

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

ANA LETÍCIA SALOMÃO E RIBEIRO

**O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NAS RELAÇÕES
CONTRATUAIS APARENTEMENTE PARITÁRIAS**

JUIZ DE FORA

2013

ANA LETÍCIA SALOMÃO E RIBEIRO

**O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS
APARENTEMENTE PARITÁRIAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil. Direito das obrigações. Contratos. Direito Econômico. Direito concorrencial.

Orientadora: Professora Doutora Raquel Bellini de Oliveira Salles.

JUIZ DE FORA

2013

ANA LETÍCIA SALOMÃO E RIBEIRO

O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS
APARENTEMENTE PARITÁRIAS

Monografia de conclusão de curso apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Raquel Bellini de Oliveira Sales
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Doutor Marcos Vinício Chein Feres
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Fabrício de Souza Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

JUIZ DE FORA

2013

AGRADECIMENTOS

Escrever uma monografia de conclusão de curso parece até tarefa fácil, perto de tantas outras atividades realizadas durante os anos vividos na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Ainda mais difícil é escrever os agradecimentos, porém, indispensáveis.

À minha mãe, pelas discussões nas quais eu expunha infinitas vezes as mesmas ideias, aceitando-as, ainda que confusas, além do agradecimento pelas inúmeras visitas à Camerino, levando feijão e farofa para alegrar o meu estudo do direito civil – o seu pedido de desculpas é referente ao fato de eu sempre tentar te superar: será que um dia eu consigo ser metade do que você é? Agradeço, também, por ter, literalmente, preenchido as prateleiras do meu quarto com livros, jurídicos ou não, revistas do Ministério Público, anais de congressos, e por constantemente me incentivar a escrever.

Ao meu pai, por sempre perguntar se estava tudo bem, por me ensinar a arte da paciência (a qual, apesar disso, eu não pratico muito) e a arte da perseverança, e o pedido de desculpas pelos domingos nos quais não fui ao sítio tomar sol, nadar ou brincar com os cachorros, para estudar ou escrever – está valendo a pena o esforço.

Aos meus avós, por serem exemplo de alegria, de vida, de carinho e de amor. Agora a “tal da monografia” ficou pronta e eu poderei assistir aos jogos do Fluminense!

Ao Marquinhos, pela primeira monitoria, pelas discussões sobre filosofia do direito sem ser filosofia, pelo exemplo de professor e de pessoa, mas, acima de tudo, por ter me ensinado a buscar no direito o meu melhor, ainda que me trazendo sempre de volta a Terra com os seus puxões de orelha.

À Raquel, pelo apoio quando do intercâmbio em Camerino, pelas discussões acerca de temas novos, pelos ensinamentos aprendidos no nosso grupo de estudos de direito civil, e por me mostrar que podemos ser doces e exigentes ao mesmo tempo com os alunos. Mais do que orientar este trabalho, obrigada por me mostrar que não posso abraçar o mundo com as pernas, mas que, passo a passo, posso dar a volta nele.

Aos professores de Camerino, em especial a Professora Maria Cristina de Cicco, pela paciência com o meu italiano aportuguesado durante as provas orais, o que com certeza contribuiu para a melhoria da minha oratória e a perda de certa timidez, além de todo o conhecimento jurídico transmitido. O período de estudos na Università di Camerino foi

essencial para o nascer desse trabalho, com muitas aulas sobre direito civil-constitucional, direito antitruste, direito industrial, teoria do direito e história da economia.

Ao Daniel Giotti, pelas discussões via Facebook durante a madrugada, e pelas inúmeras correções da monografia. À Sarah e ao Márcio, pelos primeiros ensinamentos no campo jurídico. À Renata e ao Leo, pelo exemplo de profissionais, pelo carinho e amizade. À Laura Dutra, por me deixar atenta aos pequenos detalhes que teriam feito muita falta neste trabalho.

À família PFN, pelos momentos descontraídos imersos em processos e mais processos, me mostrando que o direito tributário também é interessante. À Keylla e à Nathalie, companheiras de todas as manhãs. Aos estagiários da tarde, pelos piqueniques mais descontraídos.

À Dale, por aperfeiçoar meu inglês e fazendo com que eu escrevesse o *abstract* sem muito titubear. Ao Daniel Vidal, pela companhia nas segundas “londrinas” e “nova-iorquinas”, e por muitas vezes compartilhar o mesmo sentimento com relação aos estudos e à vida.

Às amigas Taisinha, Amanda Tupi e Larissa pelos 14 anos de amizade já compartilhados e por aqueles que ainda compartilharemos. Às amigas “ternuretes” pelo carinho no começo da faculdade. Ao Mario, por ter sido a melhor dupla de prática no Escritório Escola. À Mari Corrêa, pela amizade mais do que eterna. Aos amigos da “Engenharia Jurídica” pela acolhida maravilhosa. Ao Henrique, pelas discussões nas quais eu posso exercer o meu lado que não estudou medicina. Às amigas-irmãs Marcella, Fabiana, Luízinha e Carol (e os respectivos maridos e namorados!) pelo exemplo de mulheres. À Marina e ao Gui, pela amizade, por compartilharmos tantas semelhanças, e pelas correções do *abstract*.

