o principal, sendo equitativa e calculada com base na média anual das remunerações obtidas pelo agente.<sup>296</sup> Cabe lembrar que o modelo alemão, adotado por Portugal e pela maioria dos Estados-membros da união europeia consagra tal definição<sup>297</sup>, porém, em França o entendimento adotado é de que a

---

<sup>294</sup> HAICAL, Gustavo, *O contrato de agência, seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos*, Revista dos Tribunais, 2012, pp. 130.

<sup>295</sup> *Idem*, pp. 135.

<sup>296</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Editora Almedina, 2006, pp. 24.

<sup>297</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina Editora, 2009, pp. 152-153: *“Pese embora o seu nome, não se trata, em rigor, de uma verdadeira indemnização, até porque não está dependente da prova, pelo agente, de danos sofridos. O que conta são os benefícios esses que, na vigência do contrato, eram de proveito comum e que, após o seu termo, irão aproveitar apenas, unilateralmente, ao principal. Não se trata, pois, em rigor, de ressarcir o agente de quaisquer danos, antes de o compensar pelos benefícios de que a outra parte continue a auferir e que se devam, no essencial, à actividade do seu ex-*

indenização de clientela possui natureza não de compensação, mas de verdadeira indenização: não pelo que o agente angariou ao principal ao longo do cumprimento do contrato, mas pelo prejuízo que lhe é causado, pelo que vai deixar de receber com a sua ruptura, bem como pelas despesas efetuadas neste intento.<sup>298</sup>

Depois é de se ponderar se a sistemática da indenização de clientela aplica-se a outros contratos de distribuição tais como a concessão e o franchising, uma vez que estes outros dois não possuem previsão legal no ordenamento português, mas as situações relativas ao término do contrato são similares. Neste tocante cabe observar o que ensina Pinto Monteiro no sentido de que a regra estabelecida no Decreto-Lei n.º 178/86 aplica-se analogicamente. Porém, para tal aplicação seria necessário, primeiramente, averiguar a equiparação do franqueado ou concessionário ao agente na hipótese concreta e a adequação ao contrato em que se pretende invocá-la. Além disso, é necessário que o concedente ou o franqueado tenham se beneficiado da clientela criada pelo concessionário ou pelo franqueado, pois, na maioria dos casos, a clientela é deles, não do concedente ou do franqueador.<sup>299</sup>

Ainda nos arts. 12 a 20 são previstos os direitos do agente, ou seja, são previstas formas de proteção à relação contratual estabelecida entre principal e agente, de modo a assegurar ao agente o desenvolvimento de sua função de forma independente e, nomeadamente, com a justa remuneração de acordo com o que for firmado entre as partes.

Não obstante tais dispositivos protetivos conferirem ao agente uma presunção de vulnerabilidade face ao principal, garantindo a observância mínima de direitos do agente face ao principal, tal proteção não se afigura suficiente a abarcar determinadas situações decorrentes da própria relação contratual estabelecida, o que motiva a busca de proteção especial, que não pode ser afastada pela incidência de legislação específica, mas sim a esta somada.

A questão que se coloca, portanto, é de saber se, além da proteção trazida pelo Diploma Legal específico, seria o agente merecedor de uma proteção ainda mais especial, ainda mais abrangente e porquê o seria, bem como, em caso afirmativo, qual seria a

---

*agente. Mesmo que este não sofra danos, haverá um “enriquecimento” do principal que legitima e justifica uma compensação (“Ausgleichsanspruch” lhe chamam, com propriedade, os alemães: § 89 b do HGB).”*

<sup>298</sup> STEINMANN, Thomas, KENEL, Philippe, BILLOTE, Imogen, *Le contrat d’agence commerciale en Europe*, Bruylant, 2005, pp. 567: “En raison des différences qui existaient entre les différentes réglementations nationales avant même le début du processus d’harmonization entrepris par la directive, le Conseil a laissé aux États membres la possibilité de choisir entre le système de l’indemnité de clientèle et celui de la réparation du préjudice (article 17 paragraphe 1 de la Directive 86/653). Le premier est inspiré du droit allemand et le second du droit français.

<sup>299</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, 2009, pp. 166/167.

legislação aplicável e se seria possível a equiparação da figura do agente à do consumidor razão da utilização, no caso concreto, de cláusulas abusivas em decorrência do poderio econômico superior do principal.

## **CAPÍTULO 4 – INSERÇÃO E CONTROLE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NOS CONTRATOS ASSIMÉTRICOS**

### **4.1 – Premissas**

A premissa da qual se deve partir quando se trata da aplicação das cláusulas contratuais gerais às relações contratuais assimétricas diz respeito ao controle de sua inclusão nos contratos firmados. O Decreto-Lei n.º 446/85 possui como regime fundamental o controle das cláusulas contratuais gerais, o que se conclui facilmente pela observação de que apenas alguns poucos capítulos são dedicados ao âmbito de aplicação e normas de conflito. No mais, toda a lei é voltada ao controle das referidas cláusulas.

Devido ao objetivo maior de obtenção de justiça da relação contratual, a incidência do controle das cláusulas contratuais gerais presentes em contratos assimétricos deve se dar, portanto, com a estrita observância dos interesses de ambas as partes. A forma como dar-se-á esta aplicação, em razão do reconhecimento de fragilidade de uma das partes no contrato é que será o objeto deste estudo.

A dificuldade maior reside no fato de, por um lado, verificar-se a necessidade premente de solucionar as situações em que um empresário se encontre numa posição de fragilidade, o que, conforme restou exaustivamente discutido, é hoje uma realidade crescente. Por outro lado, o obstáculo consistente no fato de a legislação referente às cláusulas contratuais gerais e inclusive a diretiva comunitária 93/13 mencionarem apenas as relações estabelecidas entre empresários-empresários e empresários-consumidores, não deixando, à partida, margem às hipóteses em que em empresário se encontra em situação de potencial desequilíbrio, justificando tratamento diferenciado e notoriamente mais protegido.

Doravante, ao menos no que se refere à diretiva comunitária n.º 93/13, deve-se ter em conta que a mesma foi editada considerando os patamares mínimos de proteção ao consumidor, nada impedindo que sejam estabelecidos pelos estados-membro patamares de proteção a outros sujeitos equiparados que façam jus à proteção ali estabelecida. A existência da diretiva não seria, à partida, fator de impedimento para a aplicação das cláusulas gerais às relações com assimetria de poder econômico, pois traduz uma necessidade mínima de tutela ao consumidor – o que atrai a necessidade de se averiguar em que consiste esta figura, se se vincula ou não à pessoa singular e demais implicações a isso intrincadas.

Aliás, é interessante notar que com a modificação introduzida ao ordenamento interno como forma de compatibilizar o Decreto-Lei 446/85 com os termos da Diretiva Comunitária o legislador não mais utilizou a expressão consumidor, mas sim destinatário, de modo a sinalizar que o legislador português foi além do comunitário, prevendo a possibilidade eventual de abranger situações que envolvam não só um empresário e um consumidor, mas também dois empresários.

A partir daí resta analisar, doravante, se as outras situações limitativas permitirão a utilização de tal sistema de controle/proteção.

Conforme leciona Pinto Monteiro, a necessidade de controle sobre o conteúdo das cláusulas contratuais gerais dá-se em dois planos: o da vontade primeiramente, o da tutela da vontade das partes, considerando-se a ausência de negociação prévia e depois, no nível da fiscalização do conteúdo das condições gerais do contrato.<sup>300</sup>

A questão que se coloca, portanto, é de se saber, como refere Nuno Manuel Pinto Oliveira, se o controle de cláusulas contratuais gerais consideradas abusivas dar-se-á somente no âmbito dos contratos de adesão, ou referir-se-á a todo e qualquer contrato. Além disso, resta saber se referir-se-á apenas às cláusulas contratuais gerais ou também às cláusulas individualizadas.<sup>301</sup>

#### **4.1.1 – A Cláusula geral de boa-fé**

Antes de discorrer sobre a existência de uma cláusula geral de boa-fé é necessário falar sobre o que seria a boa-fé. Inicialmente ressalte-se que se trata da boa fé objetiva, não a subjetiva, ideia ultrapassada no direito contratual. A boa-fé objetiva foi normatizada inicialmente no Direito alemão, inserida no *BGB* através do §242 e, quando surgiu, foi considerada não como uma mera regra rígida, mas como *standard* de conduta, ideia deveras desenvolvida ao longo do tempo.

O art. 15.º do Decreto-Lei 446/85, que apresenta as “disposições comuns por natureza” reza expressamente que: “*São proibidas as cláusulas contratuais gerais*

---

<sup>300</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, in: Revista da Ordem dos advogados, vol. III, dezembro, 1986, pp. 732-769, pp. 742-743): “*Daí que a necessidade de controlo sobre os contratos de adesão se faça sentir não só ao nível da tutela da vontade do aceiteante, como também ao nível de uma fiscalização do conteúdo das condições gerais do contrato, ditada por razões de justiça comutativa.*”

<sup>301</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Contratos de adesão nas relações entre empresas – anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de fevereiro de 2005 (processo n.º 1575/05, 1ª Secção)*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense n.º 15, 2012, pp. 239-254 (p. 242).

*contrárias à boa fé.*” Apesar de a epígrafe do artigo mencionar que se trate de um princípio geral, na verdade trata-se de uma cláusula geral de boa-fé, na qual incluir-se-ão quaisquer situações não previstas especificamente nas outras cláusulas gerais elencadas no Decreto, mas que sejam violadoras da boa-fé que devem observar os contratantes sempre, seja qual for a situação contratual existente. Isto quer dizer que, para além das cláusulas relativamente e absolutamente proibidas, ainda poderão ser declaradas nulas quaisquer outras cláusulas que contenham violação da boa-fé, conforme previsto no art. 15.º do Decreto-lei 446/85.

Trata-se de uma norma aberta, uma diretriz que permite enquadrar situações abusivas que não estejam expressamente elencadas no rol das cláusulas absoluta ou relativamente proibidas. Aliás, cabe lembrar aqui que mesmo o rol elencado na lei é exemplificativo, pois dispõe que são proibidas “designadamente” as cláusulas ali descritas, indicando a não exclusividade das hipóteses ali descritas. A cláusula geral de boa-fé parece servir, portanto, como critério maior de valoração das condutas identificáveis a partir das hipóteses previstas em lei. À partida, terá o efeito de uma norma de validade das cláusulas contratuais – que serão consideradas nulas, na medida em que não se enquadrem, ou melhor, violem, além das condutas expressamente previstas, a boa-fé. Segundo Mota Pinto: “(...) o princípio da boa fé se ajusta a - e contribui para – uma visão do direito em conformidade com a que subjaz ao Estado de Direito Social dos nossos dias, intervencionista e preocupado por corrigir desequilíbrios e injustiças, para lá das meras justificações formais.”<sup>302</sup>

Mas, apesar de a base para a utilização da boa fé como indicador de ineficácia de cláusulas contratuais gerais ter sido a legislação e jurisprudência alemãs, mormente a cláusula geral de controle de conteúdo contida no §9, n.º 1, da *AGB-Gesetz*<sup>303</sup>, não é pacífica a sua utilização como diretriz ao respectivo controle. Há doutrinadores que se colocam diametralmente contra a necessidade da existência de uma cláusula geral de boa-

---

<sup>302</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 4ª edição, 2005 (p. 124).

<sup>303</sup> *AGB-Gesetz*, §9, n.º 1: “*As cláusulas contratuais gerais são ineficazes quando, contra os ditames da boa-fé, prejudicam de maneira inadequada a contraparte do usuário*” (trad. livre). O texto do referido artigo foi mantido integralmente, no § 307, I, n.º 1, do *BGB*. Cabe ressaltar que o diploma legal em questão nunca fora direcionado exclusivamente à proteção dos consumidores, aplicando-se, à partida, a todos os tipos de contrato com cláusulas contratuais gerais, com graus de proteção diferentes, entretanto. Quando se tratar de uma relação entre empresário e consumidor a proteção será maior, contanto, inclusive, com o controle de cláusulas abusivas. Também convém lembrar que mesmo o exemplo original no qual se espelhou Portugal traz problemas no ordenamento jurídico alemão, tendo em vista a amplitude do princípio, conforme alerta Hans-W. Micklitz (MICKLITZ, Hans-W., *German unfair contract terms act and the EC Directiv 93/13*, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 5, março, 1996, pp. 96-109).

fé, afirmando que tal cláusula estaria, inclusive, deslocada, por considerá-la fora de contexto e até inútil.<sup>304</sup>

Entretanto, a despeito destas opiniões, vale lembrar que há diferentes interpretações, notadamente se considerarmos os diferentes ordenamentos jurídicos dos 27 estados-membro da união europeia. A diretiva comunitária 93/13 adotou claramente a orientação alemã,<sup>305</sup> de modo a difundir a ideia pelos demais ordenamentos jurídicos europeus em razão da necessidade de harmonização da matéria. No preâmbulo da diretiva procuram-se dirimir as dúvidas eventualmente existentes acerca da função da cláusula geral de boa fé.<sup>306</sup> Entretanto, o considerando n.º 16 do mesmo traz situações diversas, em que nota-se claramente uma multiplicidade de funções atreladas à boa-fé, situação que, se ao mesmo tempo facilita a aplicação do princípio, aumenta as dúvidas acerca da sua função específica.<sup>307</sup>

E ainda é defensável o ponto de vista segundo o qual, agindo ou não o predisponente de boa fé, uma cláusula contratual geral pode ser considerada abusiva, acaso

---

<sup>304</sup> No Direito brasileiro a primeira legislação a mencionar a boa-fé foi o Código Comercial, que em seu artigo 131, I, Dispunha que sendo “*necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e a natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras [...].*” Já o Código Civil de 1916 trazia disposição específica referente à boa-fé nos contratos de seguro. Em seu art. 1.443 dispunha que: “*o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes*”. Porém, o Código de Defesa do Consumidor foi a primeira norma a dispor sobre a boa-fé objetiva, prevista especificamente no art. 4º, III, e como cláusula geral de comportamento no art. 51, IV. Após isto, em 2002, o princípio da boa-fé foi inserido no Código Civil de 2002, como cláusula geral nos arts. 113, 187 e 422, passando assim a gerar efeitos para todo o sistema jurídico civilista.

<sup>305</sup> Diretiva CEE 93/13, art. 3.º, n.º 1: “*Uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.*”

<sup>306</sup> Quanto à função da boa-fé objetiva no ordenamento brasileiro, a doutrina tem entendido que cumpre três diferentes funções, que seriam: a) função interpretativa dos contratos; b) função integradora (como norma criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; c) função de controle, constituindo norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos. Neste sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p.427-428; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.76-85; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil- Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.35.

<sup>307</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *A boa fé como normade validade*, in “*Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*”, vol. II, Coimbra, 2010, pp. 667-732 (p. 710): “*Na verdade, se as últimas referências põem, aparentemente, a claro que, na óptica do legislador da directiva, a (eventual) imputação ao utilizador de uma conduta relacional incorrecta, para além da conrporizada nos termos contratuais, conta para o resultado do controlo do carácter abusivo das cláusulas, deixam em aberto a questão de saber se esse é um requisito necessário para o seu tratamento como ineficazes.*”

venha a causar prejuízo ao aderente, dependendo do contexto e do estado de ignorância do predisponente acerca de seu conteúdo.<sup>308</sup> Mas esta posição não é amplamente aceita, pois baseia-se na tradução literal do dispositivo italiano do *Codice Civile*, art. 1469-bis, cujo trecho mais significativo está assim disposto: “*malgrado il requisito della buona fede*”, dando a entender, numa interpretação mais descuidada, que a situação de abusividade pode ocorrer apesar da boa-fé, ou seja, esteja ela presente ou não.

A questão mais relevante, portanto, é a de saber se a boa-fé como critério de validade prescinde da conduta do predisponente ou se fixa um parâmetro, uma diretriz diretamente atinente ao conteúdo, ou seja, se basta o conteúdo desequilibrado para ser considerada abusiva a cláusula ou se é relevante, cumulativamente, a conduta do predisponente contrária à boa-fé. Perguntar-se-á, ainda, se o fato de a cláusula trazer prejuízo desproporcional ao aderente significa que foi redigida em violação à boa-fé que o predisponente possui o dever de observar, ou se, ao contrário, o fato de uma determinada cláusula contratual geral violar a boa-fé automaticamente se traduz num prejuízo desproporcional ao aderente. Ou ainda se, por outro lado, trata-se de duas premissas que andam juntas e devem sempre coincidir.

Segundo Joaquim de Sousa Ribeiro, o princípio da boa-fé funciona como instrumento de limitação e controle da liberdade contratual, pois a sua inobservância implicaria em prejuízo desproporcional a aderente, conduzindo à proibição (invalidade) da cláusula contratual respectiva e sob esse aspecto a boa-fé funcionaria como critério de validade da cláusula contratual geral.<sup>309</sup> Ainda segundo o mesmo autor, o recurso à boa-fé na lei das cláusulas contratuais gerais surgiu, apesar de não se tratar da sua zona típica, a partir da evolução dos estudos acerca das condições gerais dos contratos, no sentido de que, como a intervenção corretiva tinha por objetivo impedir a violação à liberdade contratual, acabou-se por criar uma conexão com as funções clássicas da boa-fé na sua faceta de norma comportamental.<sup>310</sup> E defende ainda que a violação da boa-fé se caracteriza na medida em que determinada cláusula contratual é redigida de forma desproporcionalmente prejudicial ao aderente, que, por sua vez, encontra-se totalmente limitado – pode-se até dizer privado - de sua autodeterminação. Ao predisponente caberia agir com razoabilidade, evitando a redação de cláusulas contratuais lesivas ao potencial

---

<sup>308</sup> MENGOZZI, Pieralberto, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali*, CEDAM, 2004, pp. 18-19.

<sup>309</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *A boa fé como normade validade*, in “*Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*”, vol. II, Coimbra, 2010, pp. 667-732 (p. 728/729).

<sup>310</sup> *Idem*, p. 691.

aderente; a inobservância a esse dever de moderação acarretaria a violação da boa-fé (justificando pois o controle pela norma de validade). Significa dizer que o predisponente, por possuir um poder muito maior que o aderente de dispor unilateralmente das cláusulas contratuais fica sujeito, em contrapartida, a sempre agir com boa-fé, sob pena de se sujeitar à invalidade das cláusulas que estipulou.

Mas há autores que entendem que o critério é autônomo. Ruben Stiglitz posiciona-se desta maneira e afirma que se uma determinada cláusula contratual infringe a boa-fé, é prescindível verificar a existência de qualquer outro critério que demonstre o desequilíbrio; a recíproca também seria verdadeira, ou seja, se está presente o desequilíbrio e determinada cláusula contratual possui conteúdo abusivo prejudicial ao aderente, não é necessário caracterizar-se, em adição, a violação da boa-fé.<sup>311</sup>

Em França a disciplina das cláusulas abusivas encontra-se traçada no *Code de la Consommation* (art. L. 132-2 ss.). Também aí verifica-se que o legislador suprimiu a necessidade de caracterização da boa-fé como critério definidor da abusividade de uma cláusula contratual.

Há que se considerar ainda que o art. 4:110 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (*Principles of European Contract Law*)<sup>312</sup> prevê a orientação de que as partes contratantes devem evitar a inserção de uma cláusula contratual não negociada se esta for contrária à boa-fé, de modo a indicar um caminho parecido com o da diretiva e do Direito português, ou seja, da invalidade da cláusula violadora de tal princípio, quando causar desequilíbrio contratual mas carecedor de alguma interpretação, conforme afirma Nuno Manuel Pinto Oliveira.<sup>313</sup>

---

<sup>311</sup> STIGLITZ, Ruben S., *Contrato de consumo y clausulas abusivas*, in: Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, Coimbra Editora, 1999, pp. 308-340. O autor afirma a pp. 324/325 que: “Según nuestro punto de vista, la cláusula que infringe la buena fe no requiere para ser considerada abusiva, del auxilio que implica que, por añadidura, consagre un desequilibrio significativo. Lo próprio sucede a la inversa, ya que el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de onerosidad no requiere que, a sua vez, importe una infracción al principio de buena fe.”

<sup>312</sup> THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW - Parts I and II revised 1998 - (Parts I and II revised 1998, Part III 2002) - CHAPTER 4 - VALIDITY - “Article 4:110 (ex art. 6.110) - Unfair terms which have not been individually negotiated: - (1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded.” In: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/4.110.html> , em 1º/10/2014.

<sup>313</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993*, in: Revista Scientia Juridica – Universidade do Minho, n.º 303, julho/setembro 2005, pp. 536-536.

Mas estes não são os únicos aspectos importantes que a cláusula geral de boa-fé apresenta. Se acompanharmos o que fora determinado pelo Tribunal Constitucional alemão veremos que foi conferida uma dimensão muito mais alargada à boa-fé ao indicar que mesmo quando não houver legislação a reger determinada matéria, cabe ao Judiciário utilizar o princípio da boa-fé a fim de buscar a solução mais justa e equilibrada a determinado contrato. Trata-se, em última análise, da utilização do princípio da boa-fé como garantia constitucional da liberdade contratual. Há quem se preocupe inclusive, como Canaris,<sup>314</sup> com a importância demasiada que se deu ao desequilíbrio da relação contratual, entendendo que se trata, em verdade, da necessidade de intervenção judicial sempre que for constatada uma violação à liberdade contratual e não em razão da verificação de um desequilíbrio contratual por si só.

Por fim, o aspecto de maior importância da boa-fé no que se refere às cláusulas abusivas é saber qual o efeito que a constatação de sua violação ocasiona, na prática.

No Código brasileiro de Defesa do Consumidor, que prevê expressamente a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas<sup>315</sup>, ou seja, das cláusulas contrárias à boa-fé, o que ocasiona uma vantagem de efeito prático importante e que não deixa qualquer dúvida a respeito da importância da observância da boa-fé nas cláusulas contratuais inseridas em contratos firmados com consumidores.

Importante dizer, ainda, que muito embora se trate de uma cláusula aberta, a sua aplicação não é absolutamente abstrata, mas sim vinculada à situação concreta, à realidade do contrato, pois positivada de forma sistemática.<sup>316</sup> Não é possível minimizar a importância do princípio da boa-fé ou reduzi-la a mera regra de equidade. Como ensina Franz Wieacker: *“Considerar la clausula general de la que nos ocupamos como un simple ‘derecho equitativo’ significaría, en ultima instancia, renunciar a precisarla desde el punto de vista de la teoría jurídica.”*<sup>317</sup>

Cabe mencionar, por fim, que para Carmelita Camardi, é possível invocar a aplicação da teoria da assimetria contratual com base na cláusula geral de boa fé, o que

---

<sup>314</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina Editora, 2003.

<sup>315</sup> Art. 51 da Lei brasileira nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.

<sup>316</sup> V. MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*, Saraiva editora, 2002, pp. 221: *“Se é bem verdade que o princípio enseja uma tarefa de reconstrução dogmática do Direito obrigacional, também é verdadeiro que esta não é absolutamente uma tarefa arbitrária. A invocação da boa-fé contratual está ‘contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema.’*

<sup>317</sup> WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas S/A., 1977 (p. 28).

seria, entretanto, um pouco genérico. Seria necessariamente a presença do desequilíbrio contratual, não apenas a dependência econômica (se esta, por si só, não causa qualquer problema na relação contratual) a justificar a invocação da tal teoria. É necessário, portanto, que a relação contratual se torne injusta para que se justifique a aplicação da teoria da assimetria contratual.<sup>318</sup>

#### 4.1.2 – A função social do contrato

A função social do contrato pode ser definida, segundo Judith Martins-Costa como: “... a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus corpora normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social ...”<sup>319</sup>

Vale dizer que a função social do contrato pode ser traduzida como princípio norteador das relações contratuais inseridas num contexto em que a Constituição é a diretriz principal e o valor que mais interessa tutelar é o interesse maior por trás da relação individualizada, tudo isso fruto do pensamento sistemático e da ideia de que o contrato já não se admite como um fim por si só, mas sim como um instrumento inserido numa cadeia em que devem ser pensados os seus efeitos e objetivos. Conforme leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “Logo, o princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem.”<sup>320</sup> E o mesmo autor conclui sobre a função social do contrato como limite, tanto interno, como externo, da autonomia privada, verdadeiro fator de determinação do conteúdo da liberdade de contratar.<sup>321</sup>

A função social do contrato representa ainda, e ao mesmo tempo, tanto um fundamento da liberdade de contratar, na medida em que impõe deveres positivos aos contratantes, como um limite a essa mesma liberdade, na medida em que impõe a necessidade de verificar se a relação contratual, não obstante juridicamente regular, seja

---

<sup>318</sup> CAMARDI, Carmelita, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in: *Rivista critica del diritto privato*, dicembre 2005, pp. 549-591 (p. 555/556).

<sup>319</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, *Revista de Direito FGV*, v. I, nº 1, maio/2005, pp. 41-66 (p.41).

<sup>320</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato*, in: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Renovar, 2008, pp. 369-393 (p. 383).

<sup>321</sup> *Idem*, p. 385-386: “Desta forma, a função social do contrato não é simples limite externo ou negativo à autonomia privada, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar.”

revista em razão de eventual violação aos interesses de uma das partes e até mesmo de terceiros. Além disso, permite que, na hipótese contratual concreta, verifique-se a validade de cláusulas contratuais que, mesmo revestidas de aparente legalidade, signifiquem, em tese, eventual prejuízo a uma das partes, por ser a outra mais forte e detentora de maior poder negocial.<sup>322</sup> Segundo Arnoldo Wald: “*A aplicação da função social do contrato deve, portanto, garantir o equilíbrio das prestações. É no equilíbrio que se fundamenta a justiça contratual, de caráter substancial, e não meramente formal.*”<sup>323</sup>

É nessa esteira de pensamento que se passa a “relativizar a relatividade dos contratos”, nos dizeres de Gustavo Tepedino<sup>324</sup>, a fim de perquirir sobre a utilidade e a importância de uma relação contratual não apenas ensimesmada, mas no impacto criado sobre a sociedade. O mesmo raciocínio aplica-se para permitir o questionamento sobre uma relação contratual privada baseada em cláusulas contratuais gerais na qual um dos contratantes esteja em nítida posição de desvantagem que pode não só prejudicá-lo, mas também gerar um impacto negativo na sociedade em que estejam inseridos estes personagens, pela possibilidade, por exemplo, de ser levado o contratante mais fraco à insolvência e tudo o que isso pode significar e acarretar.

É importante ressaltar que os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da liberdade contratual estão intimamente interligados e, no direito brasileiro, encontram-se insculpidos nos artigos 421 e 422 do Código Civil, que se coadunam com o art. 3º, I da Constituição brasileira, cujo objetivo é a construção de uma sociedade solidária. Solidariedade no sentido da exigência de maior cooperação entre os membros da sociedade e a sua integração, de modo a permitir uma estrutura mantenedora do funcionamento social equilibrado.

Segundo Judith Martins-Costa, a propósito do art. 421 do Código Civil brasileiro que consagra o princípio da função social do contrato: “*Aqui está o verdadeiro salto*

---

<sup>322</sup> TEPEDINO, Gustavo, *Notas sobre a função social dos contratos*, in: O direito e o tempo: embates jurídico e utopias contemporâneas, Renovar editora, 2008, pp. 395-405, p. 403: “*A função social, assim, definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para se verificar a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual – cláusulas de sigílio, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras.*”

<sup>323</sup> WALD, Arnoldo, *O interesse social no direito privado*, in: O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas, Renovar, 2008, pp. 77-101, p. 89.

<sup>324</sup> TEPEDINO, Gustavo, *Notas sobre a função social dos contratos*, in: O direito e o tempo: embates jurídico e utopias contemporâneas, Renovar, 2008, pp. 395-405 (p. 401: “*Nessa esteira, o princípio da função social dos contratos enseja a mitigação da relatividade dos contratos, ou a relativização da relatividade, por meio da imposição de deveres aos contratantes, não devendo ser entendido como mera ferramenta para ampliação das garantias contratuais na hipótese de lesão contratual provocada por terceiro cúmplice – o que seria um contra-senso*”).

*qualitativo que encontro no art. 421: o entender que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato, pressupondo internamente conformado o direito de liberdade (de contratar) em campos de especial relevância ao bem comum.*<sup>325</sup>

Cabe lembrar que os contratos são instrumentos jurídicos que propiciam a circulação de bens e riquezas e a ativação da economia de mercado, de modo que o contrato cumpre a sua função social quando permite a manutenção das trocas econômicas com o devido equilíbrio. Para tanto, é necessário reconhecer a possibilidade de extensão dos efeitos do contrato a terceiros não envolvidos e que, portanto, não declararam sua vontade, dependendo do objeto tratado. Necessário mitigar o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, segundo o qual o contrato atinge estritamente as partes contratantes.

Segundo Giuseppe B. Ferri, a causa do contrato não deve representar apenas o escopo prático individual perseguido, mas deve observar-se, também, a função econômico-social do contrato.<sup>326</sup> Além disso, é de se observar à partida que a Constituição é o guia dos direitos do homem e que eventuais devem ser aplicados diretamente da Constituição, que nunca pode ser descurada. Conforme leciona Canaris: “..) os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado.”<sup>327</sup> Ainda nos dizeres de Gustavo Tepedino: “Entretanto, mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados, pela identidade de ratio, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas.”<sup>328</sup>

---

<sup>325</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, Revista de Direito FGV, v. I, n.º 1, maio/2005, pp. 41-66, p. 58.

<sup>326</sup> FERRI, Giovanni. B., *Le stagioni del contratto e le idee di Guido Alpa*, in: Rivista del diritto commerciale, n.º 2, Piccin, 2013, pp. 205-244. pp. 235-236: “ (...) In questa nuova dimensione, essa (causa del contratto) non dovrebbe più esprimere lo scopo pratico individuale perseguito dai contraenti, ma piuttosto, in una chiave anch'essa dirigista (e corporativa), dovrebbe costituire quella funzione economica-sociale del contratto.”

<sup>327</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, 2003 (p. 36).

<sup>328</sup> TEPEDINO, Gustavo, *As relações de consumo e a nova teoria contratual*, in: Temas de Direito Civil, Renovar, 4ª edição, vol. I, 2008, pp. 229/295 (pp. 245/246).

A própria lei, portanto, pode trazer instrumentos capazes de fazer incidir uma complementação aos contratos, de modo a atingir terceiros não envolvidos ou, ao contrário, evitar que se produzam efeitos negativos na esfera de terceiros, como é o caso das regras de controle da inserção das cláusulas contratuais gerais que visam a impedir que o redator das mesmas agrida o contratante mais fraco.

Mas a função social do contrato não pode ser confundida com assistencialismo ou caridade, pois em nada se coaduna ou pode ser confundida com assistência social cabendo-lhe, objetivamente, promover a usteza e equiúbrrio da relação contratual. Conforme lecionam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem: “*Segundo o emérito professor de filosofia do direito da Universidade de Erlangen-Nürnberg, Reinhold Zippelius, o direito deve ser um instrumento para uma organização social justa e equilibrada (zweckmäßiger und gerechter Sozialgestaltung).*”<sup>329</sup>

Vale destacar ainda a perspectiva segundo a qual o contrato, além de exercer uma função social, é um instituto dinâmico, que deve se adequar às situações concretas e às realidades em constante mutação. Conforme leciona Arnaldo Wald: “*Como já dito, o contrato deixou de ser um negócio jurídico isolado, uma relação jurídica estática, uma espécie de bolha ou ilha isolada, para transformar-se num bloco de direitos e obrigações, verdadeiro ente vivo de caráter dinâmico, um vínculo que evolui de acordo com as circunstâncias, mas que mantém o equilíbrio inicialmente estabelecido entre os contratantes.*”<sup>330</sup>

Mas, naturalmente que todo este pensamento não é unânime na doutrina. Luciano Benetti Timm,<sup>331</sup> valendo-se de argumentos não apenas jurídicos, mas também econômicos, sustenta que a função social do contrato enquanto instrumento precursor da

---

<sup>329</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*, 3ª ed. Munique: Beck, 1994. P. 258. In MARQUES, cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno, *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, RT, 2ª edição, 2014, p. 123.

<sup>330</sup> WALD, Arnaldo, *O interesse social no direito privado*, in: O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas, Renovar editora, 2008, pp. 77-101, p. 82-83.

<sup>331</sup> TIMM, Luciano Benetti, *Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica*, in: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf>, pesquisa em 09/03/2016. Confira-se o seguinte trecho da obra: “*Trata-se da função social secundária do direito contratual - corrigir as falhas do mercado de modo a permitir que as partes atinjam a utilidade máxima (acrécimo de riqueza na sociedade) – vale dizer, fazer os contratos funcionar como deveriam. O Direito passaria a tomar conta da estrutura do mercado e do ambiente no qual os contratos são realizados, mas a distribuição de riqueza entre as partes ficaria a estas reservada. O Estado não precisaria intervir na relação contratual para redistribuir o saldo positivo gerado. Bastaria criar regulação a fim de evitar o abuso de poder econômico e para exigir a divulgação de informações (sobre produtos, ações, companhias, etc).*”

justiça distributiva não é capaz de ajudar efetivamente na distribuição equitativa de riquezas, pois a intervenção do Estado, pontualmente, em contratos cujos conteúdos sejam reclamados em Juízo, por exemplo, acaba por gerar vantagem somente àquele que reclamou em detrimento de determinada coletividade que continua submetida aos termos de determinado clausulado geral, causando externalidades que sobrecarregam esta mesma coeltividade. Mas mesmo por este entendimento, admite-se uma “função social secundária” do direito contratual, consistente na busca da correção das falhas de mercado, de modo a regular os contratos de maneira geral e fazê-los funcionar como deveriam.

Parece-nos muito difícil admitir que somente esta função “secundária” seria capaz de, através de uma regulação específica, dar conta de todas as falhas possivelmene existentes e menos ainda de corrigi-las, o que somente é possível verificar no caso concreto. É óbvio e natural que deva existir uma regulação, pois já se comprovou que o mercado não consegue se autoregular atendendo a todos os diversos interesses existentes. Mas daí a entender que esta regulação é suficiente a dirimir as falhas de mercado seria admitir que os contratantes estão todos, sempre, em pé de igualdade e perfeitamente cientes e satisfeitos quato aos termos contratuais a que aderem (no caso de contratos baseados em cláusulas contratuais gerais), o que não corresponde à realidade.

#### **4.1.3 - Proteção ao contratante enfraquecido (razões para a proteção)**

A ideia da necessidade de proteção ao contratante enfraquecido é muito clara e reside no fato de que, quanto mais debilitada se encontra a posição uma das partes numa relação jurídica, maior a probabilidade de ver-se impossibilitada de exercer os seus direitos e ver respeitada a sua posição contratual e os seus interesses. É a partir desta premissa que surge o reconhecimento da maior necessidade de proteção, pois quanto menor a capacidade de autodeterminação de uma das partes dentro de uma relação jurídica, menor a sua autonomia.

Como afirma Carmelita Camardi: *“La mancanza di trattativa individuale, da una parte, e l’esistenza di una situazione di soggezione/dipendenza econômica dall’altra rappresenterebbero poi i due diversi ma simili contesti che generano l’abuso e lo*

*squilibrium*.<sup>332</sup> Ou seja, a inexistência de tratativas contratuais, de um lado, e a situação de sujeição/dependência econômica de um dos contraentes, do outro, representariam dois contextos diversos mas similares capazes de gerar uma situação de abuso e desequilíbrio e é justamente essa situação de desequilíbrio entre as partes que merece ser retificada, sob pena de injustiça contratual.

A fim de buscar um caminho através do qual seja possível este reequilíbrio, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem<sup>333</sup>, afirmam que é necessário repensar as relações de direito privado e os consequentes conflitos daí decorrentes, relações estas hoje muito marcadas pelo pluralismo, o que conduz ao reconhecimento de um caminho de proteção aos vulneráveis, de um modo de agir com mais ética, que conduz não só à elaboração de leis específicas, protetivas, mas também torna imperativo o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, mesmo nas relações de caráter exclusivamente privado.

Louis Josserand, já em 1950, afirmava que a necessidade de proteção ao mais fraco em uma relação jurídica não decorre de sua condição pessoal, mas do objeto da própria relação, sendo necessário, em primeiro lugar, defender a parte mais fraca do ataque da mais forte. E assim disse textualmente: *“A concepção moderna de proteção aos fracos é, entretanto, profundamente diferente da antiga; geralmente, se não sempre, não é a pessoa do protegido que constitui o objeto das medidas protetoras, e estas incidem de maneira bem diferente. É à parte contrária que se ataca e cuja atividade se paralisa e condiciona. É ao mais forte que se domina, a fim de que não explore injustamente o mais fraco; o handicap é para ele e não contra a sua vítima.”*<sup>334</sup> E é o mesmo autor que, em uma de suas últimas obras anuncia que o contrato estaria se tornando, aos poucos, menos “contratual”, evidenciando-se um lado social que tenderia a predominar sobre as suas características individuais, digamos assim.<sup>335</sup>

Pertinente ainda citar Cristiano Heineck Schmitt quando se refere à necessidade

---

<sup>332</sup> CAMARDI, Carmelita, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti “reticolari”*, in: *Rivista critica del diritto privato*, dicembre 2005, pp. 549-591 (p. 555/556).

<sup>333</sup> MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno, *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, RT, 2ª edição, 2014, p. 109.

<sup>334</sup> JOSSERAND, Louis, *A proteção dos fracos pelo direito*, *Revista Forense*, vol. CXXVIII, fascículo 561, 1950, pp. 363-369, p. 368.