Ao Jonas, por ter entrado na minha vida bem no momento de formação de um furacão, e ter resistido bravamente com muita paciência, calma e carinho. Obrigada por ter lido, corrigido e me ajudado a pesquisar as jurisprudências, além de ter ouvido todas as reclamações durante o período em que fiquei escrevendo.

A todos aqueles que contribuíram de algum modo para que eu chegasse até aqui, o meu eterno agradecimento.

“A igualdade é um ideal político popular, mas misterioso. (...) Não é uma questão linguística nem mesmo conceitual. Não requer uma definição da palavra ‘igual’ nem uma análise de como essa palavra é utilizada na linguagem comum. Requer que diferenciemos diversos conceitos de igualdade para decidir quais desses conceitos (ou qual combinação) define um ideal político atraente, caso isso aconteça”.

(Ronald Dworkin – A virtude soberana)

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo das disparidades contratuais no âmbito das relações empresariais, evidenciando as situações de vulnerabilidade que podem favorecer hipóteses de abuso de posição dominante. Desse modo, figura-se fundamental analisar princípios da ordem econômica tais como a livre iniciativa e a livre concorrência, associados aos princípios do direito contratual, a fim de se identificar, mediante a ocorrência de abuso de direito pelo uso de certos instrumentos contratuais e, por conseguinte, abusos de posição dominante. Busca-se na teoria do “direito como integridade”, de Ronald Dworkin, os pressupostos para a concretização de ideais comuns sociais, capazes de concretizar os princípios basilares da nossa Constituição, mormente a igualdade e a liberdade, compreendidas em seu sentido substancial. Com todos os argumentos apresentados, entende-se que para coibir o abuso de posição dominante, mediante o abuso do direito, é necessário atenção especial à operatividade de cláusulas e remédios contratuais, de conformidade com os princípios da boa-fé e da vedação ao abuso do direito, primando pela lealdade, respeito, preservação da dignidade e proteção dos interesses econômicos consagrados pela carta constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e economia. Direito concorrencial. Abuso de posição dominante. Direito contratual. Direito civil constitucional. Direito como integridade. Ronald Dworkin.

ABSTRACT

This paper aims to study contractual disparities within corporate relations, highlighting situations of vulnerability that may favour the occurrence of abuse of the dominant position. Thereby, it is crucial to analyze some principles of the economic order, such as free initiative and free competition, associated with the principles of contractual law, in order to identify, upon the occurrence of abuse of rights through the use of certain contractual instruments, the abuse of the dominant position. It seeks to explain, in the light of "law as integrity", developed by Ronald Dworkin, the assumptions for achieving social ideals, capable of implementing the basic principles of our Constitution, especially equality and freedom, understood in their substantive senses. With every argument presented, it is understood that to curb the abuse of the dominant position, and the abuse of rights, it is necessary to pay special attention to the operability of clauses and contractual remedies, in accordance with the principles of good faith and the prohibition of abuse of rights, striving for fairness, respect, the preservation of dignity and the protection of economic interests enshrined in our Constitution.

KEY-WORDS: Law and economy. Antitrust law. Dominant position abuse. Contractual Law. Law as integrity. Ronald Dworkin.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP	Agência Nacional do Petróleo
Art. / art.	Artigo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> – Código Civil Alemão de 1900
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC/1916	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB	Constituição da República Federativa Brasileira
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
p. u.	Parágrafo único
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

SUMÁRIO	9
INTRODUÇÃO	10
1 A DISPARIDADE CONTRATUAL NO ÂMBITO DE RELAÇÕES EMPRESARIAIS	12
1.1 A tutela da livre iniciativa e da livre concorrência e o abuso de posição dominante	12
1.2 A vulnerabilidade como fator de desigualdade no âmbito contratual e o abuso do Direito nas relações contratuais empresariais.....	20
2 O PAPEL DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” E A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS SEGUNDO A SUA FUNÇÃO	28
2.1 Princípios e regras interagindo sob a ótica da integridade dworkiana.....	28
2.2 A relevância da função dos institutos contratuais.....	36
3 EM BUSCA DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS EMPRESARIAIS	39
3.1 As relações contratuais a partir da Constituição Federal de 1988 e a principiologia correlata	39
3.2 A operatividade de cláusulas e remédios contratuais de conformidade com os princípios constitucionais	48
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), de 1988, desenhou para a ordem econômica um perfil que se poderia chamar “neoliberal”, o que, para a doutrina, é, até hoje, expressão plurívoca. Segundo seu artigo 170, o modelo econômico consagra princípios de grande importância, quais sejam: a livre concorrência e a defesa do consumidor.

A livre concorrência sempre foi o maior e mais eficaz instrumento de proteção e defesa do consumidor, determinando uma necessária harmonia entre os diversos partícipes da atividade econômica, influenciando, inclusive, as relações contratuais estabelecidas entre estes, de modo a coibir desequilíbrios e condutas abusivas que venham a violar ou a turbar aquela necessária harmonia. Pode-se dizer que as práticas abusivas no âmbito de relações contratuais empresariais refletem negativamente na estrutura do livre mercado e, reflexamente, nos próprios interesses da coletividade de consumidores, impondo-se a necessidade de se enfrentar o problema do abuso contratual sob a perspectiva do abuso de posição dominante.

Para tanto, cabe lembrar que o Direito antitruste faz referências explícitas aos efeitos lesivos à estrutura do livre mercado, quais sejam, a eliminação da concorrência, a dominação do mercado e o aumento arbitrário de lucros. E é justamente a ocorrência de tais práticas lesivas, especificamente verificadas no âmbito de relações contratuais empresariais, que se buscará focar no presente estudo, de modo a identificar não só nos princípios da ordem econômica, mas, também, nos princípios do Direito contratual as soluções jurídicas aptas a reestabelecer os desequilíbrios gerados pelas referidas práticas.

O exercício abusivo de posição dominante corresponde a uma conduta capaz de romper a necessária harmonia na estrutura do livre mercado. Porém, não foi lembrado pelo constituinte como efeito lesivo à ordem econômica, não podendo ser considerado, em tese, um efeito absolutamente autônomo e independente dos outros identificados pela norma constitucional.

Nesse contexto, questiona-se de que modo a igualdade substancial incidirá nas relações contratuais aparentemente paritárias, de forma a coibir situações em que se verifique o abuso de posição dominante. Diz-se “relações aparentemente paritárias” porque são afetas ao âmbito empresarial, ou seja, não consumerista, sendo certo que, neste último, impera certo consenso de que as relações seriam não paritárias, visto que estabelecidas entre partes desiguais, haja vista a presumida vulnerabilidade dos sujeitos consumidores.

Neste trabalho tem-se como objetivo analisar o abuso contratual como espécie de abuso de posição dominante nas relações contratuais aparentemente paritárias, procedendo-se a um diálogo entre o Direito público e o Direito privado, e identificando-se como o abuso do direito no âmbito contratual pode favorecer o abuso de posição dominante, e como os princípios da ordem econômica, convivendo em um ordenamento que si diz unitário, podem operar no âmbito dos contratos conjuntamente com os próprios princípios que regem diretamente as relações contratuais, de modo a sanar os abusos perpetrados e a restabelecer a harmonia no mercado.

A discussão que se propõe passa pelo conhecimento de temas atuais, onde se discute uma filosofia de relação entre Estado e mercado, entre público e privado, regida por um Direito, muitas vezes, casuístico, mas assentado em princípios gerais e abstratos. Neste trabalho, de natureza interdisciplinar, busca-se convergir ramos diversos do Direito, assim como da ciência, colocando economia e Direito num intenso debate crítico, para demonstrar que a estrutura do livre mercado não se funda numa liberdade absoluta ou desmesurada, pois a livre concorrência não tem um fim em si mesma, sendo imperioso que os princípios da ordem econômica incidam nas relações empresariais de maneira articulada com os princípios que regem os contratos, sempre tendo em vista a preconizada harmonia no mercado.

A pesquisa realizada é essencialmente teórica, consistindo na análise da legislação, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, nas áreas afins à temática trabalhada, buscando, no referencial teórico de Dworkin, com a sua teoria do “Direito como integridade”, o substrato necessário à concretização dos objetivos propostos.

1 A DISPARIDADE CONTRATUAL NO ÂMBITO DE RELAÇÕES EMPRESARIAIS

1.1 A tutela da livre iniciativa e da livre concorrência e o abuso de posição dominante

Com os discursos surgidos no pós-29, quando da profusão de medidas governamentais justificadoras das medidas de reconstrução das estruturas da economia capitalista, no período pós-depressão, surge o que chamam “neoliberalismo”, não constituindo uma escola econômica, mas uma releitura do liberalismo clássico smithiano. Seria uma forma de se acentuar que o dirigismo estatal, então em voga, não poderia – nem deveria – ser confundido com formas de planificação econômica centralizada e o socialismo. Ideias de um liberalismo dito renovado atendiam à necessidade de reafirmação de princípios liberais como forma de ingerência estatal em searas reservadas pelo capitalismo ao poder privado.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, escrita sob esta égide “neoliberal”, além de “neocapitalista”, funda seu modelo econômico na livre iniciativa, bem como nos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor.

A livre iniciativa seria o princípio fundamental deste modelo, não podendo deixar de ser mencionada tanto no inciso IV, do artigo 1^o, como no artigo 170, *caput* e parágrafo único².

No entender de Eros Roberto Grau (GRAU, 2010, p. 209), a livre iniciativa seria um conceito amplo, o qual expressaria um desdobramento da liberdade. Sob uma perspectiva substancial, poderia ser considerada tanto como uma forma de resistência ao poder, quanto uma forma de reivindicação por melhores condições de vida, vez que é inconcebível a liberdade daquele que desconhece a possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento. Se examinada sob uma perspectiva institucional, porém, deveria ser tida como objeto de reconhecimento jurídico e de sistematização positiva.

Com relação à livre concorrência, pode-se dizer que esta surgiu seguindo o modelo “neoliberal”, visando acabar com o protecionismo das décadas de 70 e 80, investindo na abertura da economia brasileira, baixando as taxas de importação e supervalorizando o câmbio. Como define André Ramos Tavares (TAVARES, 2006, p. 259), “livre concorrência é

¹ Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1988).

² Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa etc. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”.

Tal livre concorrência, garantidora da oportunidade de competição justa no mercado, estaria normatizada em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 170, inciso IV, da CRFB, de 1988:

Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios:

(...)