<sup>335</sup> JOSSERAND, Louis, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: Le contract forcé et le contract légal*, in: [http://droit.wester.ouisse.free.fr/pages/brocantes/Josserand/j\\_contrat\\_dirige\\_S.htm](http://droit.wester.ouisse.free.fr/pages/brocantes/Josserand/j_contrat_dirige_S.htm), pesquisa em 03/06/2016. Assim se refere o autor: *“Le contrat devient de moins en moins contractuel; en lui, le côté social tend a prédominer sur le tempérament individuel; sous le contrôle du législateur et du juge, il obéit à une discipline toujours plus stricte.”*

de proteção ao contratante mais fraco (no caso concreto o consumidor) como um *favor debilis*, não por assistencialismo, mas pela necessidade de reequilíbrio da relação contratual. Veja-se: “*Embora se vislumbre com nitidez um favor debilis na tutela de proteção do consumidor, não se trata, a nosso ver, de um mero assistencialismo. O que se objetiva com esta tutela especial, como ensinam Benjamin e outros, é ‘a superação da idéia - comum no direito civil do século XIX - de que basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade.’ Em verdade, ao se pugnar por uma tutela efetiva de proteção do consumidor, a pretensão volta-se ao equilíbrio das relações negociais a qual poderá ser maculado diante de eventual abuso do detentor dos meios de produção, responsável pela inclusão de bens e serviços no mercado.*”<sup>336</sup>

Por isso, o objetivo principal da existência de um controle de cláusulas contratuais gerais não é a nocividade de que estas cláusulas se encontram potencialmente revestidas, mas sim a necessidade de proteção das pessoas em detrimento de quem elas sejam aplicadas (caso consideradas nocivas, abusivas). Isto porque a superioridade técnica e econômica do predisponente é indubitável, não deixando outra opção ao aderente que não a de assinar o contrato aderindo às cláusulas predispostas. A proteção deverá decorrer do controle de validade destas cláusulas, que por sua vez acarretará o imprescindível reequilíbrio da relação contratual que, por consequência, voltará a ser justa.

O Tribunal Constitucional alemão tem se posicionado de forma a reconhecer a existência de situações em que deve ser negada a capacidade de vinculação das partes a determinado contrato, em razão da necessidade de se conferir tutela efetiva aos interesses de uma delas, pela observância a imperativos constitucionais, baseados na proibição à violação da autonomia. Numa decisão do referido Tribunal Constitucional de 19.10.1993 (JZ 1994, 409)<sup>337</sup> foi adotada a expressão “inferioridade estrutural” de uma das partes em relação à outra, mais forte contratualmente, quando esta, por possuir uma superioridade manifesta, acaba por impor unilateralmente as regras contratuais, reduzindo o consenso a uma questão meramente formal.

É com base na admissão de *debbollezza* de uma das partes no contrato de adesão que se impõe a proteção. Como muito bem refere António Pinto Monteiro, como o aderente não possui condições de se defender sozinho perante o predisponente, cabe à lei

---

<sup>336</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck, *A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência*, Revista dos Tribunais, vol. 880/2009, Fev/2009, pp. 887-911 (pp. 887/888).

<sup>337</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, 1999.

impor *limites acrescidos* (à liberdade de contratar do predisponente) a fim de compensar tal falha estrutural da relação contratual que faz com que o mecanismo contratual seja defeituoso, pelo menos *de per si*.<sup>338</sup>

Mais uma vez cabe mencionar Jossierand, visionário na matéria, quando afirma que: “*Os clientes das grandes companhias sofrem cada vez mais a lei destas, pois não poderiam pretender tratar de igual para igual com uma poderosa administração de estradas de ferro ou com companhias de seguros. As condições das operações que celebram com essas sociedades não são, em absoluto, debatidas. As tratativas são reduzidas ao minimum estrito, porque a companhia está armada de um regulamento por ela elaborado e ao qual o cliente se conformará em aderir, se não achar melhor abster-se de contratar. (...) Conclui-se um contrato de adesão, no qual se suporta a lei do mais forte, sem mais outra. Será necessário, de toda a justiça, que o direito acuda em socorro de tanta fraqueza.*”<sup>339</sup>

No direito brasileiro, o Código Civil prevê a possibilidade de revisão da relação contratual em razão de acontecimentos supervenientes ou não, mas reconhecidos após ter sido firmado o contrato. É o caso dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva. O instituto da lesão, previsto no art. 157 do CCb, prevê que o negócio jurídico é anulável quando a pessoa que o celebrou o fez por extrema necessidade ou ainda por ou inexperiência, obrigando-se ao pagamento de prestação desproporcional. E o instituto da onerosidade excessiva, art. 478 do CCb, prevê a possibilidade de revisão da relação contratual quando, nos contratos de prestação diferida no tempo (execução continuada ou diferida) a prestação assumida se mostrar extremamente excessiva no curso da relação, apresentando, em contrapartida, vantagem desproporcional à parte contrária. Trata-se da onerosidade excessiva. Relativiza-se o efeito vinculante dos contratos traduzido pelo *pacta sunt servanda*. Quanto às causas existentes no momento da contratação, o CCb adota a teoria da lesão. Com relação às causas supervenientes, a teoria da imprevisão, conforme

---

<sup>338</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, in: Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, Coimbra Editora, 2001, pp. 131/163 (p. 159). Num interessantíssimo trecho deste trabalho, o autor afirma que: “*Daí os limites acrescidos; se ao aderente não é dada a possibilidade de se defender pelos seus próprios meios, terá de ser o legislador a compensar essa falha, intervindo a fim de evitar abusos. O mecanismo contratual não funciona ou funciona mal em tais casos, fracassando concomitantemente o modelo de justiça contratual a que conduz. Daí, repete-se, os limites acrescidos à liberdade contratual, impondo-se deveres ou proibindo-se cláusulas, em contratos de adesão, diferentemente do que sucederia em contratos negociados.*”.

<sup>339</sup> JOSSERAND, Louis, *A proteção dos fracos pelo direito*, Revista Forense, vol. CXXVIII, fascículo 561, 1950, pp. 363-369, pp. 367-368.

previsto no art. 317 do CCb, sendo certo que a responsabilidade pela desproporção não é atribuível a nenhuma das partes, muito embora seja decorrente de um problema de poder de mercado, uma falha mercadológica, portanto, ou seja, decorrente dos efeitos deletérios das falhas de mercado.

Mas para Lorenzo Delli Priscoli a tutela do “*imprenditore debole*” é diversa da tutela do consumidor, pois este último possuiria uma presunção de inexperiência frente ao profissional, enquanto o empresário mais fraco não se encontraria nesta posição, justamente por tratar-se de um profissional, negando, inclusive, a aplicação por analogia, da legislação do consumidor ao empresário mais fraco. Tal doutrinador admite, inclusive, que em se tratando de uma situação de abuso decorrente de eventual dependência econômica do empresário mais fraco, a sua tutela poderia ser até superior à do consumidor, mas nunca igual, nunca baseada nas mesmas premissas e na legislação consumerista. E o mesmo autor conclui que mesmo que um empresário seja considerado inesperto em determinada situação, o seu dever de agir profissionalmente lhe impede de invocar tutela equiparada à do consumidor, presumindo, portanto, a inexistência do prefalado desequilíbrio contratual.<sup>340</sup>

De qualquer sorte, qualquer que seja o “*contraente debole*”<sup>341</sup>, consumidor ou empresário em posição de fraqueza numa relação entre empresários, um vez reconhecida a fragilidade do contratante impõe-se investigar eventual abusividade de cláusulas contratuais gerais que não tenham sido negociadas entre as partes, cujo objeto tenha sido exatamente o ponto nodal da causação de prejuízo à parte reconhecidamente mais fraca.

Neste sentido, Vincenzo Roppo menciona um julgado da Corte di Giustizia em que foi reconhecida a fragilidade de uma empresa em relação à outra, capaz de comprometer seriamente sua liberdade de contratar as cláusulas contratuais (naturalmente impostas pela parte mais forte).<sup>342</sup>

---

<sup>340</sup> DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *La rilevanza dello status per la protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in: *Rivista del diritto commerciale*, Piccin, n.º 2, 2012, pp. 311-353 (p. 349-352).

<sup>341</sup> PIRO, Elisabetta, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Dike Giuridica Editrice, 2013. Segundo a referida autora, de fato, o exemplo mais claro do que seria o “*contraente debole*” seria mesmo a do consumidor; porém, haveria diversos outras situações em que, apesar de o contrato não ser decorrente de uma relação de consumo, caracterizar-se-ia facilmente um desequilíbrio contratual. Assim afirma: “*Un chiaro e fulgido esempio del contraente debole è quello dell’ormai tipizzato ‘consumatore’, ma bisogna rilevare come la tutela predisposta a favore della parte debole del contratto non sai solo quella consumeristica, rivenendosi all’interno della legislazione molteplici normative di ‘protezione’.*”

<sup>342</sup> ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto del duemila*, G. Giachiapelli editore, 2000, p. 128. A decisão se deu no caso *Courage X Crehan*, n.º C-453/99, da *Corte di Giustizia*, sentença de 20 de setembro de 2001.

#### 4.1.4 – Necessidade de reequilíbrio da relação assimétrica

Ao se tratar a situação de assimetria contratual não se o faz apenas por interesse acadêmico, mas sim por questões práticas da maior relevância, que culminam na busca da minimização das injustiças contratuais. É por isso que o reequilíbrio de uma situação contratual com assimetria de poder entre as partes impõe-se não apenas em razão de imperativos legais,<sup>343</sup> mas em nome da busca de correção dos desvios da economia – não só micro, mas também macro economia, pois os contratos assimétricos traduzem uma deformidade do mercado, um comportamento distorcido da economia, o que é naturalmente prejudicial ao mercado e à sociedade como um todo.

É de se cogitar, inicialmente, que são necessários mecanismos legais a fim de promover o reequilíbrio de uma relação contratual desequilibrada,<sup>344</sup> mecanismos estes que são relativamente modernos, cabendo ao jurista utilizá-los da melhor forma possível no objetivo de buscar a correção de uma situação distorcida.<sup>345</sup>

Muitas vezes esses mecanismos, ou meios de correção, se mal empregados ou incidentes à hipótese concreta no afã de minimizar a falha de mercado, acabam por também por ocasionar as distorções que se pretendeu evitar. Por esse mesmo motivo, políticas assistencialistas não são cabíveis nesta seara, muito embora sejam eficientemente empregadas em outros setores. A vulnerabilidade do consumidor não é questão atinente às políticas de assistência social, muito embora enquadre-se no campo das políticas de promoção da igualdade. São campos diversos, embora busquem socialmente o atingimento da mesma finalidade, que é a igualdade social. A busca da manutenção do sinalagma não é apenas a busca da perfeição da bilateralidade do contrato, mas sim busca o estabelecimento de um verdadeiro equilíbrio entre as obrigações contratuais.

---

<sup>343</sup> Recorde-se que a própria diretiva comunitária n.º 93/13, ao definir as cláusulas abusivas, pressupõe o controle de sua existência e conseqüente combate às mesmas, em razão justamente de traduzir um desequilíbrio contratual entre o profissional e o consumidor, claramente em desfavor deste último.

<sup>344</sup> Segundo Vincenzo Roppo: *“la tradizione insegna che l’equilibrio contrattuale non è sindacabile, e che gli eventuali squilibri no danno luogo a impugnative o altro genere di remedi.”*<sup>344</sup>

<sup>345</sup> CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 2ème ed., Paris, Dalloz, 1986. Calais-Aulouy dizia, em 1986, que não existia no direito francês qualquer princípio geral que assegurasse diretamente o equilíbrio do contrato. Naturalmente que hoje dispomos de mecanismos como as leis de defesa das relações de consumo, as diretivas comunitárias que versam sobre relações de consumo e as próprias, dentre outros mecanismos internos. Assim dizia Calais-Aulouy, na obra retro, p. 157: *“Il n’existe, en droit français, aucun principe general assurant directement l’équilibre du contrat. Du moment qu’elle résulte d’un accord de volontés, la convention fait la loi des parties, quelque avantage ou désavantage qu’elle presente pour les contractants. Chacun est censé être le meilleur juge de ses intérêts. D’où l’axiome: “Quid it contractuel, dit juste.”*

Conforme leciona Cláudia Lima Marques: “*O papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, a impor uma maior boa-fé nas relações no mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma e, por consequência, o equilíbrio contratual*”<sup>346</sup>

A legislação vigente, tanto em Portugal como no Brasil e na maioria dos países europeus, prevê mecanismos de proteção e reequilíbrio da relação contratual, a partir do reconhecimento de que uma relação contratual pode não conter um vício de consentimento mas conter, por outro lado, um fator de desestabilização em detrimento de uma das partes, que conduz à necessária retífica a fim de fazer retornarem as partes ao *status quo ante*, no qual estariam ambas satisfeitas, pois o objetivo do contrato não é beneficiar um delas em detrimento da outra, mas sim trazer direitos e obrigações a ambas, num sinalagma perfeito.

Como formas de instrumentos de reequilíbrio podem ser citados, por exemplo, o instituto da lesão ou mesmo da imprevisão, acima mencionados. Conforme leciona Judith Martins-Costa, a respeito de disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil brasileiros: “*Para além da lesão, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil também permitem ao juiz revisar o contrato quando fatos supervenientes à sua conclusão tornarem excessivamente onerosa a prestação, embora o façam por modos distintos, exigindo distintos pressupostos.*”<sup>347</sup>

Cabe destacar aqui importante colocação de Ana Prata segundo a qual: “*Uma imposição constitucional de actuação estatal pautada pela remoção dos obstáculos a uma efectiva igualdade entre os cidadãos não pode, desde logo, a um nível geral, deixar de determinar uma orientação legislativa e jurisdicional no sentido de integrar as posições de desequilíbrio contratual através de medidas tuteladoras da capacidade negocial real das partes contratualmente débeis.*”<sup>348</sup>

E ainda conforme afirma Cláudia Lima Marques acerca da necessidade de reequilíbrio contratual, muito embora refira-se à situação do consumidor, que representa uma relação assimétrica específica: “*Concentrar-se no desequilíbrio apenas econômico do*

---

<sup>346</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, vol. 1, jan/mar/2000, pp. 13/57 (p. 29).

<sup>347</sup> MARTINS-COSTA, Judith / BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*, Saraiva, 2002, pp. 212.

<sup>348</sup> PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, 1982, pp. 106.

*contrato de consumo seria uma visão limitada de equidade contratual (Vertragsgerechtigkeit) imposta pelo CDC e pelo princípio da boa-fé objetiva. A noção há de ser mais ampla, pois o que se quer é o reequilíbrio total da relação, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno, única formade manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que são a base funcional que origina a troca econômica.*”<sup>349</sup>

## **4.2 – Formas de aplicação das cláusulas contratuais gerais**

### **4.2.1 - Equiparação do empresário mais fraco ao consumidor**

Uma das questões vitais no enfrentamento da assimetria contratual e da aplicação de cláusulas contratuais aos contratos assimétricos passa pela equiparação ou não – afinal – do empresário em posição mais fraca ao consumidor.

Após tudo o que já foi dito sobre o tema e apesar das variadas opiniões a esse respeito, faz-se mister adotar uma posição que defina o papel do empresário mais fraco dentro de uma relação assimétrica como sendo equiparado ao do consumidor ou não, pois somente assim poder-se-á encontrar um “ponto ótimo” de aplicação das cláusulas contratuais gerais às situações concretas sem confundí-las.

A Corte Constitucional italiana, por exemplo, não admitiu a equiparação do empresário em posição enfraquecida ao consumidor, sob o argumento de que o consumidor possui a capacidade de negociação reduzida, o que não ocorre com o empresário<sup>350</sup>. Tal Corte partiu da premissa de que o empresário, ainda que enfraquecido, não é desprovido de tutela, portanto, pode e deve utilizar-se de outros mecanismos legais existentes – quiçá melhores - que não aqueles colocados à disposição do consumidor.

Segundo Lorenzo Delli Priscoli<sup>351</sup>, a razão de ser desta escolha constitucional residiria na própria necessidade de manutenção de em equilíbrio dentro de uma economia forte, pois ao admitir que empresários podem ser tratados da mesma forma que consumidores seria equivalente a admitir uma economia fraca em que os empresários fossem fracos e que necessitassem da tutela do estado para sobreviver. Doravante, admite o

---

<sup>349</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, RT, 7ª edição, 2014, p. 287.

<sup>350</sup> *Corte costituzionale*, 22 novembre 2002, n. 469.

<sup>351</sup> Delli Priscoli, Lorenzo, “*Consumatore*”, “*imprenditore debole*” e principio di uguaglianza, in *Contratto e impresa*. Padova, n.º 2 (Luglio-Dicembro), 2003, pp. 748-767.

mesmo autor que o único caso em que o empresário enfraquecido pode ser equiparado ao consumidor é aquele em que ele não tenha tido a oportunidade de realizar uma escolha contratual autônoma, que seria o caso de abuso de dependência econômica. Ainda assim o autor defende uma dificuldade de caracterizar-se a posição de fraqueza de um empresário numa relação contratual.

Pagliantini parece posicionar-se neste mesmo sentido e alerta para o paradoxo criado a partir da situação em que, visando conferir proteção aumentada ao empresário supostamente mais fraco, acaba-se por conferir maior tutela às relações entre empresários em que haja um empresário mais fraco do que a tutela que é dada ao consumidor, afirmando categoricamente a inviabilidade de se admitir esta hipótese.<sup>352</sup>

No entanto, há muitas hipóteses um empresário firma um contrato cujo objeto pertence a uma matéria que desconhece, apesar de ser profissional, restando patente a sua hipossuficiência técnica<sup>353</sup> naquela questão, o que justifica uma maior tutela de seus interesses. Assim conforme admitido pelo próprio Lorezo Delli Priscoli: *“Ai fini del concetto di ‘debolezza’, rilevante per poter definire un imprenditore come debole, non rilevano quindi le dimensioni dell’impresa: un piccolo imprenditore può pertanto non essere considerato debole, mentre imprenditore debole può essere anche un imprenditore di grandi dimensioni.”*<sup>354</sup>

Segundo Jossierand: *“A ideia do equilíbrio dos direitos suplantou o dogma da soberania.”*<sup>355</sup> E é a partir da ideia de equilíbrio que se pode e deve hoje refazer a fim de obter o equilíbrio entre as partes, o equilíbrio das relações, trazendo maior justiça para as relações jurídicas e observando, naturalmente que a Justiça é um valor muito maior que uma suposta segurança jurídica que somente aproveita a uma das partes.