IV. livre concorrência.

Segundo entendimento do próprio CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

o princípio da livre concorrência está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso IV e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado. Em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a se manter nos menores níveis possíveis e as empresas devem constantemente buscar formas de se tornarem mais eficientes, a fim de aumentarem seus lucros. Na medida em que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e inovação das empresas.³

Assim, tem-se que a livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado⁴. Com isso, espera-se que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, venham a produzir os melhores resultados sociais, sem que ocorram abusos ou desproporcionalidades.

Diz o artigo 173, § 4º, da CFRB⁵, portanto, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o

³ CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

⁴ Na opinião do aclamado professor de política da Universidade de Harvard, Michael Sandel, em entrevista concedida a Oscar Pilgallo, do jornal “Valor”, quando de sua passagem no Brasil, ao ser questionado sobre a sua opinião acerca da economia de mercado, este argumenta que a sua crítica deve recair não sobre a economia, mas sobre a sociedade de mercado: “a diferença é que, enquanto a economia de mercado é apenas uma ferramenta, a sociedade de mercado ‘é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana’, afirma. ‘É um lugar em que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado.’” (Disponível em: <http://www.valor.com.br/cultura/2805416/um-debate-sobre-os-limites-morais-do-mercado>).

⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse

aumento arbitrário dos lucros”. Este dispositivo constitucional dispõe sobre o Direito antitruste, sendo encontradas nele referências aos efeitos lesivos à estrutura do livre mercado, abrangidas nos três primeiros incisos do artigo 20 da Legislação Antitruste⁶, que seriam a eliminação da concorrência, a dominação do mercado e o aumento arbitrário dos lucros.

Tendo em mente os conceitos acima, e pensando-se na premissa a ser desconstruída⁷ por este trabalho, qual seja, a de que as relações contratuais são, regra geral, paritárias, pode-se dizer que o poder econômico existe de fato, sendo, inclusive, aceito pelo ordenamento jurídico, como visto pela leitura da norma acima, e que dele ainda decorre uma suposta posição dominante, mas o que deve ser repudiado é a sua abusividade, que teria o lucro individual como objetivo, visando “à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

Em decorrência disso objetivou o legislador, com a promulgação da Lei 8.884/94, a descrição de outros comportamentos abusivos não previstos na Constituição, os quais consistiriam em abuso de poder econômico ou de posição dominante. A referida lei foi sancionada em 1994, definindo conceitos e critérios no campo do controle dos abusos econômicos, dando novos contornos ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – e abrindo perspectivas mais claras e objetivas sobre a possibilidade de intervenção estatal nos negócios privados quando o interesse coletivo se encontrasse ameaçado pela posição dominante.

Essa posição dominante seria aquela situação fática na qual uma ou mais empresas independentes possuam um mercado relevante capaz de influenciar o comportamento das demais empresas e/ou dos consumidores. Isto é, quando a empresa ocupa uma posição no mercado, de tal relevância que, sempre que toma decisões em termos de política mercantil, não há que se preocupar com a reação dos demais agentes econômicos.

coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1988).

⁶ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante (BRASIL, 1984).

⁷ Desconstruir uma premissa, nas palavras de Jacques Derrida, seria um método de análise filosófica e principiológica, que, por meio da crítica metafísica, buscaria a revisão de certos conceitos que a tradição reputava estáveis. Ao se desconstruir um conceito como este, relativo ao abuso de posição dominante, busca-se fazer uma crítica ao estruturalismo exarcebado, o qual, normativamente, pretende construir relações que abarquem todos os elementos possíveis. Além disso, não se busca a destruição de tais conceitos, mas a reconstrução e a reanálise sob outro ponto de vista, aquele funcional, conferindo-lhe viés diverso. Vide: JUNIOR, Neurivaldo Campos Pedrosa. Jaques Derrida e a desconstrução: uma introdução. In: Revista encontros de vida. Recife: UFPE. 5ª. Ed. PP. 9-20.

De acordo com a Lei n.º. 12.529, em seu artigo 36, um sujeito empresário teria posição dominante se detivesse 20% do mercado em questão, ou se qualquer dos participantes tivesse registrado faturamento bruto ou anual no último balanço equivalente a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Esta porcentagem não traria problema nenhum, desde que não incorresse em ato ilícito que acarretasse em abuso da posição dominante.

Porém, o que seria tal abuso de posição dominante?⁸ Tal definição não está descrita na lei reguladora do CADE, uma vez que esta apenas apresenta um rol exemplificativo de comportamentos abusivos, ficando clara a necessidade de uma interpretação que delimite e esclareça o seu conteúdo.

Em tese, interpreta-se o abuso de posição dominante sob duas óticas, quais sejam, a existência de lesão ou a possibilidade de lesão à concorrência, sendo importante a análise do nexo de causalidade entre o comportamento do sujeito empresário e os efeitos deste. Assim, um sujeito que não detém posição dominante pode adotar certo comportamento que não seja considerado contrário às regras concorrenciais, porém o mesmo pode não ocorrer para outro sujeito que detém posição dominante, podendo configurar, portanto, um ilícito.

Em decorrência desta lacuna, recorre-se à analogia ao conceito de abuso do Direito, em função de um sujeito causar ou poder causar lesão a outros sujeitos partícipes do mercado, independentemente de culpa, haja vista que a noção de abuso do Direito remete a uma conduta ou comportamento objetivamente reprovável, isto é, contrário ao ordenamento porque contrário ao fim ou ao valor que justifica a tutela do mesmo Direito.