---

<sup>352</sup> PAGLIANTINI, Stefano, *Per una lettura dell’abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell’imprenditore debole e della microimpresa*, in: Rivista del diritto commerciale, n.º 2, ano CVIII, 2010, pp. 409/446. Assim o diz: (p. 419): *“col reputare rilevante lo squilibrio economico nei soli contratti tra professionisti s’ottiene, si dice, il curioso risultato di garantire al professionista debole un tipo di protezione maggiore di quella riservata ex lege alla classe dei consumatori. E questo, si chiosa, è incomprensibile a meno di non ritenere che la categoria delle imprese satelliti o vessate meriti, avverso le clausole abusive, una ‘protection plus forte que les consommateurs’. (...) Insomma, più statuti del rapporto obbligatorio e, in loro corrispondenza, una composita modulazione dei rimedi possibili.*

<sup>353</sup> Tal expressão é muito utilizada no direito do consumidor no Brasil, onde se dividem em dois os tipos a hipossuficiência: técnica e econômica, podendo coincidirem ou não as duas em um negócio jurídico firmado com um consumidor ou uma pessoa em notório desequilíbrio contratual. Basta que uma delas esteja presente e que dificulte a tutela do aderente para caracterizar-se o desequilíbrio da relação contratual.

<sup>354</sup> DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *La rilevanza dello status per la protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in: Rivista del diritto commerciale, Piccin, n.º 2, 2012, pp. 311-353 (p. 347).

<sup>355</sup> JOSSERAND, Louis, *A proteção dos fracos pelo direito*, Revista Forense, vol. CXXVIII, fascículo 561, 1950, pp. 363-369, pp. 364.

#### **4.2.2 – Utilização das CCG nas relações entre empresários e consumidores**

O meio mais comum de aplicação das cláusulas contratuais gerais nas relações entre empresários e consumidores é através da inserção em contratos de adesão para aquisição de bens e serviços, contratos padrão que são firmados milhares de vezes por dia sem que sequer nos demos conta.

Conforme afirmado já no segundo capítulo deste trabalho, as relações de consumo estabeleceram-se a partir do período pós-industrial, em que as pessoas deixaram de se utilizar apenas da manufatura e da troca e passaram a trocar bens por dinheiro, devido à abundância de ambos – diferentemente da realidade anterior.

Tornou-se frequente a utilização de contratos de adesão, contratos de massa, a fim de fazer circular a riqueza, fazendo surgir, em contrapartida, a necessidade de se promover o respectivo controle, de modo a evitar, ou reequilibrar, possíveis – e prováveis – distorções causadas pela inserção de cláusulas contratuais gerais em contratos de adesão utilizados nas relações de consumo.

Devemos sempre lembrar que a característica mais marcante das cláusulas contratuais gerais é a total impossibilidade de o aderente negociar os seus termos, o que implica no reconhecimento de sua vulnerabilidade face ao fornecedor. Não se pode afirmar, como já dito, que a utilização de cláusulas contratuais, por si só, seja um fenômeno capaz de causar desequilíbrio contratual ou prejuízo a uma das partes. Aliás, na maioria das vezes os contratos firmados a partir de cláusulas contratuais gerais são contratos comuns do cotidiano, que terão seu adimplemento observado por ambas as partes sem que nenhum problema seja observado. O problema ocorrerá quando a parte que se utilizou das cláusulas contratuais gerais inserir alguma cláusula capaz de fomentar o desequilíbrio da relação contratual, traduzindo vantagem para si, em detrimento do aderente.

A preocupação do legislador, tanto o comunitário, como o português, reside na necessidade de enfrentamento das situações potencialmente problemáticas, prevendo, conforme veremos mais especificamente a seguir, mecanismos de controle a fim de evitar ou coibir os abusos praticados pela parte que detenha maior poder na relação contratual, no caso, o fornecedor.

Tanto a diretiva 93/13/UE quanto a LCCG preveem, portanto, listas de cláusulas

proibidas<sup>356</sup> que se destinam a evidenciar parâmetros que devem ser seguidos pelo utilizador das cláusulas contratuais gerais, coibindo o uso de práticas que importem em desvantagem excessiva ao consumidor.

A inserção de cláusulas contratuais gerais em contratos firmados com os consumidores deverá observar, portanto, os parâmetros estabelecidos nos artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º da LCCG. Os padrões ali estabelecidos funcionam de forma diversa, como já dito, sendo certo que os arts. 19.º 22.º referem-se às cláusulas relativamente proibidas, ou seja, a sua inserção é livre, à partida, e a sua manutenção no contrato dependerá da interpretação que se lhe dê, do sentido e aplicabilidade prática, devendo prevalecer caso seja demonstrado que não há prejuízo para a parte aderente.

A mecânica estabelecida nos artigos 18.º e 21.º, entretanto, é diferente. Trata-se de cláusulas absolutamente proibidas, de modo que a sua inserção em contratos, sejam eles individuais ou destinados a um público em geral não é tolerada pelo ordenamento. Desta forma, a inobservância de qualquer desses dois artigos acarretará o efeito automático da extirpação da referida cláusula, prevalecendo o restante do contrato se de sua observância não depender.

Não podemos descurar, outrossim, da cláusula geral de boa-fé estabelecida pelo art. 15.º da LCCG, segundo a qual é proibida a inserção de qualquer cláusula contratual contrária à boa-fé. Neste ponto, cabível observar que a diretiva impõe ainda uma outra condição, quando dispõe em seu art. 3.º, n.º 1, que deverá ser observada, além da violação à boa-fé, que o contrato dê origem a um “desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor”. Ou seja, a diretiva impõe a observância de dois fatores: violação da cláusula geral de boa-fé e evidência de um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor.

Observadas as regras supra estabelecidas, nada obsta a inserção de cláusulas contratuais geria sem contratos, desde que as partes tenham os seus direitos e obrigações plenamente observados.

#### **4.2.3 – Utilização das CCG nas relações entre empresários e entidades equiparadas**

---

<sup>356</sup> Listas “cinzentas”, relativas às cláusulas relativamente proibidas e listas “negras”, relativas às cláusulas absolutamente proibidas, conforme explicitado no capítulo 1 deste trabalho.

Se a aplicação das cláusulas contratuais em contratos de adesão firmados entre empresários e consumidores, diariamente e geralmente em grande escala, é de fácil visualização, o mesmo não se pode dizer deste fenómeno relativamente às relações estabelecidas entre empresários e entidades equiparadas. É também este o caso de associações, organizações não governamentais, enfim, entes que se utilizam de bens e serviços como quaisquer outros consumidores, porém, não podem ser, à partida, classificados da mesma forma. A dificuldade que se apresenta diz respeito à aplicabilidade da disciplina relativa às cláusulas abusivas a relações contratuais que não sejam de consumo. Segundo Stefano Pagliantini, admite-se tal possibilidade, conforme pode ser visto *verbis*: “*Sennonché, pure questo è noto, non c’è solo il consumatore. E di qui il frequente (seppur più malsicuro) rilevare che il potere di escludere l’operatività del diritto dispositivo può esercitarsi pure nei confronti di altri professionisti: ove costoro, per le strutture produttive di cui si avvalgono od il tipo di mercato intermedio nel quale operano, si trovino afflitti da un’endemica mancanza di alternative concorrenziali.*”<sup>357</sup>

A diretiva comunitária 2006/123 dispõe sobre a prestação de serviços e, em seu art. 3º (das definições), assim estabelece: “*«Destinatário»: qualquer pessoa singular nacional de um Estado-Membro ou que beneficie dos direitos que lhe são conferidos por actos comunitários, ou qualquer pessoa colectiva na acepção do artigo 48.º do Tratado estabelecido num Estado-Membro, que utilize ou pretenda utilizar, para fins profissionais ou não, um serviço.*” Ou seja, tal legislação reconhece expressamente, nos casos ali elencados, a possibilidade de aplicação da disciplina das cláusulas abusivas nas relações contratuais estabelecidas entre empresários também.

Segundo dispõe a LCCG, as regras aplicáveis nos contratos que preveem cláusulas contratuais gerais em contratos firmados entre empresários são mais brandas, partindo-se da premissa de que a relação contratual é estabelecida entre iguais. Aplicam-se portanto, à partida, as disposições contidas nos arts. 18.º e 19.º do Decreto-Lei 446/85, que são mais amenas, pela presunção de que a contratação ocorre entre dois contratantes com o mesmo poder contratual. Não se faz distinção entre os contratos que são realmente firmados entre empresários com a mesma capacidade económica e técnica e os que sejam firmados com o reconhecimento de fragilidade de uma das partes.

---

<sup>357</sup> PAGLIANTINI, Stefano, *Per una lettura dell’abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell’imprenditore debole e della microimpresa*, in: *Rivista del diritto commerciale*, n.º 2, ano CVIII, 2010, pp. 409/446 (p. 411).

Portanto, não se vislumbra o equilíbrio perfeito em todas as relações estabelecidas entre empresários ou entidades equiparadas. Há que se notar que nas relações estabelecidas entre empresários em que um deles esteja em situação de vulnerabilidade perante o outro, não se afigura justa a aplicação de tais dispositivos, pois o empresário, nesta situação, encontrar-se-ia mais numa posição equiparada à do consumidor do que de empresário, já que não e pode cogitar, nesta hipótese, que as partes estejam em igualdade de condições.

### 4.3 – Formas de controle

A justificativa para o controle das cláusulas contratuais gerais não é, como já dito, o reconhecimento de sua potencial nocividade, pois isso não se configura *de per se*. O que realmente importa é a falta de opção do aderente, que fica exposto à incidência de cláusulas que em momento algum negociou, ocasionando patente desequilíbrio que merece ser eliminado. Seu controle acaba por significar, outrossim, a necessidade de controlar eventual abusividade contida nestas cláusulas, de modo que pode – e deve – ser realizado por diversos meios, conforme requeira a hipótese.

Assim leciona Cristiano Schmitt: “o controle das cláusulas abusivas pode ser visualizado sob vários ângulos. Podemos destacar o controle abstrato, concreto, interno, externo, antecipado (prévio), posterior, administrativo e judicial.”<sup>358</sup> E segue divagando acerca das variadas formas de controle de cláusulas abusivas que se podem estabelecer. Para o presente estudo faz-se necessário estabelecer parâmetros dentro dos quais admitir-se-á a existência do controle e de sua forma, sendo apenas três as formas principais que aqui se pretende discutir.

Conforme afirma Pinto Monteiro, os contratos de adesão levantam problemas de três ordens, cujas soluções somente podem ser verificadas através de três tipos de controle: do consentimento, do conteúdo das próprias cláusulas e, por fim, o controle judicial, entendendo que a diretiva 93/13/UE não contribuiu sobremaneira para que estas soluções fossem encontradas, já que não estabelece regras sobre consentimento, apenas estabelece a obrigatoriedade de redação clara e interpretação mais favorável ao consumidor.<sup>359</sup>

---

<sup>358</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck, *As cláusulas abusivas no Código de defesa do consumidor*, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 33/2000, Jan - Mar/2000, pp. 161-181 (p. 168).

<sup>359</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 7, jul/set 2001, p. 3-31 (p. 21).

Mas o controle das cláusulas contratuais gerais não é fácil, tampouco é uniforme a sua utilização, mormente no que se refere à observância dos termos da diretiva 93/13/UE, que possui um campo tão restrito. Conforme observa Martin Ebers: *“En primer lugar, la Directiva 93/13/CEE establece solamente líneas generales mediante las que pueden controlarse las cláusulas no negociadas individualmente. Ni la Directiva sobre cláusulas abusivas ni ninguna otra norma de la UE han logrado una armonización del derecho de obligaciones, imperativo y dispositivo, en Europa. Justamente una armonización semejante sería necesaria para que en todos los Estados miembros existiera una directriz única para el control de los contratos.”*<sup>360</sup>

Desta forma, voltando ao que acima fora dito, entendemos que as formas de controle mais comumente utilizadas podem ser agrupadas em três: o controle de inclusão de cláusulas contratuais nos contratos, que consistiria em um controle prévio de incorporação das cláusulas ao corpo do contrato, o controle de conteúdo, ou seja, o controle do próprio objeto das cláusulas e, por fim, o controle posterior, que consiste basicamente no controle judicial, que será estudado aqui mais amiúde. Ressalte-se que reconhecemos a possibilidade de controle administrativo posterior, mas que se mostra demasiado abstrato<sup>361</sup> no que se refere especificamente às cláusulas contratuais gerais, pois acaba por se afigurar um controle de atos do fornecedor e não de cláusulas contratuais em si, de modo que a sua análise afigura-se menos interessante ao objeto do presente estudo.

#### **4.3.1 - Controle de inclusão**

O controle de inserção das cláusulas contratuais nos contratos – controle prévio ou formal – representa a primeira escala de controle e a mais importante no que se refere à análise, *ab initio*, do equilíbrio da relação contratual assimétrica. Nas novas relações contratuais o mero controle formal não é suficiente para aferir o equilíbrio contratual. O controle pode ser preventivo, ditando o legislador o conteúdo destas cláusulas ou repressivo, punindo-se, através de legislação, o a utilização de cláusulas abusivas. Este é o

---

<sup>360</sup> EBERS, Martin, *El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional* [http://www.indret.com/pdf/881\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/881_es.pdf), consulta em 18/09/2014 (p. 6).

<sup>361</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck, *As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 33/2000, Jan-Mar/2000, pp. 161-181 (p. 169): “E o controle posterior administrativo de cláusulas abusivas em contratos de consumo é aquele que ocorre, por exemplo, com a imposição das sanções previstas no art. 56 do CDC. Porém, conforme adverte Aguiar Júnior: “não se destinam, porém, ao controle das cláusulas contratuais, mas a outras fases da relação de consumo”

controle do conteúdo. Faz-se uma interpretação integrativa pelo Poder Judiciário, através da qual preserva-se o contrato e aniquila-se a cláusula abusiva.

Conforme enuncia Almeno de Sá, quando da inclusão de cláusulas contratuais gerais em determinados contratos, impõe-se imediatamente o dever de comunicar integralmente o conteúdo das cláusulas, de modo que o aderente tome conhecimento efetivo de seus termos.<sup>362</sup>

Os arts. 25.º da LCCG e 7.º, n.º 3, da Diretiva 93/13/UE preveem a utilização da ação inibitória, que tem o condão de promover a proibição das cláusulas abusivas contidas nos arts. 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º, independentemente de já terem sido inseridas em contratos singulares. Trata-se de controle preventivo e abstrato, realizado no intuito de manter a observância das normas relativas às cláusulas proibidas. Conforme afirma João Calvão: *“É o conhecido controlo preventivo e abstracto, entre nós realizado através da chamada acção inibitória, complemento indispensável da prevenção legislativa sempre que a proibição legal de cláusula abusiva não é respeitada na prática dos negócios pelos profissionais do mesmo sector económico ou respectivas associações que utilizem ou recomendem a utilização das mesmas cláusulas contratuais gerais ou e cláusulas semelhantes (art. 7.º, n.º 3, da Directiva 93/13/CEE).”*<sup>363</sup>

A análise do controle de inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos com assimetria de poder contratual far-se-á, então, a partir da indicação de qual seja a “parte mais fraca” no contrato. Muito embora já tenha restado claro que a utilização das cláusulas contratuais gerais não é nociva por si só, pelo contrário, é uma realidade hoje necessária, nunca é demais afirmar que os riscos residem na real possibilidade de manipulação pela parte predisponente em detrimento do aderente. Assim sendo, a realidade legal que hoje se apresenta em Portugal a partir do Decreto-Lei 446/86, modificado por decretos internos em razão da necessidade de transposição da diretiva comunitária n.º 93/13, é evidente, pois, quanto às cláusulas não negociadas, a proteção conferida ao aderente consumidor é bem mais elevada que a proteção conferida a duas partes que sejam empresários ou equiparados.

Importante ressaltar que a previsão, nos artigos 4.º a 6.º do Decreto-Lei 446/85 do estabelecimento de deveres adicionais como forma de proteção acrescida ao aderente consumidor, o que não se visualiza na proteção a uma das partes, quando empresárias, nas

---

<sup>362</sup> SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª edição, Almedina, 2005, pp. 233/234.

<sup>363</sup> SILVA, João Calvão da, *Contratação por cláusulas gerais (Contratos de adesão)* – Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, 2011, pp. 71-108 (pp. 103).

relações entre empresários, mesmo quando um destes é a parte nitidamente mais fraca em um contrato – caso das relações assimétricas entre empresários.

Este controle é realizado antes da celebração efetiva do contrato, sendo de difícil conformação apontar os meios através dos quais ele pode se dar efetivamente, considerando-se que as cláusulas contratuais gerais são previamente redigidas pelo fornecedor, pela parte contratual mais forte, que detém o poder sobre o contrato.<sup>364</sup>

Caberá, inevitavelmente, à parte interessada, apontar a existência da abusividade, salvo nos casos em que o manejo da ação inibitória se der por iniciativa dos entes legitimados para tal ou do Ministério Público.

#### 4.3.2 - Controle de conteúdo

Ultrapassada a fase de controle de inclusão das cláusulas contratuais gerais não negociadas, passa-se, naturalmente à fase em que ocorrerá eventual controle de conteúdo.

Segundo Sousa Ribeiro<sup>365</sup>, o controle de conteúdo seria desnecessário, considerando que às partes cabe aprová-lo, ao menos através da leitura do que estão a firmar. Por este motivo entende que deva ser realizada uma “redução teleológica” das regras relativas ao controle de conteúdo de cláusulas contratuais não negociadas, sob pena de se ferir o princípio da autonomia privada.

Menezes Cordeiro contesta o posicionamento de Sousa Ribeiro, porém admite que o controle de conteúdo de cláusulas contratuais normalmente escapa, justamente por não terem sido as cláusulas ajustadas entre as partes.<sup>366</sup> E neste ponto concordamos com

---

<sup>364</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck, *As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 33/2000, Jan-Mar/2000, pp. 161-181 (p. 168): “Antecipado, ou prévio, é o controle de cláusulas abusivas efetuado antes da celebração do contrato, normalmente exercido na via administrativa e principalmente com relação aos contratos de adesão por entidades públicas ou privadas, responsáveis pelo exame prévio das condições gerais dos negócios pré-confeccionados pelos fornecedores que, por sua vez, serão aprovadas ou não. Essa fiscalização é mais comum com contratos de adesão, o que se pode notar da leitura do art. 54 do CDC. Entretanto, como bem aponta Aguiar Júnior, o estatuto do consumidor não regulou especificamente a maneira através da qual deve ser realizado esse controle antecipado o que, além de não impedir que ocorra uma lesão ao consumidor, obriga-o a percorrer os percalços da via judiciária para reaver seu direito. O art. 51, § 3.º, do CDC, que atribuía ao Ministério Público a função de controle prévio e administrativo de cláusulas abusivas foi vetado.”

Tampouco se cogitou de um controle judicial antecipado, tal como ocorre no Estado de Israel, como bem informa Aguiar Júnior.

<sup>365</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, 1999.

<sup>366</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Almedina Editora, Parte Geral, vol. 1, 4ª edição, 2012.

Menezes Cordeiro no sentido de que esta leitura apontada por Souza Ribeiro não passa de uma ficção, já que os contratos de adesão muitas vezes representam um mero formulário com inúmeras páginas e letras pequenas que os consumidores não são sequer orientados a ler antes de assinar. Não se pode afirmar, desta forma, no que se refere à inclusão de cláusulas contratuais gerais não negociadas em contratos, que o consumidor tenha plena ciência de seus termos.