A expressão “abuso de direito” designa, então, a repressão que se faz às situações nas quais o titular de um direito vem a exceder os limites a ele peculiares. Conforme lição de Menezes Cordeiro, sobre o surgimento do instituto,

A expressão “abuso de direito” deve-se ao autor belga Laurent. Foi criada para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas na França, nas quais o tribunal, reconhecendo embora, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício desse direito. (CORDEIRO, 2007, p. 670-671).⁹

⁸ Destaca-se que foi com base no Tratado de Roma, da Comunidade Econômica Européia, firmado em 1957, que a legislação brasileira se pautou para adotar o conceito de posição dominante. Referido tratado qualifica de incompatível com o mercado comum o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição de poder em relação ao mercado definido segundo características dos produtos dele integrantes, e segundo seus limites geográficos. (VARELA BRUNA, 1997, p. 108)

⁹ Além deste aspecto histórico, é válido dizer que o Código de Napoleão, de 1804, acabou por não positivizar o instituto do abuso do direito. Este Código Civil Francês é de grande importância para o estudo do direito civil, tendo servido de inspiração para os grandes textos legislativos da época, gerando estudos e reflexões até os dias de hoje. A não positivação do instituto nele decorre do fato que, naqueles tempos, consagrava-se a legislação

Portanto, o exercício de um direito subjetivo, assim como previsto no ordenamento jurídico, pode vir a contrariar sua própria finalidade, bem como sua função, surgindo, por conseguinte, uma categoria repressora de atos que, embora praticados com estrita observância da lei (legalidade formal), violam o seu espírito.

É a perspectiva defendida por Heloísa Carpena, quando, ao versar sobre a concepção atual do abuso do direito, afirma que

os limites contidos nos Direitos subjetivos são determinados pelo elemento axiológico-normativo, o qual lhe constitui e serve de fundamento. Delimitam-se assim os contornos da juridicidade pela valoração da conduta, frente ao sentido teleológico dos Direitos impostos pelo ordenamento. (...) Exercer legitimamente um Direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo Direito, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício. (CARPENNA, 2001, p. 67-68)

Na mesma esteira, o pensamento de Cunha de Sá, o qual leciona:

(...) o abuso de Direito não pode ser encarado em termos formalistas, pois em certa e determinada situação podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado Direito subjetivo e, simultaneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um Direito subjetivo. Neste encobrir, consciente ou inconscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo Direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo Direito é que reside o cerne do abuso de Direito. (In: TEPEDINO, 2002, p. 370)

Este mesmo autor define a natureza jurídica deste instituto como ato ilícito, pois, “ilícito é, assim, o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de ação e omissão, como reflexo de valor contido na norma” (CUNHA DE SÁ, 2005, p. 499).

Por sua vez, a teoria do abuso do direito está positivada no ordenamento jurídico brasileiro nos termos do artigo 187, do Código Civil de 2002, ao dizer que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL,

positivada, estando o juiz vinculado a proclamar a lei, conforme lecionavam as ideias iluministas da época, principalmente aquelas defendidas por Montesquieu, o qual imortalizou esta ideia na frase “o juiz é a boca da lei”. Assim, não poderia o diploma civil ter em sua estrutura uma cláusula tão aberta, que conferisse tamanha discricionariedade ao juiz, fazendo com que este tivesse a oportunidade de interpretar a lei, além de aplicá-la. Não havendo disposição legal, coube à jurisprudência francesa o encargo de desenvolver a ideia do abuso do direito. A consagração do instituto deu-se com a publicação, em 1895, de um texto de Raymond Saleilles, intitulado “Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après le projet de Code civil allemand”, onde este analisa o §226, do BGB, o qual diz que “o exercício de um direito é inadmissível, se o seu único objetivo é causar dano a outrem”.

2002). Este artigo é, sobremaneira, cópia *ipsis literis* do artigo 334, do Código Civil português¹⁰.

Ainda, com relação ao ordenamento pátrio, podem ser vislumbrados indícios de abuso de direito na leitura do artigo 186¹¹ do Código Civil, bem como referência àqueles atos não abusivos no artigo 188¹² do mesmo Código (a teor do que ocorria no artigo 160 do Código Civil de 1916).

Apesar de estar localizado na Parte Geral do Código Civil de 2002, podendo ser aplicado a todas as posições jurídicas subjetivas previstas na Parte Especial, este não pode ser arguido em qualquer situação em que se encontre a parte que foi prejudicada, sendo impostos limites verificados na própria leitura do artigo, quais sejam: aqueles impostos pelo seu fim econômico e social, aqueles impostos pela boa-fé, aqueles impostos pelos bons costumes.

Esses limites não deixam de ser, também, referenciais para o estudo aqui proposto, uma vez que ligados às concepções mais modernas do positivismo, pois elevam princípios ligados à moral e à ética a categorias jurídicas.

Ainda que a concepção brasileira dada a este instituto passe, necessariamente, pelo reconhecimento da ética como fator limitador ao exercício de direitos subjetivos, a técnica legislativa empregada ao prevê-lo enfatiza o papel do juiz no exercício da tarefa de desvendar a *axis* oculta nos conceitos jurídicos indeterminados contidos nas expressões "fim econômico ou social", "boa fé" e "bons costumes". Não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o tema abuso de direito constitui cenário fecundo ao exercício do papel criativo do intérprete no processo de filtragem de aplicação da norma a partir dos princípios de justiça.

Mais uma vez recorre-se aos ensinamentos de Heloísa Carpena para elucidar o papel do magistrado, pois,

ao magistrado, impôs o desafio de harmonizar a autonomia individual e a solidariedade social (...). As normas constitucionais contêm os fundamentos e os princípios da República e descrevem um projeto de sociedade, a ser realizado através de valores por ela escolhidos como prevalentes, num dado momento

¹⁰ Artigo 334 (abuso de direito). É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito (PORTUGAL, 2002).

¹¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

¹² Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente; Parágrafo único: no caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo (BRASIL, 2002).

histórico. Tais normas incidem diretamente sobre as relações interpessoais, somente legitimando os atos praticados em conformidade com os valores fundamentais do ordenamento contidos na própria Carta (CARPENA, 2001, PP. 384-385).

Em se tratando do abuso de posição dominante, como sendo um dos vieses do abuso de direito, nos termos já colacionados, pode-se dizer que esta relação de domínio deriva não da parcela da qual o agente seria titular, mas do poder econômico por ele detido, o que lhe permite agir com independência e indiferença com relação ao comportamento dos demais agentes. Assim, deve-se levar em consideração uma série de conjunturas a fim de que se caracterize ou não a infração à ordem econômica, lembrando que esta pode ocorrer ainda que em perfeita regularidade e plenamente constitucional.¹³

Um dos problemas que se coloca diz respeito ao momento em que o agente econômico ultrapassaria a fronteira do regular uso do poder econômico, praticando atos lícitos, e ingressa no uso abusivo deste poder, por meio da prática de atos ilícitos. Por isso dizer que deter poder econômico não configura um ilícito, sendo instrumento normal ou natural para a produção e circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em torno de uma economia de mercado.

O fato de a locução “abuso de poder econômico” estar contida no artigo 173, parágrafo 4º da Constituição Federal, não a torna mero elemento de ligação aos valores que devem ser protegidos, conforme aduz Calixto Salomão Filho (2003, p. 108), uma vez que a defesa da concorrência é uma garantia institucional que exige a atuação do Estado no sentido de garantir a correta atuação do mercado. O poder econômico deve servir de instrumento na busca do desenvolvimento econômico e da justiça social, não podendo ser desrespeitada a sua função, que lhe é atribuída pela ordem jurídica.

¹³ Como exemplo, cita-se decisão proferida pelo TRF da 1ª Região, na qual, ante a pluralidade de mercado, e diversidade ao consumidor, não restou configurada a infração, pelo simples fato da fixação de tabela de honorários profissionais como referência, apesar de estar em consonância com a normativa constitucional. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CADE. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA (LEI N. 8.884/94, ART. 20). TABELAMENTO DE PREÇOS DE SERVIÇOS MÉDICOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Consoante disposto no art. 20 da Lei n. 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante. 2. O art. 21 do mesmo diploma legal enumera as condutas caracterizadoras de infração da ordem econômica, "na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos", entre as quais obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes (inciso II). 3. Não configura infração à ordem econômica a simples recomendação para utilização da Tabela de Honorários Médicos, que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, nem conduzindo a "conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes". 4. A fixação de tabela de honorários profissionais como referência, não compulsória, notadamente em um mercado plural e diversificado, é regular e constitucional. 5. Apelação e remessa oficial desprovidas. (Processo no. AMS 14122 DF 2002.34.00.014122-2. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. 6ª Turma do TRF-1. Julgamento em 08/10/2007. Publicação em 15/10/2007).

Desse modo, necessário é que a punição a abusos de posição dominante, que feririam a ordem concorrencial, seja realizada a partir da análise dos efeitos decorrentes das condutas sobre o objeto jurídico protegido.

A maioria dos casos de abuso de posição dominante no Brasil envolve algum tipo de conduta cujo efeito ou objetivo seria excluir concorrentes do mercado, ou impedir que outros nele ingressem, apresentando-se como terreno fértil para a prática de abusos da espécie, por exemplo, os contratos com cláusulas de exclusividade, estabelecidos entre fornecedores, a dependência imposta nos contratos de fornecimento de bens e serviços, o oferecimento de descontos abusivos em contratos de distribuição, a venda casada, o preço predatório e o açambarcamento.

Tendo por base todas essas situações jurídicas, a premissa a ser desconstruída nesse trabalho diz respeito à suposta paridade entre os sujeitos partícipes de relações contratuais empresariais, mediante a demonstração de possíveis situações de vulnerabilidade, e de disparidade, decorrente do abuso de posição dominante, especialmente pelo uso, também abusivo, de cláusulas ou remédios contratuais.

Critica-se tal premissa considerando-se que, hodiernamente, as relações de consumo são apontadas como sendo aqueles em que há um desequilíbrio contratual por existir uma parte vulnerável, o consumidor. Consubstanciaríamos, pois, relações “entre desiguais”. No que se refere às relações civis e empresarias, ao contrário, há uma presunção de igualdade ou de paridade entre as partes. Consubstanciam, então, relações “entre iguais”, com o que se ignora as mais variadas situações em que há, concretamente, efetiva desigualdade, que é agravada (ou incentivada) pelo abuso do direito no tocante à atuação de certas condições e remédios contratuais.