O art. 15.º do DL 446/85 proíbe as cláusulas contratuais gerais cujo conteúdo seja contrário à boa-fé. E o art. 16.º remete o princípio da boa-fé a “valores fundamentais do direito”. Para Sousa Ribeiro, o art. 16.º não trouxe nada de novo; seria, portanto, prescindível, pois apenas determina que se apliquem princípios gerais de direito, que já teriam de ser obrigatoriamente observados independentemente da referida norma.<sup>367</sup> O controle de conteúdo a partir dessa determinação legal seria, portanto, desnecessário, pois já existiria ainda que sem a regra expressa a esse respeito. De qualquer modo, o mesmo autor acaba por admitir que a regra específica tem por objetivo a concretização do princípio. Almeno de Sá não concorda, entendendo que a estipulação do princípio da boa fé “*apresenta virtualidades operativas superiores aos de outros modelos conhecidos*”.<sup>368</sup>

Importante reassaltar ainda que o controle de conteúdo pode ser feito a partir da interpretação da cláusula, do seu sentido. Trata-se de verdadeiro controle de conteúdo abstrato, que deve ser exercido a partir da premissa segundo a qual em caso de dúvida a interpretação deve ser realizada da forma mais favorável ao aderente, pois a contraparte, responsável pela elaboração das cláusulas gerais, tem a primazia de inseri-las unilateralmente, com ampla liberdade e sem influência do aderente. Por isso, conforme leciona Almeno de Sá: “*(...) aquele que retira vantagens dessa liberdade deve igualmente suportar os correspondentes incommoda, ligados à própria falta de clareza das formulações utilizadas.*”<sup>369</sup>

A cláusula geral de boa-fé estabelecida no art. 15.º da LCCG representa, portanto, uma espécie de mecanismo de controle maior, que pode ser utilizado sempre que os demais instrumentos não sejam suficientes para a realização do controle pretendido.<sup>370</sup> A partir da

---

<sup>367</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, 1999, p. 575.

<sup>368</sup> SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Almedina editora, 2.ª edição, 2005, p. 74.

<sup>369</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 69. Conforme leciona o referido autor: “*No jogo operativo do modelo, a norma que declara proibidas as cláusulas contrárias à boa fé funciona, assim, como uma espécie de ‘última rede’ em relação a*

previsão de listas de cláusulas proibidas será possível a fiscalização principal das cláusulas que devam ser extirpadas, valendo lembrar que há, na verdade, quatro tipos de listas. Duas previstas para as relações entre empresários ou entre empresário e entidades equiparadas (arts. 18.º e 19.º), que conferem uma proteção mínima e outras duas para as relações entre empresários e consumidores finais (arts. 21.º e 22.º, acrescidos dos arts. anteriormente citados, por força do art. 20.º).

Ressalte-se, entretanto, que não há qualquer lista que disponha ou ao menos indique como será o controle efetivo caso a relação contratual se dê entre dois empresários, sendo um deles a parte mais fraca na relação contratual, o que constitui o objeto da problemática deste trabalho.

Doravante, é de se observar que a forma como a LCCG orienta a fiscalização de conteúdo das cláusulas contratuais gerais a partir da observância do princípio da boa-fé, a diretiva comunitária, de forma um pouco diferente, insere como requisito de invalidade a questão do “significativo desequilíbrio”, fazendo crer, como já dito anteriormente, que é necessário observar não só a contrariedade da cláusula ao princípio da boa-fé, mas também a existência de um desequilíbrio (significativo) que justifique a extirpação da cláusula em referência. A diretiva, portanto, impõe mais uma condicionante que o sistema jurídico português não impõe, fazendo crer que a proteção no direito interno é maior que a estabelecida em nível europeu.

Por fim, destaque-se que na diretiva 2011/83/UE está previsto o controle administrativo com relação às cláusulas ali inseridas, o que deverá ser exercido pela AGCM (autoridade garantidora da concorrência e do mercado), autoridade responsável pela fiscalização da aplicação correta das normas ali inseridas, bem como pela aplicação das sanções previstas. Trata-se de controle de conteúdo efetivado após o controle de inserção, mas em uma etapa anterior à do controle judicial e que seria, portanto, bastante proveitoso na medida em que evita a judicialização da questão e a consequente demora na sua solução.

#### **4.3.3 – Controle jurisdicional**

Não podemos olvidar da última alternativa que resta após a tentativa de soluções

---

*qualquer tipo de cláusulas, incluindo aquelas que não estão de todo abrangidas pelo catálogo de proibições.”*

administrativas e que passa necessariamente pelo controle jurisdicional. Tal controle dar-se-á toda vez que as determinações legais que restringem de alguma forma a utilização de cláusulas contratuais gerais não for observado por qualquer dos contratantes – normalmente aquele que possui menor poder de barganha – cabendo ao órgão jurisdicional determinar a aplicação imediata ou qualquer outra medida necessária no caso concreto, como, por exemplo, o desfazimento do negócio ou a aplicação de multa.

O controle judicial, ou jurisdicional é realizado de forma incidental ou abstrata, sendo a primeira nos casos concretos em que seja suscitada a abusividade de uma cláusula pelo próprio aderente e a outra nos casos em que se pretende erradicar determinada cláusula, tenha sido ela inserida ou não no contrato, deduzida através da ação inibitória.

Nesta esteira de pensamento, é importante considerar a relativização do princípio *pacta sunt servanda*, na medida em que haja necessidade de reajustamento da relação contratual em que tenham sido inseridas cláusulas contratuais abusivas, a fim de combater a violação da igualdade que deve subsistir entre as partes, ainda que artificialmente. Não haverá que se falar em violação à tão necessária segurança jurídica, pois, na verdade, não há segurança jurídica em afronta à Constituição, que, ao fim e ao cabo é hoje uma Constituição que privilegia a função social do contrato. Se for evidente o abuso de direito, cabe ao juiz reconhecê-lo, anulando as cláusulas eventualmente nocivas ao contratante mais frágil.

Na busca do reequilíbrio das relações contratuais que de alguma forma sofrem distorções capazes de prejudicar uma das partes é necessário considerar o prisma da justiça do contrato, da equidade das relações, que será buscada e atingida após um controle judicial, muitas vezes perpassando por controles anteriores que falharam. A equidade a que se faz referência consiste na equidade interpretativa e corretiva, cujo alcance objetiva, naturalmente, restabelecer o equilíbrio contratual.

Convém buscar na noção de *justice distributive*, conforme afirmado por Jacques Ghestin, não necessariamente o resultado igual para as partes, pois não se trata de proibir a vantagem que as partes podem prever no contrato, mas sim de garantir que o resultado pretendido pelo objeto do contrato seja justo.<sup>371</sup>

---

<sup>371</sup> GHESTIN, Jacques, *Perspectives pour l'Avenir. Le Droit des Contracts*, in: Um Código Civil para a Europa, Coimbra Editora, 2002, pp. 181-196 (p. 196). O autor neste texto, a propósito da possibilidade de unificação do direito contratual europeu, questiona as diversas formas com que os ordenamentos tratam o direito contratual e destaca a necessidade mínima de que seja apontado para uma justiça contratual. Assim o diz: “*Pour faire du contrat l'instrument de cette égalité c'est alors la justice distributive qui prend en quelque sort le relais, par l'intervention du droit positif sur le résultat même de la procédure contractuelle*”

Neste tipo de controle, conforme leciona Guido Alpa<sup>372</sup>, o juiz não pode recorrer a critérios subjetivos, tampouco a valores extrajurídicos, mas sim deve estar adstrito à lógica do contrato, seu objetivo - mormente econômico – buscando balancear as prestações de modo que a situação concreta seja corrigida e passe ao patamar que se pretende alcançar, nivelando as partes e seus interesses, de forma equitativa.

A questão da decisão, do controle judicial pela equidade não é uma unanimidade nos ordenamentos jurídicos. No direito brasileiro, inclusive, é vedado que a decisão judicial seja tomada exclusivamente com base na equidade. A única exceção consiste nos procedimentos dos juizados especiais cíveis que abrangem causas de menor complexidade, cujo valor da causa não exceda a 40 salários mínimos nacionais. Está previsto no art. 6º, da Lei 9.099/95, verbis: *“O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”* Também no art. 25 da mesma lei é conferido ao árbitro o mesmo poder que o juiz, de decidir por equidade, como pode ser visto na transcrição seguinte: *“Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.”*

Entretanto, como já dito, não se trata da utilização da equidade como elemento subjetivo ou aleatório, tampouco genérico, divorciado da realidade legal ou mesmo da vontade e dos interesses substanciais das partes. A Equidade, como parâmetro para a busca da correção das relações contratuais com assimetria de poder deve ser vista no seu caráter mais pleno, permitindo a sua utilização através do valor, como princípio que representa, e sob esse aspecto, não haverá vedação possível em qualquer ordenamento.

Desta forma, é possível concluir no sentido de que, se o objetivo for a correção de uma iniquidade cometida num contrato desproporcional, ou seja, de modo a evitar o exercício iníquo de um direito, é perfeitamente possível e mesmo desejável que o juiz se utilize do parâmetro da Equidade.

Conforme afirma Cristiano Schmitt: *“O controle posterior ou repressivo exercido na esfera judiciária é o único que subsiste, em termos concretos, na opinião de Aguiar Júnior, com algumas desvantagens, como a demora do provimento judicial. Contudo, essa espécie de controle possui algumas condições favoráveis ao consumidor, como é o caso da*

---

*correcte et équitable, garantie d'un résultat également correct et équitable, mais de substituer à celui-ci un résultat tenu objectivement pour juste.”*

<sup>372</sup> ALPA, Guido, *Le stagioni del contratto*, Bologna, Il Mulino, 2012.

*inversão do ônus da prova, da desconsideração da personalidade jurídica e da extensão dos efeitos da coisa julgada.*<sup>373</sup>

Trata-se de conferir ao julgador um poder em última instância, ou seja, um poder de retificar o contrato inicialmente firmado entre as partes, ou melhor, cláusulas contratuais específicas que tenham sido maculadas pela abusividade que prejudica a parte mais fraca no contrato. O julgador revisará, portanto, as cláusulas cujo conhecimento lhe seja submetido e cujos termos contenham vícios insanáveis, exercendo o juiz uma função integradora não da norma, mas do contrato, através da norma cogente de proteção e defesa da parte vulnerável, interpretando-a da forma mais favorável àquele que seja o merecedor da tutela específica.<sup>374</sup>

Na sistemática do CDC brasileiro existe a possibilidade tanto de um controle judicial incidente do conteúdo dos contratos, através da declaração de nulidade absoluta de determinada cláusula abusiva, exercida de ofício pelo juiz, como de um controle direto, através da propositura de uma ação de nulidade de cláusula contratual. É possível, ainda, no direito brasileiro, um controle difuso, exercido pelo Ministério Público, quando se tratar da defesa de direitos difusos e coletivos ou individuais homogêneos (demandas de massa).<sup>375</sup>

Na Lei de Cláusulas Contratuais Gerais prevê-se que o controle jurisdicional das cláusulas contratuais gerais pode se dar tanto de forma preventiva quanto de forma repressiva. A forma mais comum, naturalmente, é a forma repressiva, através da qual o aderente potencialmente prejudicado busca, através da propositura de uma ação judicial, a declaração de nulidade de determinadas cláusulas em específico. Doravante, o controle preventivo pode ser exercido através da ação inibitória prevista no art. 25º da LCCG, conforme já dito. Tal mecanismo é utilizado no intuito de obter, em abstrato, a

---

<sup>373</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck, *As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 33/2000, Jan-Mar/2000, pp. 161-181 (p. 168).

<sup>374</sup> *Idem*, p. 170: “Esse poder revisional do Juiz possibilita o ajuste do contrato ao seu suporte fático primitivo, isto é, à sua razão de existir, que é o objeto do contrato entre fornecedor e consumidor. O Magistrado estará exercendo uma atividade integradora. Salienta-se que essa atividade jurisdicional deve guiar-se pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor, e pelo fato de que esse tem direito à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art. 6.º, IV, do CDC) e de que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). Somente dessa forma, na nossa opinião, será alcançado um efetivo controle judicial das cláusulas abusivas.

<sup>375</sup> V. MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, RT, 7ª edição, 2014, pp. 1.229-1.230. Conforme explicita Cláudia Lima Marques, o papel do Ministério público no anteprojeto do CDC era bem maior e previa-se, inclusive a possibilidade de exercício de controle administrativo prévio, mas estes poderes foram retirados em razão da vedação de dispositivos fulcrais que os previam.

recomendação de não utilização de determinada cláusula proibida, seja-o relativamente proibida ou totalmente proibida. Este controle prévio somente pode ser provocado, entretanto, pelas entidades descritas no art. 26.º do LCCG e pelo Ministério Público (seja por iniciativa própria, seja por provocação de algum interessado). Uma vez obtida a condenação na ação inibitória, pode ser requerida a publicação da sentença, cujo termos devem ser registrados em serviço próprio. Quaisquer empresas que utilizem tais cláusulas incidirão numa sanção pecuniária compulsória.

Por fim, vale ressaltar o entendimento de Pinto Monteiro segundo qual o controle judiciário das cláusulas contratuais gerais não seria muito eficaz, pois, além de ter sua atuação nos casos sigulares a posteriori, dependeria da iniciativa da parte lesada (o que representaria verdadeiro fator de desestímulo) e teria seus efeitos limitados ao caso concreto.<sup>376</sup> Não concordamos com esse entendimento, pois muito embora o controle judicial da inserção de cláusula abusiva seja, eventualmente, mais lento, a sua utilização maciça representa, ao contrário do que supõe Pinto Monteiro, instrumento de desestímulo aos utilizadores destas cláusulas, pois é contra eles que a demanda judicial vai pesar, com todos os seus ônus e reflexos.

#### 4.4 – Possíveis soluções

Partindo da premissa que foi apresentada relativamente à aplicação das cláusulas contratuais gerais e seu respectivo controle nos contratos firmados a partir de relações contratuais assimétricas, é possível levantar algumas tentativas de solução.

Qual seria, portanto, a legislação aplicável nos diferentes casos que se nos sejam apresentados? Além das questões relativas às relações assimétricas firmadas com consumidores, quais seriam as soluções possíveis nos casos de relações assimétricas entre empresários ou entidades equiparadas?

Será necessário analisar caso a caso as situações apresentadas para o fim de se saber se e quais as legislações aplicáveis a cada caso concreto. É o que afirma Pietro

---

<sup>376</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 7, jul/set 2001, p. 3-31 (p. 10).

Perlingieri, ao dizer que a análise do caso concreto e a posição de fato dos contraentes é que ajudarão a definir qual o estatuto normativo a utilizar-se.<sup>377</sup>

Vejamos, portanto, as possibilidades que se nos apresentam.

#### 4.4.1 – As soluções apresentadas pela doutrina italiana

Conforme indicado anteriormente, nas noções sobre a natureza do contrato assimétrico, pode-se perceber que a doutrina contratual italiana considera fundamental o debate sobre a efetiva definição e enquadramento da *fattispecie* que envolve relações contratuais que apresentam qualquer sorte de desequilíbrio. Uma parte da doutrina defende a nomenclatura contrato assimétrico e outra defende a existência do “terceiro contrato”. Não se trata, doravante, de uma questão meramente terminológica, mas de uma visão diferente sobre o que seria, à partida, um só fenômeno: o contrato firmado com desequilíbrio entre as partes.

A diferença que serve como ponto de partida pode ser explicada muito rapidamente, pois já explicitada em tópico anterior, da seguinte forma: o contrato assimétrico abrangeria todas as relações contratuais estabelecidas com alguma forma de desequilíbrio de poder contratual, inseridas nesta categoria tanto os contratos firmados entre consumidores e empresários como aqueles firmados entre empresários em que uma das partes seja mais fraca. Já a doutrina do *terzo contratto* cria uma nova categoria, uma terceira categoria, diferente da primeira, que diria respeito ao contrato clássico. Para os doutrinadores que defendem a nomenclatura de “terceiro contrato”, haveria então um “primeiro contrato”, que é o referido contrato clássico, o contrato comum em que as partes possuem igual poder de negociação e liberdade, uma segunda categoria, denominada “segundo contrato”, que seria aquele tipo firmado entre consumidores e empresários, havendo, de um lado, o consumidor - parte mais fraca - e do outro o fornecedor de produtos e serviços - parte mais forte. O “terceiro contrato” abrangeria, enfim, as relações contratuais firmadas entre empresários (relações contratuais tipicamente “B2b”), nas quais existisse, ainda assim, uma disparidade de poder contratual entre eles, de modo a ocasionar um desequilíbrio significativo que justificasse proteção diferenciada à parte mais fraca.

---

<sup>377</sup> PERLINGIERI, Pietro, *Nuovo profili del contratto*, In: Rivista Critica del Diritto Privato, Napoli, a.19, n.º 2-3(Giugno-Settembre 2001), p. 223-246. O autor, na p. 246, afirma que: “L’analisi del caso concreto, la posizione di fatto dei contraenti saranno di ausilio per la individuazione della normativa da applicare, mediante una attenzione nuova verso il bilanciamento degli interessi e dei valori coinvolti in un mercato costretto a realizzarsi senza abusivi profitamenti e a identificarsi con un equo statuto normativo.”

Giuseppe Amadio pontua a questão, conforme mencionado em capítulo anterior, ao mencionar que a relação Business to business (B maiúsculo para b minúsculo) seria o paradigma “high tech” da relação contratual entre dois empresários em que um deles constitui a parte mais fraca, colocando-se basicamente na posição de consumidor. Partindo-se desta premissa, segundo o referido autor, caberia definir se, considerado o empresário mais fraco como consumidor aplicar-se-iam as regras relativas às relações de consumo ou se seria necessário criar um novo regramento.<sup>378</sup> E é isto que veremos a seguir.

#### 4.4.2 – A opção pela tipificação

Antes de solucionar o problema da necessidade ou não de tipificação específica, é necessário enfrentar a questão da regulação. O problema econômico que inicialmente se coloca e que reflete automaticamente no direito contratual, especificamente nas relações contratuais assimétricas é se seria realmente necessário regulamentar as questões causadoras das referidas falhas ou se o mercado, por si só, é capaz de de autoregular e apresentar soluções adequadas à sanatória dos problemas então ocasionados.

Neste tocante, não é difícil concluir que a autoregulação é um caminho evidentemente falhado. O ordenamento jurídico deve prever critérios objetivos, analisados independentemente da pessoa do contratante, mas sim considerada na situação efetiva do contrato, a fim de permitir que a tutela necessária seja dada não só ao aderente-consumidor, mas também ao aderente-profissional, caso seja este, na hipótese concreta, parte vulnerável no contrato.

Conforme já visto no capítulo 2 deste trabalho e no tópico antecedente, a doutrina italiana criou a teoria do *terzo contratto*, segundo a qual, nos contratos entabulados entre pessoas jurídicas que possuem teoricamente, a mesma força contratual, mas que, no caso concreto seja observada a existência de vulnerabilidade com relação a uma delas, existiria uma nova categoria contratual, que nem seria um contrato entre iguais, nem seria um contrato com nítida assimetria, constituindo, portanto, uma terceira categoria de contrato.

---

<sup>378</sup> AMADIO, Giuseppe, *Il terzo contratto. Il problema*. in: *Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 09-30. O autor, na pp. 15 assim discorre sobre o tema: “*Il nuovo paradigma, per restare alle sigle high tech, è quello del contratto ‘B (maioscolo) 2 b (minoscolo)’; nel quale il professionista debole (l’imprenditore ‘economicamente dipendente’) sembra prendere il posto del consumatore. E questa prima immagine apre, alla ricerca di identità della nuova figura, due prospettive antitetiche: la prima imperniata sull’estensione del modello noto, la seconda volta alla costruzione di un nuovo schema.*”

Considerando-se que se verifica, na prática a existência de diversas relações contratuais com estes parâmetros, conforme indicado no capítulo anterior, em que foram apontados contratos, em espécie, relativos a tais relações, existiria a necessidade de tipificação para reger especificamente a estes contratos, ou seja, assumindo-se a premissa de que existe uma nova categoria processual, haveria a necessidade de um novo conjunto de regras, aplicáveis especificamente a esse novo tipo de contrato? Mais ainda, existe a necessidade de tipificar esta nova relação contratual já reconhecida?

Se a resposta for positiva, a opção pela tipificação importaria na adoção do pensamento de parte da doutrina italiana que consagra o *terzo contratto*, e na necessidade de criação de novas regras para a tutela específica do contratante mais fraco neste tipo de relação.

Lorenzo Delli Priscoli parece admitir como melhor solução a tipificação de situações diferenciadas. Neste sentido afirma que: “*La tendenza attuale nel diritto privato è in effetti ormai quella di tornare ad un sistema non più basato sull’unicità del código civile (ove la regola ha carattere generale e si indirizza a ‘chiunque..’), ma su di una pluralità di codici o testi unici specializzati, ciascuno cioè contraddistinto dalla peculiarità dei soggetti che lo caratterizzano: si pensi al codice del consumo in cui vengono in rilievo il professionista e il consumatore; (...)*”<sup>379</sup>

Tal opção não nos parece a mais acertada, na medida em que existem regramentos específicos que são suficientes à normatização de tais questões, sendo desnecessária a criação de nova lei exclusivamente a esse respeito. Tal admissão importaria, sobretudo, em um maior fragmentarismo do sistema, o que se pretende evitar, na medida em que o ordenamento já é, como um todo, bastante fragmentado. Não se vislumbra, portanto, vantagem alguma na adoção de tal posicionamento, pois entendemos que cabe ao operador do direito buscar, na legislação existente, as possibilidades de tutela diferenciada deste aderente de modo a resguardar ou reestabelecer o equilíbrio contratual.

Mauro Orlandi parece enveredar por esse caminho quando se posiciona contra a decisão da Corte Costituzionale que entendeu pela impossibilidade de equiparação da situação de fragilidade (*debolezza*) do consumidor à do empresário mais fraco, sob a argumentação, dentre outras coisas, de que o consumidor seria um contratante despreparado, enquanto o empresário seria mais preparado, mais técnico. Para Orlandi, o

---

<sup>379</sup> DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *La rilevanza dello status per la protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in: *Rivista del diritto commerciale*, Piccin, n.º 2, 2012, pp. 311-353 (p. 316).

que a Corte Costituzionale não considerou foi que esta “incompetência” estrutural do consumidor pode acometer um empresário dependendo da situação em que se encontre perante outro, mormente em sendo verificada a sua fraqueza negocial, na hipótese concreta, no campo técnico, informativo, ou mesmo econômico.<sup>380</sup>

Para Elisabetta Piro, entretanto, a criação de uma nova categoria contratual envolvendo este contratante empresário mais frágil importa na distinção entre o empresário comum e o que denomina “empresário não sofisticado”<sup>381</sup> que seria um empresário menos consciente e com menos poder com relação à assunção de obrigações. Este empresário não sofisticado é que seria equiparado ao consumidor, sendo necessário, outrossim, verificar, na hipótese concreta se o empresário encontra-se efetivamente nesta posição ou se o contrato que firmou enquadra-se numa categoria distinta.<sup>382</sup>

Nesta mesma linha de raciocínio, entendendo pela necessidade de efetiva criação de uma categoria autônoma, com regras distintas daquelas aplicadas nas típicas relações de consumo, posiciona-se Giovanni D’Amico, para quem o legislador deve intervir diretamente a fim de tutelar o “*contraente debole*”, já que as relações contratuais entre empresários jamais poderiam equiparar-se, por questões estruturais, às relações entre empresários e consumidores.<sup>383</sup>

Gregorio Gitti afirma, ainda, a necessidade de intervenção legislativa, no que se refere especificamente à situação de abuso de dependência econômica praticado pela empresa mais forte em detrimento da empresa mais fraca,<sup>384</sup> o que nos leva a crer que também ele defende a tipificação das situações envolvendo relações contratuais entre empresas, no caso de fragilidade contratual de uma delas perante a outra.

---

<sup>380</sup> ORLANDI, Mauro, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in: Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 137-178 (pp. 149-150).

<sup>381</sup> A expressão “*operatori non sofisticati*”, referindo-se ao contratante com menos recursos de conhecimento e conseqüentemente poder contratual, é de Roberto Pardolesi, no prefácio da obra de G. Colangelo (“L’abuso de dipendenza economica, Torino, 2004, pp. XII e ss.).

<sup>382</sup> PIRO, Elisabetta, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Dike Giuridica Editrice, 2013, p. 148.

<sup>383</sup> D’AMICO, Giovanni, *La formazione del contratto*, in: Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, p. 75. Assim se posiciona o autor: “*È su questo terreno dunque che – nel caso dei contratti tra imprese (diversamente che nei contratti col consumatore) – il legislatore deve direttamente intervenire, se vuole tutelare il contraente ‘debole’ (e, al contempo, assicurare – sotto questo profilo – il corretto svolgimento delle relazioni di mercato).*”

<sup>384</sup> GITTI, Gregorio, *La determinazione del contenuto*, in: Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 83-112 (p. 97). O autor assim afirma: *Ora, in tutti questi casi, l’adeguata tutela dell’impresa vittima dell’abuso parrebbe suggerire, anche sul piano del diritto civile, un intervento volto a riconoscere l’avvenuta stipulazione di un accordo tra impresa relativamente dominante e impresa dependente, unica soluzione davvero in grado di perseguire le finalità di tutela dell’impresa debole fatte proprie dal legislatore.*”

Interessante ainda o entendimento de Zoppini, que se posiciona contrariamente à aplicação da legislação protetiva ao consumidor ao empresário mais fraco numa relação entre empresas, pois um dos motivos para a referida proteção seria a observação do princípio da dignidade da pessoa humana, que não poderia ser estendido às empresas, pr se tratar de pessoas jurídicas.<sup>385</sup>

#### **4.4.3 – A desnecessidade de criação de uma nova categoria normativa**

Seguindo no posicionamento que já indicamos adotar, ao se optar pela utilização e controle das cláusulas contratuais gerais independentemente da criação de uma nova categoria normativa evitar-se-á o problema normalmente causado pelo fragmentarismo legal. Isso porque, a cada novo instituto que se cria, a cada nova categoria jurídica inventada correspondem novos dispositivos legais de aplicação por diferentes operadores do direito, que serão submetidos a diversas interpretações, aumentando a instabilidade do próprio direito que se pretende tutelar e, por consequência, a segurança jurídica.

Uma vez existente um determinado conjunto de normas de possível aplicação a diversas figuras jurídicas, é notório o prejuízo na formação de nova ou novas categorias que levarão a diferentes interpretações, não resolvendo o problema material intrínseco à questão principal, que é o tratamento jurídico que deve ser dispensado para o fim de assegurar direitos em determinadas circunstâncias. E desta forma, a problemática subsiste, pois uma nova legislação terá que ser também interpretada, o que pode ocasionar mais questionamentos que soluções.

Trata-se de regulamentar a novidade, o que, por is só, não representa a solução que parece, em princípio, desejada pelo operador do direito. O que interessa, ao fim e ao cabo, é permitir que a tutela seja efetivamente conferida a quem dela necessita e não estimular a criação de uma nova categoria jurídica ou tipificar uma relação contratual cujo tratamento jurídico poderia facilmente se enquadrar na legislação existente, evitando inclusive, eventual conflito de normas.

As relações contratuais assimétricas, antes de serem relações contratuais com assimetria de poder, são relações contratuais, de modo que não representa maior

---

<sup>385</sup> ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in: Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 223-248 (pp. 238-239).

complexidade a aplicação das normas vigentes, *cum granus salis*, balizadas pelo conteúdo das relações no caso concreto e da interpretação das normas vigentes.

#### **4.4.4 - A opção mais adequada ao ordenamento português**

Inicialmente deve ser ressaltado que as relações assimétricas de consumo não serão aqui objeto de deloga, tendo vista a existência de tratamento legal expresso, o que é pacífico.

No que se refere às relações com assimetria de poder clássicas (as relações de consumo, que mais nos interessam neste trabalho) é imperioso aplicar a legislação específica já existente, no caso concreto, a legislação referente à Defesa do Consumidor, Lei 24/96, aliada à imperiosa aplicação das cláusulas contratuais gerais no que se refere aos contratos de adesão firmados com consumidores – Decreto-Lei 446/85 e o controle respectivo, inexistindo meios de afastar a sua incidência, mas sim de controlar a sua aplicação, como será visto mais adiante.

No que tange às demais relações contratuais com assimetria de poder, de acordo com o ordenamento jurídico português atual e a jurisprudência mais atualizada, parece possível caminhar no sentido da admissão da teoria do contrato assimétrico. Isto porque no presente momento, muito embora o ordenamento jurídico português não permita considerar uma pequena empresa como consumidor (ao menos não expressamente), por outro lado a jurisprudência vem caminhando no sentido de admitir a fragilidade de pequenos empresários perante grandes empresas em razão de determinadas práticas comerciais que traduzam grande diferença de poderio econômico e inviabilidade de reação por parte do pequeno empresário.

É o que se observa principalmente nas relações comerciais de intermediação em que um distribuidor seja um empresário assim como o principal, mas não tenha, perante o principal, o mesmo poder de barganha, faltando-lhe, portanto, poderio econômico para argumentar e negociar cláusulas contratuais pré-estabelecidas pelo principal em detrimento da contraparte.

Partindo-se então da premissa de que seria desnecessária uma tipificação específica para as relações contratuais assimétricas estabelecidas entre empresas com poderio econômico díspar, seria o caso de admitir a sua equiparação ao consumidor quando restar clara a sua posição de fragilidade perante o proponente e aplicar as leis vigentes, especificando-se qual a aplicação de cada uma no caso concreto? E neste caso, já que serão

aplicáveis também as cláusulas contratuais gerais, é de aplicar, do mesmo modo as normas e formas de controle das cláusulas contratuais gerais?

Parece que a resposta só pode ser afirmativa. Se a opção pela aplicação da legislação vigente requer o reconhecimento da relação contratual assimétrica (atípica) como sendo uma relação de consumo, são aplicáveis, da mesma forma, as normas referentes às cláusulas contratuais gerais, e, conseqüentemente, ao controle de sua forma, aplicação e conteúdo.

Assim sendo, em uma relação contratual estabelecida entre um franqueado e um franqueador, por exemplo, em que for nítida a assimetria de poder entre as partes, reconhecendo-se a maior vulnerabilidade do franqueado, uma cláusula eventualmente inserida no contrato de franquia que seja extremamente desvantajosa ao franqueado e à qual tenha sido submetido o franqueado sem poder de discussão, será considerada uma cláusula contratual geral, a relação será considerada equiparada a uma relação de consumo e o controle de validade e conteúdo da mesma dar-se-á na forma prevista no Decreto-Lei n.º 446/85 para as relações ente consumidor e empresário e não na forma prevista para as relações entre empresários. Aí sim, a partir da utilização de tal regramento buscar-se-á atingir o reequilíbrio da relação contratual, evitando a distorção causada inicialmente pela falsa impressão de igualdade de armas em razão de se tratar de duas pessoas jurídicas.

A vantagem de aplicação do sistema já existente reside tanto na facilidade do manuseio dos instrumentos como qual o jurista já está familiarizado quando na possibilidade de interpretação de uma norma já conhecida. E no caso da interpretação das cláusulas contratuais gerais pode-se afirmar que prevalece a interpretação favorável ao contratante que não redigiu as cláusulas, além do que, deve ser interpretada a cláusula colocada em dúvida de acordo com a cláusula geral de boa-fé.<sup>386</sup>

No sistema jurídico brasileiro, já se admite, como já dito anteriormente, a aplicação do CDC a qualquer relação jurídica, desde que seja baseada em um contrato de adesão, ou seja, desde que o contrato entabulado entre as partes preveja cláusulas contratuais gerais. Desta forma, Alinne Arquette é incisiva ao afirmar tal tese, conforme afirma categoricamente: *“Concluimos, então, dizendo que o Código de Defesa do Consumidor é totalmente aplicável aos contratos de adesão, em virtude da extensão dada ao conceito de consumidor, equiparando a este todas as pessoas expostas às práticas*

---

<sup>386</sup> Ressalte-se aqui ainda o art. 47 do Código brasileiro de Defesa do Consumidor, cujos termos rezam que a interpretação das cláusulas contratuais far-se-á, em caso de dúvida, sempre em favor do consumidor.

*previstas nos seus Capítulos V e VI, estando, como é sabido, os contratos de adesão disciplinados dentro deste último. E isso ocorre porque a intenção do legislador, ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, foi garantir justiça e equidade aos contratos realizados sob a sua égide, para equilibrar partes contratuais em posições diferentes, tutelando de modo especial o partícipe contratual que julgou ser vulnerável. Assim, entendeu o legislador que a simples exposição às práticas por ele previstas no CDC era suficiente para gerar uma situação de insegurança e de vulnerabilidade, considerando, portanto, que o simples fato de se submeter a um contrato de adesão colocava o aderente em posição inferior, se equiparando ao consumidor.”<sup>387</sup>*

Gustavo Tepedino vai ainda mais longe e posiciona-se no sentido da possibilidade de aplicação da sistemática<sup>388</sup> do CDC a qualquer relação contratual baseada em cláusulas contratuais gerais, por estar uma das partes em posição de vulnerabilidade, em razão dos preceitos maiores insculpidos na Constituição Federal, que deve ser aplicada diretamente às relações privadas de qualquer natureza, permitindo a qualquer pessoa o exercício pleno de seus direitos com dignidade. Assim afirma Tepedino: *“Entretanto, mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações do direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, quer em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, quer nas circunstâncias contratuais em que se identificam, pela identidade de ratio, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relação de consumo; os princípios da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana, e da realização plena de sua personalidade parecem ser os pressupostos justificadores da incidência dos mecanismos de defesa do consumidor às relações interprivadas.”<sup>389</sup>*

Conclui-se então que no direito brasileiro existe a firme possibilidade de aplicação da legislação existente, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal, a qualquer relação estabelecida a partir ou com base em cláusulas contratuais gerais (contratos de adesão), mesmo que esta relação se dê entre empresários.

---

<sup>387</sup> NOVAIS, Alinne Arquette Leite, *A teoria contratual e o Código de defesa do consumidor*, Revista dos Tribunais, v. 17, 2001, pp. 165.

<sup>388</sup> Sobre “a possibilidade de interpretação sistemática”, vide: CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*; trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2012, p. 208/212.

<sup>389</sup> TEPEDINO, Gustavo, *As relações de consumo e a nova teoria contratual*, in *Temas de Direito Civil*, Renovar, 4ª edição, vol. I, 2008, pp. 229/295.

No direito português não se vislumbra que a legislação consumerista possua tal alcance, mas se aponta no sentido de que existe a possibilidade de aplicação de leis vigentes como a Lei do Consumidor e a LCCG, sendo absolutamente desnecessária a criação de mais um tipo contratual a fim de que a este se dê a tão desejada e necessária proteção adicional às mais variadas relações com assimetria contratual que já existam ou que venham a existir.

Importante lembrar as palavras de Georges Ripert segundo as quais: *“La loi oblige tous les sujets de droit. Ce caractère de généralité est la protection contre l’arbitraire. Une application aussi rigide se concilie mal avec la direction de l’économie. Traiter de la même façon tous les hommes sur tous ensemble du territoire, c’est ne tenir aucun compte des nécessités de telle profession ou de telle région. Il faut adapter la loi aux circonstances”*<sup>390</sup> Resumindo: é a lei que deve se adaptar às circunstâncias e não o contrário. Mesmo porque a lei não é capaz de prever todas as situações futuras, mas os operadores devem ter a capacidade de se adaptar a elas.

Na prática utilizam-se os mecanismos previstos na própria LCCG, como por exemplo, a proibição de cláusulas contratuais gerais em absoluto, que se daria em qualquer situação, seja ela havida entre consumidor e empresário, seja entre empresários, seja entre empresários numa relação com assimetria de poder. Isto pelo fato de se considerar que nas hipóteses ali prevista, é inadmissível a sua utilização, como é o caso das cláusulas contrárias à boa fé, por exemplo, cofrindo ao empresário mais fraco uma proteção acrescida similar à do consumidor.<sup>391</sup>

Outro argumento que advoga contra a criação de uma nova “categoria” contratual é o de que nem mesmo o contrato e adesão representa uma categoria contratual por si só, mas sim uma modalidade de contratação. Os contratos firmados são aqueles previstos nas leis civis e comerciais ou criados pelas partes: compra e venda, prestação de serviços e muitos outros. A maneira como vai-se redigir o contrato é que difere, existindo sempre a possibilidade de utilização da modalidade de contrato por adesão (ou contrato com o emprego de cláusulas contratuais gerais). Sendo assim, sequer estaria tecnicamente correto

---

<sup>390</sup> RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 12<sup>ème</sup> édition, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1951, pp. 230.

<sup>391</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2<sup>a</sup> edição, Universidade Católica de Lisboa, 1996, pp. 271: *“Para além disso, há cláusulas proibidas em absoluto, i.e., qualquer que seja a relação entre as partes do contrato individual. Esta categoria de proibição está justificada por não serem aqui relevantes as referidas situações de igualdade ou desigualdade entre as partes, mas por o conteúdo dessas cláusulas, objectivamente considerado, não poder ser nunca admitido.”*

promover a criação de uma nova categoria contratual, pois esta exsurgiria da primeira e, neste caso, a primeira é uma falsa-categoria, já que consiste apenas em uma modalidade de contratação. Conforme leciona Cláudia Lima Marques: “*O contrato de adesão não é uma espécie nova e independente de contrato, mas um contrato de compra e venda, contrato de transporte, contrato de locação e outros mais variados tipos de contrato em que se usa, sim, um método comum de contratação, o de oferecer o instrumento contratual já impresso, prévia e unilateralmente elaborado, para a aceitação do outro parceiro contratual, o qual simplesmente ‘adere’ à vontade manifestada no instrumento contratual.*”<sup>392</sup> Ou seja, trata-se de uma metodologia de formação de contrato e não de uma categoria autônoma, motivo pelo qual não seria possível a formação de uma subcategoria subordinada à primeira, que nem categoria é.