Esta afirmação doutrinária, ainda que comum, traz em sua formação a presunção de existência de uma igualdade observada somente sob a ótica dos agentes, a qual pode ser falaciosa, tendo em vista que a existência ou não do equilíbrio pode surgir, como situação fática¹⁴, em qualquer momento da relação, seja ela consumerista ou empresarial. Tal presunção *in abstracto* acarreta desequilíbrios na aplicação do direito.

¹⁴ Dispõe a autora Maria Cristina De Cicco, em trabalho apresentado no Congresso Internacional de Direito Civil da Cidade do Rio de Janeiro, publicado sob o título “A Pessoa e o Mercado”, na obra coordenada por Gustavo Tepedino, “Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil - Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro”: “Não podemos esquecer que consumidor não é um *status*, a vulnerabilidade a ser levada em consideração é uma situação que deve ser verificada em concreto”.

Nas palavras da professora Maria Cristina de Cicco ao defender a aplicação do conceito de vulnerabilidade também às relações empresariais tem-se que

Se a ordem jurídica condiciona o exercício do poder econômico, não é possível restringir a proteção somente ao consumidor. É necessário, se não quisermos trair o conteúdo axiológico da Constituição, ampliar essa proteção ao contratante, sem adjetivos. O contratante, não somente e não necessariamente consumidor, deve ser protegido antes de tudo como pessoa, por conseguinte, com referência direta ao artigo 2º da Constituição Italiana e, no Brasil, ao artigo 1º, III (DE CICCIO, 2008, p. 108).

Privilegiam-se, portanto, os princípios fundantes da ordem constitucional, para conferir proteção àqueles supostamente já protegidos, por aparentemente não serem tratados de maneira desigual. Protege-se o vulnerável “visto não somente em relação ao mercado, mas em todas as situações em que o contratante necessite de informações para exprimir conscientemente a própria vontade” (IBIDEM, p. 109).

1.2 A vulnerabilidade como fator de desigualdade no âmbito contratual e o abuso do Direito nas relações contratuais empresariais

O contrato, como manifestação da autonomia privada, é um negócio jurídico no qual as partes definem cláusulas baseadas na legislação vigente, especificando seus Direitos e suas obrigações, tendo por objetivo criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Ora, entre as várias classificações possíveis, o presente trabalho parte da dicotomia (questionável) entre contratos paritários e contratos não paritários.

Dizer que um contrato seria paritário (ou simétrico) ou não paritário (assimétrico), não é algo que se esgota no fato de ele ter sido ou não discutido previamente, como preconiza grande parte da doutrina civilística.¹⁵ A disparidade vai além, indicando não somente a ocorrência de uma assimetria, como também alguma espécie de vulnerabilidade, seja esta econômica, informativa, técnica, dentre outras.

Certamente, não se pode conceber a vulnerabilidade em sentido unilateral, do que se extraem duas constatações. Em primeiro lugar, se ela existe, deve existir potencialidade de outrem; em segundo lugar, como consequência, devem existir medidas

¹⁵ Para Orlando Gomes, acerca dos contratos de adesão, que seriam os chamados “contratos não paritários”, estes seriam “o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas” (GOMES, 1972, p. 03)

capazes de equilibrar ou igualar ou atenuar, tanto quanto possível, as diferenças entre as posições no âmbito em que elas ocorrem, de forma a promover uma satisfação mútua, sem que haja quaisquer prejuízos injustificados para os protagonistas da relação jurídica.

Alguns autores conceituam a vulnerabilidade em comento como sendo o cerne de todos os outros princípios do direito consumerista, porém, existem aqueles, como Paulo Luiz Netto Lôbo, que consideram que há uma abrangência daquela por parte do princípio da equivalência material, responsável pela preservação do equilíbrio real de direitos e deveres do contrato, preservando-se o justo equilíbrio contratual. Afirma este autor que

o que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. (LÔBO, In. Jus Navigandi, 2002)

Existe, então, um manifesto esforço de se evitar uma relação desigual e injusta também no âmbito de relações contratuais empresariais, impedindo-se qualquer prejuízo para o contratante, de forma análoga ao pensamento estabelecido no CDC. Ao direito contratual deve ser aplicada a mesma perspectiva de reconhecimento da vulnerabilidade do indivíduo tutelado, por este ser igualmente merecedor de tutela enquanto sujeito de direito, buscando valores e princípios imprescindíveis à efetivação de uma convivência mais equânime nas relações humanas.

Sobre o tema, percebe-se a existência de três categorias de vulnerabilidades, quais sejam, técnica, jurídica ou científica, fática ou socioeconômica. Constata-se a vulnerabilidade técnica quando o sujeito não conhece especificamente o objeto adquirido, sendo facilmente enganado quanto às suas características ou quanto à sua utilidade. Já aquela jurídica ou científica caracteriza-se pela falta de conhecimentos jurídicos específicos. Por fim, aquela fática ou socioeconômica está relacionada com a posição de monopólio fático ou jurídico, decorrente de um grande poder econômico, ou em razão da essencialidade do serviço.

Não se pode deixar de pensar no fato de que a existência de uma posição dominante pode já indicar uma relação jurídica não paritária, ou aparentemente paritária, partindo do dogma apresentado no tópico 1.1 deste trabalho de que nas relações empresariais os contratos seriam celebrados “entre iguais” enquanto nas de consumo, “entre desiguais”.