Prova disto é que no próprio direito italiano, onde a teoria do *terzo contratto* surgiu, uma parte da doutrina admite que não se trata de uma nova categoria, mas sim um outro nome que se utiliza para designar o fenômeno da contratação desigual. Stefano Pagliantini afirma que ilustrar um problema de articulação diferente na disciplina dos contratos seria bem diferente de criar uma nova categoria contratual.<sup>393</sup> E Giuseppe Amadio também afirma que em termos de abusividade contratual poder-se-ia utilizar as regras relativas ao ilícito comercial, afastando, assim, a possibilidade de aplicação das cláusulas contratuais gerais e seu respectivo controle, mas afirmando, doravante, a desnecessidade de criação de uma legislação específica.<sup>394</sup>

No mais, tratando-se da questão referente à interpretação das normas, imperioso iniciar-se pela interpretação literal do texto legal e a partir daí entender as possibilidades várias, nunca deixando de lado o sentido mais provável da lei. Afinal, conforme afirmado por Karl Larenz: “*Toda a interpretação de um texto há-de iniciar-se com o sentido literal.*”<sup>395</sup>

---

<sup>392</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, RT Editora, 7ª edição, 2014, p. 84.

<sup>393</sup> PAGLIANTINI, Stefano, *Per una lettura dell’abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell’imprenditore debole e della microimpresa*, in: *Rivista del diritto commerciale*, n.º 2, ano CVIII, 2010, pp. 409/446. O autor afirma na p. 441 que: “... a tal riguardo, ha sintetizzato la questione chi ha scritto che terzo contratto è solo un altro nomen che si usa per designare il fenomeno della contrattazione diseguale. E prosegue afirmando, mais adiante, que: “...Il che, evidentemente, non può essere: perché illustrare un problema di articolazione separata della disciplina del contratto è, e non solo semanticamente, esercizio ben diverso dal procedere alla categorizzazione di un novo concetto.”

<sup>394</sup> AMADIO, Giuseppe, *Il terzo contratto. Il problema*. in: *Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 09-30 (p. 26).

<sup>395</sup> LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, Fundação Calouste Gulbekian, 6ª edição, 2012, p. 450.

Temos plena convicção, portanto, da aplicabilidade do sistema de cláusulas contratuais gerais às relações contratuais assimétricas, sejam elas típicas, sejam atípicas, sempre na modalidade relativa às relações firmadas entre empresários e consumidores, pois a fraqueza das partes é o fator decisivo para a proteção acrescida que ora se reconhece e que por todos os motivos supra se justifica.

## 5 - CONCLUSÃO

Os contratos assimétricos precisam de regulamentação específica ou seria diretamente aplicável a eles a disciplina das cláusulas contratuais gerais?

Neste caso, haveria necessidade de criação de regulação para as relações assimétricas que não sejam de consumo, às quais não se aplica à partida, a legislação referente às relações de consumo? Ou considera-se-ia que tais relações também são relações de consumo? Aplicam-se, portanto, a Lei 24/96 e o Decreto-Lei 446/85 por analogia?

E mais: havendo cláusulas contratuais gerais em determinado contrato (contrato de adesão), é de se entender pela vulnerabilidade presumida do contratante? Neste caso ele será ou não consumidor? Se ele for, aplicar-se-ão as normas de direito do consumidor? E se ele não for? Entender-se-á que, da mesma forma, é consumidor por equiparação e portanto aplicar-se-á o sistema de defesa do consumidor, ou será necessário criar outro sistema legislativo para estas relações? Ou, ao contrário, entender-se-ia que trata-se de um contrato comum, de direito civil e aplicar-se-ia apenas o código civil, sem qualquer tipo de proteção adicional?

Estes são alguns dos questionamentos que o presente trabalho se propôs a discutir.

Roberto Pardolesi, no prefácio da obra de G. Colangelo (*“L’abuso de dipendenza economica*, Torino, 2004, pp. XII e ss.) utiliza as expressões *“terra di mezzo”* e *“l’area grigia del contratto”*, referindo-se de forma perfeita à nebulosidade representada por esse novo paradigma relativo aos contratos firmados com assimetria de poder.

Realizada a análise dos campos de existência, natureza e eficácia de cláusulas contratuais gerais, bem como o seu campo de aplicação às relações contratuais assimétricas notamos que a discussão vai muito além da opção legislativa. A discussão abrange opções políticas de fomento à igualdade nas relações assimétricas, por meio da introdução de um tipo de controle de cláusulas contratuais gerais que impeça, ou melhor, que não permita a imposição do poderio do mais forte sobre o supostamente mais fraco.

Para além disso, percebemos a necessidade de mecanismos efetivos que permitam o controle das relações contratuais de modo a diminuir a discrepância de poderio existente entre os contratantes e a utilização de premissas fundamentais do direito contratual como fator redutor das assimetrias e, conseqüentemente, das falhas de mercado.

Segundo Fernando Araújo, *“o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou “governança”)*

*de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e os interesses.*”<sup>396</sup> Isto numa concepção de equilíbrio contratual e autonomia plena, pressupondo a paridade de armas entre as partes contratantes. Ainda segundo Fernando Araújo: “*A disciplina contratual vive numa tensão entre segurança e justiça, e muitas hesitações em torno da indagação de justiça substantiva no seio de cada relação contratual prendem-se com a insegurança que uma tal atitude induziria: pense-se, por exemplo, no que seria admitir-se a revisão dos termos contratuais a cada alteração das circunstâncias e a cada oscilação na onerosidade contratual, e no que isso representaria para a tutela da expectativa das partes.*”<sup>397</sup>

Entretanto, não obstante a realidade que separa as relações havidas entre empresários e consumidores e as relações havidas entre empresários em que um deles seja considerado a parte mais fraca, o que fez surgir, a partir da teoria da assimetria contratual, o reconhecimento de uma nova categoria contratual (a do *terzo contratto*), isto não significa a incomunicabilidade absoluta das leis relativas às relações de consumo a este último tipo contratual.

De todos esses questionamentos, enfim, e das novas realidades que se apresentam, conclui-se que o Direito está em constante mutação em função das necessidades prementes dos homens e está sempre em comunhão com outras ciências, principalmente as ciências sociais. Nos dizeres de Giuseppe Monateri: “*(...) il contratto, da sempre, è un incontro, un luogo in cui le parti collaborano, per un scopo comune; un gioco cooperativo.*”<sup>398</sup>

Cabe ao operador do direito acompanhar a constante mudança de paradigmas que se apresenta em velocidade assustadora. Cabe a ele jogar esse *gioco cooperativo*. Cabe a nós todos reconhecermos que somos seres em constante mudança e que o resultado das nossas mudanças é refletido no ordenamento jurídico que sofre constantes interpretações a fim de se adaptar à realidade na qual está inserido.

É possível admitir uma mudança de mentalidade a partir de um ordenamento jurídico fragmentado, conferindo-lhe novos contornos a partir do reconhecimento de valores mais importantes? A resposta é sim, desde que estejamos dispostos a nos arriscar por um futuro mais consciente e mais solidário.

Modifiquemo-nos e modifiquemos também às relações sociais sem medo, promovendo um direito solidário no qual não importam apenas as relações contratuais

---

<sup>396</sup> ARAÚJO, Fernando, *Teoria económica do contrato*, Almedina, 2007, pp. 18.

<sup>397</sup> ARAÚJO, Fernando, *Teoria económica do contrato*, Almedina, 2007, pp. 329.

<sup>398</sup> MONATERI, Giuseppe, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in: *Rivista di diritto civile*, n.º 4, luglio-agosto, CEDAM, 2003, pp. 409/422 (p. 409).

estáticas, mas os personagens destes contratos, que são seres humanos em constante adaptação.

Fiquemos, por fim, com o sonho incessante de mudança. Fiquemos com a afirmação de Georges Ripert: *“Dans les sciences sociales nul ne peut conserver la froide impartialité du savant. Les rapports entre les hommes ne sont pas des rapports nécessaires dérivant de la nature des choses. Ils sont créés par les hommes, ils peuvent être modifiés par eux. L’humanité rêve sans cesse de les modifier.”*<sup>399</sup>

---

<sup>399</sup> RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 12<sup>ème</sup> ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951 (p. 04). *“Nas ciências sociais, ninguém pode conservar a imparcialidade fria do cientista. As relações entre os homens não são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas. Elas são criadas pelos homens, elas podem ser modificadas por eles. A humanidade sonha sem cessar em modificá-las.”* (tradução livre)

## 6 - ÍNDICE JURISPRUDENCIAL E BIBLIOGRÁFICO

### a) JURISPRUDÊNCIA

#### \*PORTUGAL

##### \*STJ

Acórdão do STJ, de 22/09/2011.

##### \*Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão da Relação de Lisboa, de 05/03/09.

##### \*Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão da Relação de Guimarães nº 1575/05, de 19/02/05, 1.ª Secção.

#### \*França

*Cour de Cassation (com.)* du 06/11/2007, *président: Mme. Favre.*

#### \*Itália

*Corte Costituzionale, sentenza n. 469, del 22 novembre 2002.*

*Corte di Cassazione, pronuncia n° 17360 del 18 agosto 2011.*

*Corte di Cassazione, pronuncia n° 11594 del 13 maggio 2010.*

*Corte di Cassazione, pronuncia n° 13051 del 21 maggio 2008.*

*Corte di Cassazione, pronuncia n° 6314 del 22 marzo 2006.*

*Corte di Giustizia, caso C-453/99, del 20 settembre 2001.*

*Corte d'Appello di Roma, App. n°. 2456, 14 Gennaio 1991.*

#### \*Brasil

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 319-DF, Ementa Rel. Min. Moreira Alves, pub. DJU em 10/12/92.

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 576977 / DF, Pub. 20/10/2014, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402043368&dt\\_publicacao=20/10/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402043368&dt_publicacao=20/10/2014)

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 404719 / RS, Pub. 08/09/2014, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303341539&dt\\_publicacao=08/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303341539&dt_publicacao=08/09/2014)

## b) DOUTRINA

AKERLOF, George A., *The market for Lemons: Quality Uncertainty and The Market Mechanism*, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500. in: <http://www.econ.yale.edu/~dirkb/teach/pdf/akerlof/themarketforlemons.pdf> , pesquisa em 09/01/2016.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos*, Almedina, 4ª edição, Vol I, 2008.

-----, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005.

-----, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 1990.

-----, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, 1982.

ALPA, Guido, *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona*, in *La vocazione civile del giurista – Saggi dedicati a Stefano Rodotà* (a cura di Guido Alpa / Vincenzo Roppo, Laterza Editori, 2013, pp. 204-242.

-----, *Le stagioni del contratto*, Bologna, Il Mulino, 2012.

-----, *Nuove prospettive della protezione dei consumatori*, in: *La nuova giurisprudenza civile commentata*, CEDAM, 2005, a. XXI, 2005, pp. 101-105.

-----, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Contratto e impresa*. Padova, n.º 2 (Luglio-Dicembre), 2003, pp. 783-822.

-----, *La disciplina della clausole abusive in Italia e nel Regno Unito – Metodi di Controllo e questioni aperte*, in: *Contratto e impresa*. Padova, n.º 2 (Luglio-Dicembre), 2003, pp. 783-822.

-----, *Clauses abusives et contrats des consommateurs: l'expérience en Italie*, in *Revue internationale de droit comparé*, Paris, a. 53, n.º 2 (avr.-juin) 2001, pp. 405-428.

-----, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano. a.43, n.º 4 (Dicembre) 1999, p. 1.173-1.200.

-----, *Il recepimento della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, a. 12, n.º 1, (Gennaio-Febrero), 1996, parte seconda, p. 46-48.

----- , *Il controllo dei contratti per adesione*, in: *Rivista del Diritto Commerciale*, Picin Nuova Libreria S.P.A., Luglio-Agosto, 1989, pp. 531-565.

----- , *Condizioni Generali di contratto*, in: *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Cedam, Padova, a. IV, parte seconda, n.º 1, (Gennaio-Febrero), 1988, pp. 27-39.

AMADIO, Giuseppe, *Il terzo contratto. Il problema*, in: *Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 09-30.

AMATO, Paolo, *I contratti del consumatore e le clausole vessatorie*, 16 settembre 2002, XVII Corso di Perfezionamento per Giuristi d'Impresa in: [http://www.tidona.com/pubblicazioni/settembre02\\_4.htm](http://www.tidona.com/pubblicazioni/settembre02_4.htm) , consulta em 1º/07/2014.

ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, 2013.

ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2012.

----- , *Os contratos de distribuição comercial*, in: *Revista Ciências empresariais e jurídicas*, Porto, n.º 16, 2010, pp. 09-38.

----- , *Contratos Comerciais – noções fundamentais*, in: *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, n.º. Especial, 2007.

ARAÚJO, Fernando, *Teoria económica do contrato*, Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in: *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, a. 60, n.º 2, 2000.

----- , *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil*, in: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira6.pdf> , consulta em 1º/07/2014.

BARBOSA, Rui, *Oração aos moços*, in: [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oraao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oraao_aos_mocos.pdf), consulta em 30/10/2015.

BARROS, José Manuel de Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, 2010.

BIANCA, Cesare Massimo, *Le autorità private*, Jovene, 1977.

BOTELHO, João, *Cláusulas Contratuais Gerais: notas de jurisprudência*, Lisboa, Petrony, 2010.

BRITO, Maria Helena, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, 1990.

BUONOCUORE, Vincenzo, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in: *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, n.º 1, (gennaio-febraio), 1995, pp. 01-41.

CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 2ème ed., Paris, Dalloz, 1986.

CALVO, Roberto, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contratto e impresa*. Padova, n.º 2 (Luglio-Dicembro), 2003, pp. 715-748.

CAMARDI, Carmelita, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in: *Rivista critica del diritto privato*, dicembre 2005, pp. 549-541.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*; trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2012.

-----, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina Editora, 2003.

CARUSI, Donato, *I precedenti*, in: *Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 31-36.

CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de direito do consumo*, Almedina, 2014.

-----, *Os contratos de Consumo – reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Almedina, 2012.

CASTRONOVO, Carlo, *Profili della disciplina nuova deles calusole cd. Vessatorie, cioè abusive*, in: *Rivista Europa e diritto privato*, Milano n. 1, 1998, pp. 05-43.

-----, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in: *Scritti in onori di Marco Comporti*, Giuffrè Editore, 1995, pp. 581-606.

CHAZAL, Jean-Pascal, “*De la puissance économique dans le droit des obligations*”, in: [http://www.sciencespo.fr/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=LHHuMvrEWaApVLTR0aln3hZQuspw6uZ5heftQ6ZJM\\_U](http://www.sciencespo.fr/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=LHHuMvrEWaApVLTR0aln3hZQuspw6uZ5heftQ6ZJM_U), pesquisa em 18/04/2016.

----- *La protection da la partie faibe chez Jossierand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain*, in: [http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal\\_protection\\_jossierand.pdf](http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_jossierand.pdf), pesquisa em 05/03/2016.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*, volume II, Saraiva, 2012.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Almedina, Parte Geral, vol. 1, 4ª edição, 2012.

-----, *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, 2011.

-----, *Direito das Obrigações*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. I, 1994.

-----, / COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Cláusulas Contratuais Gerais – anotação ao decreto-lei nº. 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, 1991.

COSTA, Adalberto, *O novo regime jurídico da concorrência: anotado e comentado*, Vidaeconómica, 2014.

COSTA, Mário Julio de Almeida, *Nótula sobre o regime das cláusulas contratuais gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, Sep. de: "Direito e Justiça" -

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. 11, Tomo 2, 1997.

----- , *Cláusulas contratuais gerais : anotação ao decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, 1991.

CRISTAS, Assunção, *Concorrência desleal e proteção do consumidor*, in: Prof. Dr. Inocêncio Galvão Teles: 90 anos - homenagem da faculdade de direito de Lisboa, Almedina, 2007, pp. 143-162.

D'AMICO, Giovanni, *La formazione del contratto*, in: Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 37-82.

DAVO, Hélène, *Les clauses abusives en droit français*, In: Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 3 (Jul. 1995), p. 9-30.

DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *La rilevanza dello status per la protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in: Rivista del diritto commerciale, Piccin, n.º 2, 2012, pp. 311-353.

DEMOGUE, René, *Les notions fondamentales du Droit privé - Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1911.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito de empresa*, Saraiva, 2008.

EBERS, Martin, *De la armonización mínima a la armonización plena - La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores*, in: [http://www.indret.com/pdf/732\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/732_es.pdf), consulta em 18/09/2014.

----- , *El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional*, in: [http://www.indret.com/pdf/881\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/881_es.pdf), consulta em 18/09/2014.

FEMIA, Pasquale, *Nomenclatura del contratto o intuzione del contrarre Per una teoria giuridica della contrattazione*, in: Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei

rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 265-300.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2ª edição, Universidade Católica de Lisboa, 1996.

FERREIRA, Manuel Ataíde / RODRIGUES, Luís Silveira, *Cláusulas contratuais gerais – anotações ao diploma*, Deco, 2011.

FERRI, Giovanni. B., *Le stagioni del contratto e le idee di Guido Alpa*, in: *Rivista del diritto commerciale*, n.º 2, Piccin, 2013, pp. 205-244.

FRANCO, Rosario, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problemática. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*. CEDAM, 2010.

GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, CEDAM, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato*, in: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Renovar, 2008, pp. 369-393, p. 383.

GHESTIN, Jacques, *Perspectives pour l'Avenir. Le Droit des Contracts*, in: *Um Código Civil para a Europa*, Coimbra, 2002, pp. 181-196.

GITTI, Gregorio, *La determinazione del contenuto*, in: *Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 83-112.

GOMES, Manuel Januário da Costa, *Sobre viagens organizadas e “férias estragadas”*. *Breves notas*, in: *Liber Amicorum Mário Frota – a causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, 2012, pp. 387-407.

----- , *Contratos comerciais : contratos comerciais em geral: contratos bancários*, Almedina Editora, 2012.

----- , *Apontamentos sobre o contrato de agência*, Separata de: Tribuna da Justiça, n.º 9, 1990.

----- , *Da qualidade de comerciante do agente comercial*, Separata de: Boletim do Ministério da Justiça n.º 313, Lisboa, 1982.

HAICAL, Gustavo, *O contrato de agência, seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos*, Revista dos Tribunais, 2012.

HARTKAMP, Arthur, *Principles of european contract law (lando comission)*, in: Um Código Civil para a Europa, Coimbra, 2002, pp. 53-58.

JOSSERAND, Louis, *A proteção dos fracos pelo direito*, in: Revista Forense, vol. CXXVIII, fascículo 561, 1950, pp. 363-369.

----- , *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: Le contract forcé et le contract légal*, in: [http://droit.wester.ouisse.free.fr/pages/brocantes/Josserand/j\\_contrat\\_dirige\\_S.htm](http://droit.wester.ouisse.free.fr/pages/brocantes/Josserand/j_contrat_dirige_S.htm) , pesquisa em 03/06/16.

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abusos de posição dominante*, Almedina, 2012.

KESSLER, Friedrich, *Contracts of adhesion – Some thoughts about freedom of contract*, in: Columbia Law Review, n.º. 43, 1943, in: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3728&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3728&context=fss_papers), pesquisa em 22/09/2014.

KOLESOV, N. D., *Manual de economia política*, Academia de Ciencias da U.R.S.S., vol. 1, Novo Curso, 1976.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, vol. I, 11.º edição, Almedina, 2014.

----- , *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*, in: Liber Amicorum Mario Frota: a causa dos direitos dos consumidores, Almedina, 2012, pp. 369-386.

----- , *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Almedina, 2006.

----- , *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, Coimbra: FDUC, Centro de direito do Consumo, Sep. de: “Estudos de Direito do Consumidor”, nº 5, 2003, p. 163-181.

----- , *O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática*, in “Estudos do Instituto de Direito do Consumo”, Coordenador: Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, vol. I, Almedina, 2002, pp. 11-30.

MARINS, James, *Protecção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários*, Revista de Direito do consumidor, vol. 18, abr-jun/96, p. 94-104.

MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, 7ª edição, RT, 2014.

----- / MIRAGEM, Bruno, *O Novo Direito Privado e a Protecção dos Vulneráveis*, 2ª edição, RT, 2014.

-----, *Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, vol. 1, jan/mar/2000, pp. 13-57.

MARSICO, Rita, *Le nuove frontiere della dottrina civilistica: il terzo contratto*, in: <http://www.filodiritto.com/articoli/2010/11/le-nuove-frontiere-della-dottrina-civilistica-il-terzo-contratto/> , pesquisa em 02/06/16.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Contratos em especial*, Universidade Católica, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith, *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, Revista de Direito FGV, v. I, nº 1, maio/2005, pp. 41-66.

----- / BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*, Saraiva, 2002.

MAZIERE, Pierre, *Le principe d'égalité en droit privé*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

MAZZAMUTO, Salvatore, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in: Europa e diritto privato, Giuffrè Editore, n.º 04, 2011, pp. 861-909.

MÉGNIN, Serge, *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, Litec, 2003.

MELO, Diogo L. Machado de, *Contratos de adesão em relações de não consumo: lógica econômica e balizas para o ativismo judicial*, Revista do advogado, AASP, Ano XXXII, n.º 116, julho de 2012, pp. 70-76.

MENGOZZI, Pieralberto, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali*, CEDAM, 2004.

MICKLITZ, Hans-W., *German unfair contract terms act and the EC Directive 93/13*, in: Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 5, março, 1996, pp. 96-109.

-----, *Directive 93/13 in action: a report on a research project on unfair terms in consumer sales contracts*, in: Aspects of fairness in contracts, Blackstone press limited, 1996, pp. 77/91.

MONATERI, Giuseppe, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in: Rivista di diritto civile, n.º 4, luglio-agosto, CEDAM, 2003, pp. 409-422.

MONTEIRO, António Pinto, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, in: Estudos dedicados ao Prof. Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Universidade Católica, vol. I, 2011, pp. 273-309.

-----, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, 2009.

-----, *Contrato de agência*, 5.ª edição, Almedina, 2004.

-----, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas abusivas*, in: Revista da Ordem dos Advogados, Coimbra, jan. 2002.

----- , *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, in: Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa, Universidade Católica Editora, 2002.

----- , *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 7, jul/set 2001, p. 3-31.

----- , *Contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, in: Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, Coimbra, 2001, pp. 131/163.

----- , *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/03/99*, in: Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, a. 132, n.º 389 (jun/1999), p. 41-60.

----- , *La transposition de la directive europeene sur les clauses abusives au Portugal*, Sep. de: European Review of Private Law, n.º 2, 1997.

----- , *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, in: Revista da Ordem dos advogados, vol. III, dezembro, 1986, pp. 732-769.

----- , *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985.

NAVARETTA, Emanuela, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in: Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 317-330.

NORONHA, Fernando, *Direito das Obrigações*, 3ª edição, Saraiva, 2010.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite, *A teoria contratual e o Código de defesa do consumidor*, Revista dos Tribunais, v. 17, 2001.

NUNES, Pedro Caetano, *Comunicação de cláusulas contratuais gerais*, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida, vol. 2, Coimbra, 2011, pp. 507-534.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Contratos de adesão nas relações entre empresas – anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de fevereiro de 2005*

(*processo n.º 1575/05, 1ª Secção*), Revista Jurídica da Universidade Portucalense n.º 15, 2012, pp. 239-254.

----- , *A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993*, in: Revista Scientia Juridica – Universidade do Minho, n.º 303, julho/setembro 2005.

ORLANDI, Mauro, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in: Il terzo contratto – l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 137-178.

PAGLIANTINI, Stefano, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la casazione (aspettando la corte de giustizia)*, in: Persona e mercato, n.º. 3, 2011, pp. 197-208.

----- , *Per una lettura del’abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell’imprenditore debole e della microimpresa*, in: Rivista del diritto commerciale, n.º 2, ano CVIII, 2010, pp. 409/446.

PAISANT, Guilles, *L’activité de la comission des clauses abusives en France*, in: Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 5, março, 1996, pp. 59-68.

PARDOLESI, Roberto, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l’attuazione di una direttiva abusata*, in: Rivista critica del diritto privato, settembre/1995, pp. 523-548.

----- , *Il “controllo” del franchising*, in: Rivista di Diritto Privato, n. 1, Giuffrè Editore, 1987, pp. 157-171.

PAÚL, Jorge Patrício, *Concorrência desleal e o direito do consumidor*, in Revista da Ordem dos Advogados, vol. I (junho), 2005.

PEGADO, Jorge Liz, *La proposition de directive de la comission sur “le droit des consommateurs” et les clauses abusives*, junho, Revista portuguesa de direito do consumidor, n.º 62, junho, 2010.

PERELMAN, Chaïm, *Lógica jurídica: nova retórica*, Martins Fontes, 2004.

PERLINGIERI, Pietro, Nuovo profili del contratto, In: Rivista Critica del Diritto Privato, Napoli, a.19, n.º 2-3(Giugno-Settembre 2001), p. 223-246.

PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito aplicável aos contratos com consumidores*, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coordenador: Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, vol. I, Almedina, 2002, p. 93-106.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, Separata da Revista de Direito e estudos sociais, Coimbra, 1973, pp. 119-148.

----- , *Contratos de adesão*, Separata da Revista Forense, vol. 257, pp. 32-43.

----- , *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 4ª edição, 2005.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina Editora, 1995.

PIRO, Elisabetta, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Dike Giuridica Editrice, 2013.

PRATA, Ana, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 2010.

----- , *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, 1982.

PRISCOLI, Lorenzo Delli, *Consumatore, 'imprenditore debole' e principio de uguaglianza*, in *Contratto e impresa*. Padova, n.º 2 (Luglio-Dicembre), 2003, pp. 749-767.

REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 23ª edição, Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Edmundo Rubens, *Nova regulamentação da representação comercial autónoma*, 3ª edição, Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de franquia (franshising)*, Almedina, 2001.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, 1999.

----- , *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Supl. do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, sep. ao vol. 35, 1990.

----- , *O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre as cláusulas abusivas*, in: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, vol. III, Coimbra, 2007, pp. 209-233.

----- , *A boa fé como norma de validade*, in: “ARS Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves”, vol. II, Coimbra, 2010, pp. 667-732.

----- , *O contrato de viagem organizada, na lei vigente e no anteprojecto do código do consumidor*, in: Prof. Dr. Inocêncio Galvão Teles: 90 anos - homenagem da faculdade de direito de Lisboa, Almedina, 2007, pp. 552-583.

RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalism modern*, 12ème ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951.

ROPPO, Enzo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina, 2009.

----- , *Contratti standard*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1989.

ROPPO, Vincenzo, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, com qualche elemento di novità*, in “La vocazione civile del giurista – Saggi dedicati a Stefano Rodotà” (a cura di Guido Alpa / Vincenzo Roppo), Laterza Editori, 2013, pp. 178-203.

----- , *Il Contratto del duemila*, G. Giachiapelli editore, 2000.

----- , *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in: Rivista di diritto civile, CEDAM, Padova, n.º 2, (marzo-aprile) 1994, pp. 277/302.

----- , *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 1989.

SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2005.

SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 a 144)*, Paris, L.G.D.J., 1929.

SAVIGNY, M. de, *Le Droit des Obligations*, Auguste Durand Libraire-éditeur, 1863.

SCHMITT, Cristiano Heineck, *A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência*, in: Revista dos Tribunais, vol. 880/2009, Fev/2009, pp. 887-911.

-----, *As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 33, Jan-Mar/2000, pp. 161-181.

SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 2ª edição, Renovar, 2007.

-----, *A tríplice transformação do adimplemento – Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras*, in: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 8, vol. 32, out/dez/2007, pp. 03-27.

SILVA, João Calvão da, *Contratação por cláusulas gerais (Contratos de adesão) – Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, 2011, pp. 71-108.

SOUZA, António Carneiro da Frada de, *Conflito de clausulados e consenso nos contratos internacionais*, Porto, 1999.

SOUZA, James J. Marins de, *Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários*, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 18, Abr-Jun/1996, p. 94-104.

STEINMANN, Thomas, KENEL, Philippe, BILLOTE, Imogen, *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, Bruylant, 2005.

STIGLITZ, Ruben S., *Contrato de consumo y clausulas abusivas*, in: Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, Coimbra, 1999, pp. 308-340.

----- , *Cláusulas contratuales abusivas y sorpresivas. Mecanismos de control*, in: Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 7, setembro, 1996, pp. 109-123.

TARTUCE, Flávio, *Função social dos contratos*, Método, 2007.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Das condições gerais dos contratos e da diretiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, in: Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 2, abril, 1995, pp. 7-21.

TEPEDINO, Gustavo, *As relações de consumo e a nova teoria contratual*, in: Temas de Direito Civil, Renovar Editora, 4ª edição, vol. I, 2008, pp. 229/295.

----- , *Notas sobre a função social dos contratos*, in: O direito e o tempo: embates jurídico e utopias contemporâneas, Renovar editora, 2008, pp. 395-405.

----- , *Os contratos de consumo no Brasil*, in: Temas de Direito Civil, vol. II, Renovar, 2006, pp. 123/134.

----- , *Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers* in: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca13.pdf> , pesquisa em 02/05/16.

THEODOR JUNIOR, Humberto, *Do contrato de agência e distribuição no novo código civil*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, n.º 42, jun/julho 2002, pp. 129-163.

TIMM, Luciano Benetti, *Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica*. in: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf> , pesquisa em 09/03/2016.

TREITEL, G. H. *The Law of Contract*, 9º. ed., London Sweet & Maxwell, 1995.

TROCHU, M. Michel, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs: directive n. 93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993*, Recueil Dalloz Sirey, Paris, n. 43 (déc.1993) LXXX, p. 315-320.

----- , *Les silences de l'adhésion*, in, *Le contrat de consommation: contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur/Congrès National des Huissiers de Justice, Tours, 12-16 Juin 1974, Travaux de la 3ème Commission*, Paris, L.G.D.J. Éditeur, 1974.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Almedina, 2009.

VILLA, Gianroberto, *Invalidità e contratto tra imprenditori*, in: *Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 113-136.

VIRASSAMY, Georges, *Les contrats de dépendence*, Paris, LGDJ, 1986.

WALD, Arnaldo, *O interesse social no direito privado*, in: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Renovar editora, 2008, pp. 77-101.

WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas S/A., 1977.

WILHELMSSON, Thomas, *Is there a European Consumer Law – and should it be one?*, in: *Saggi, Conferenze e Seminari*, n.º. 41, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Roma, 2000.

----- , *Various approaches to Unfair Terms and their background philosophies*, in: <http://www.juridicainternational.eu/?id=12728> , pesquisa em 18/09/2014.

ZOPPINI, Andrea, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in: *Rivista di diritto civile*, Padova, a.54 n.5 (Settembre-Ottobre), 2008, *Parte Prima*, p. 515-541.

----- , *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in: *Il terzo contratto – l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gregorio Gitti/Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008, pp. 223-248.

### c) DOCUMENTOS

Relatório Final da Consulta Pública do Banco de Portugal n.º. 2/2006 e da CMVM n.º. 13/2006 sobre anteprojectos de diplomas de transposição da directiva dos mercados de

instrumentos financeiros, obtido em: [https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ConsultasPublicas/Lists/FolderDeListaComLinks/Attachments/16/RelatorioConsultaPublica\\_BP\\_2\\_06.pdf](https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ConsultasPublicas/Lists/FolderDeListaComLinks/Attachments/16/RelatorioConsultaPublica_BP_2_06.pdf) .

Regras UNIDROIT (traduzidas em português: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>

## **7 - ÍNDICE GERAL**

<b>AGRADECIMENTOS .....</b>	<b>2</b>
<b>RESUMO E PALAVRAS-CHAVE .....</b>	<b>3</b>
<b>PLANO DE TRABALHO .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>

### **CAPÍTULO 1 – CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS**

<b>Noção preliminar .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1.1 – Natureza jurídica .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1.2 - Cláusulas contratuais gerais X contratos de adesão .....</b>	<b>16</b>
<b>1.2 – Origem e evolução .....</b>	<b>21</b>
<b>1.2.1 – Surgimento do instituto .....</b>	<b>21</b>
<b>1.2.2 - O Decreto-lei n.º 446/85 .....</b>	<b>25</b>
<b>1.2.3 – A diretiva n.º. 93/13/UE e sua transposição para o direito português .....</b>	<b>27</b>
<b>1.2.3.1 – O objeto da diretiva .....</b>	<b>27</b>
<b>1.2.3.2 – Os atos de transposição .....</b>	<b>31</b>
<b>1.2.4 – Cenário atual .....</b>	<b>37</b>
<b>1.3 - Cláusulas importantes em espécie .....</b>	<b>39</b>
<b>1.3.1 – Cláusulas proibidas (absolutamente e relativamente) .....</b>	<b>39</b>
<b>1.3.2 - Cláusulas abusivas .....</b>	<b>42</b>
<b>1.3.3 – Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade .....</b>	<b>49</b>

### **CAPÍTULO 2 - A SITUAÇÃO DE ASSIMETRIA CONTRATUAL**

<b>2.1- Premissas básicas .....</b>	<b>53</b>
<b>2.1.1 - O princípio da igualdade .....</b>	<b>53</b>
<b>2.1.2 - Liberdade contratual .....</b>	<b>55</b>
<b>2.1.3 – Autonomia privada e autodeterminação .....</b>	<b>59</b>
<b>2.1.4 - A questão do consenso - obsolescência do modelo clássico de contratação .....</b>	<b>64</b>
<b>2.1.5 – O consenso nos clausulados gerais .....</b>	<b>66</b>
<b>2.2 – Noção de assimetria contratual ... ..</b>	<b>71</b>
<b>2.2.1 – Situação de vulnerabilidade .....</b>	<b>74</b>
<b>2.2.2 – Assimetria econômica .....</b>	<b>76</b>
<b>2.2.3 - Assimetria informativa .....</b>	<b>77</b>
<b>2.2.3.1 – A comunicação das cláusulas contratuais gerais .....</b>	<b>79</b>
<b>2.2.3.2 – O dever de informação .....</b>	<b>83</b>
<b>2.2.3.3 – A efetividade da comunicação/informação .....</b>	<b>84</b>

2.3 – Teorias acerca da assimetria contratual .....	85
2.3.1 - Teoria do contrato assimétrico .....	85
2.3.2 - Teoria do <i>terzo contratto</i> .....	87
2.4 – O prisma anticoncorrencial .....	93
2.4.1 – A assimetria vista através da questão anticoncorrencial .....	94
2.4.2 - Abuso de posição dominante .....	97
2.4.3 - Abuso de dependência econômica .....	99
2.4.4 – Práticas comerciais desleais .....	102

### CAPÍTULO 3 – RELAÇÕES CONTRATUAIS ASSIMÉTRICAS

3.1 –Relações tipicamente assimétricas .....	106
3.1.1 - Relações de consumo .....	106
3.1.1.1 - Conceituação de consumidor .....	108
3.1.1.2 - Relações B2C, B2Be B2b .....	113
3.1.1.3 - Consumidor por equiparação .....	115
3.1.1.3 – A extensão do regime .....	117
3.1.1.5 - A Lei de Defesa do Consumidor e a Diretiva de 2011/83/UE .....	121
3.1.1.6 – O tratamento da questão no Brasil (o CDC como microssistema) .....	122
3.1.1.7 - S2C - do conceito de consumidor ao conceito de cliente .....	124
3.2 – Relações potencialmente assimétricas .....	126
3.2.1 - Prestação de serviços essenciais a empresas .....	127
3.2.2 – Os contratos de distribuição .....	129
3.2.2.1 – Franshising .....	132
3.2.2.2 – Concessão.....	137
3.2.2.3 – Agência.....	140

### CAPÍTULO 4 – INSERÇÃO E CONTROLE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS

#### GERAIS NOS CONTRATOS ASSIMÉTRICOS

4.1 – Premissas .....	148
4.1.1 – A cláusula geral de boa-fé .....	149
4.1.2 – A função social do contrato .....	155
4.1.3 – Proteção ao contratante enfraquecido (razões para a proteção).....	159
4.1.4 - Necessidade de reequilíbrio da relação assimétrica .....	164
4.2 – Formas de aplicação das cláusulas contratuais gerais .....	166
4.2.1 - Equiparação do empresário mais fraco ao consumidor .....	166
4.2.2 – Utilização das CCG nas relações entre empresários e consumidores .....	168

<b>4.2.3 – Utilização das CCG nas relações entre empresários e entidades equiparadas</b>	<b>169</b>
<b>4.3 – Formas de controle</b>	<b>171</b>
<b>4.3.1 - Controle de inclusão</b>	<b>172</b>
<b>4.3.2 - Controle de conteúdo</b>	<b>174</b>
<b>4.3.3 – Controle jurisdicional</b>	<b>176</b>
<b>4.4 – Possíveis soluções</b>	<b>180</b>
<b>4.4.1 - As soluções apresentadas pela doutrina italiana</b>	<b>182</b>
<b>4.4.2 – A opção pela tipificação</b>	<b>185</b>
<b>4.4.3 - A desnecessidade de criação uma nova categoria normativa</b>	<b>185</b>
<b>4.4.4 - A opção mais adequada ao ordenamento português</b>	<b>186</b>
<b>5 – CONCLUSÃO</b>	<b>192</b>
<b>6 – ÍNDICE JURISPRUDENCIAL E BIBLIOGRÁFICO</b>	<b>195</b>
<b>7 – ÍNDICE GERAL</b>	<b>213</b>