A falácia desta presunção deve ser, portanto, suprimida, uma vez que também é possível que se verifiquem disparidades ou assimetrias no âmbito das relações civis. Estas, porém, não são rechaçáveis, por serem inerentes à economia de mercado, devendo ser coibido o abuso por parte daquele que se encontra em situação vantajosa. Isso porque as desvantagens identificadas no âmbito de relações não paritárias, caracterizadas pela vulnerabilidade de alguns dos contratantes, podem significar um comprometimento da autonomia privada, o que constitui clara manifestação da liberdade enquanto princípio constitucionalmente estabelecido.

E é no intuito de se tutelar o contratante lesado, aquele em posição de vulnerabilidade, quando da prática de abusos por meio de instrumentos contratuais¹⁶, que surgem os princípios contratuais, bem como aqueles da ordem econômica, com a finalidade de identificar ou adequar os remédios aplicáveis. Para tanto, incumbe ao judiciário efetivar essa tutela, reconhecendo, por exemplo, a ineficácia de cláusulas abusivas, a necessidade de revisões contratuais, a adequação das penalidades impostas, bem como a desconstituição de resilições ou resoluções abusivas ou operadas em desconformidade com a boa-fé.

Segundo Raymond Saleilles, em sua obra “De la déclaration de volonté”,

Sem dúvidas, há contratos e contratos e estamos longe da realidade desta unidade de tipo contratual que supõe o Direito. Será necessário, cedo ou tarde, que o Direito se incline diante das nuances e divergências que as relações sociais fizeram surgir. Há supostos contratos que tem do contrato apenas o nome, e cuja construção jurídica está por fazer; para os quais em todo caso, as regras de interpretação judicial deveria se submeter, sem dúvidas, a importantes modificações; poderiam ser chamados, na ausência de termo melhor, de contratos de adesão, nos quais a predominância exclusiva de uma única vontade, agindo como vontade individual, que dita sua lei não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada, obrigando antecipada e unilateralmente, admitindo-se a adesão daqueles que desejarem aceitar a lei do contrato. (SALEILLES, apud CAVALCANTE, 2012)

No que tange a declaração de vontade, deve-se guardar especial atenção ao fato de que, através dela, as partes, ainda que em posição de antagonismo, por meio de concessões recíprocas, vão cedendo, cada qual em seu ponto de vista ou interesse, vindo a formalizar o negócio jurídico pretendido por ambos. Não há que se considerar o contrato um ato unilateral, ainda que subsista uma posição dominante, decorrente da própria configuração econômica.

¹⁶ Esses abusos contratuais serão trabalhados em tópico posterior, mas, a título de esclarecimento, eis alguns deles: uso de cláusulas abusivas, resilições abusivas ou realizadas de forma contrária à boa-fé, utilização de cláusulas resolutivas expressas sem a devida informação da parte contrária, principalmente em situações de adimplemento mínimo, aplicação de penalidades ou multas excessivamente onerosas, dentre outras.

Cabe destacar, aqui, a conceituação feita por Paulo Luiz Netto Lôbo, com relação ao princípio da equivalência material, o qual

(...) desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes (2002).

Utiliza-se essa definição pelo fato de este princípio da equivalência material buscar preservar uma igualdade material e política, de direitos e deveres, na relação contratual, harmonizando interesses contrapostos com base em um juízo de equidade que busque a concretização da justiça contratual e da boa-fé.

Este aspecto da equidade não deveria ser analisado apenas quanto às partes, pensado somente nos casos do trabalhador, do inquilino, do consumidor ou do aderente de contrato de adesão, mas em relação à comutatividade inerente a qualquer contrato, uma vez que, correspondendo às regras da paridade econômica, o sacrifício de um dos contratantes deve equiparar-se ao do outro. A vulnerabilidade pode perpassar, e com frequência perpassa, toda relação contratual em que subsistam partes em situação de patente desequilíbrio.

A praticidade dos contratos não paritários, supostamente adequados à nova realidade, ágil e globalizada, traz consigo, porém, o perigo das cláusulas abusivas, já que uma das partes impõe cláusulas que a favoreceriam e a colocariam em posição superior.

Mais uma vez, não há que se generalizar, tendo por foco os contratos de adesão ou aqueles consumeristas. As cláusulas abusivas estão, normalmente, previstas nos contratos de adesão, mas, não necessariamente estes sempre contêm cláusulas abusivas ou estas se manifestariam somente neles. Estas podem estar presentes em quaisquer tipos contratuais, sendo, então, fruto de uma disparidade contratual merecedora de tutela jurisdicional.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo,

consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando com contrapartida, exagerada onerosidade ao aderente e injusto desequilíbrio contratual. O predisponente aproveita-se de seu poder contratual dominante para exonerar-se de responsabilidades ou limitá-las, para atenuar as obrigações ou facilitar a execução a seu cargo, ou – na perspectiva do aderente – para agravar ônus ou deveres, estabelecer prazos injustos, inverter o ônus da prova, enfim, desequilibrar a seu favor o regulamento contratual (1999, p. 132).

Ainda, no dizer de Nelson Nery Junior, referindo-se ao conceito que se entende aplicável também às relações contratuais empresariais, as cláusulas abusivas

são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca da relação contratual de consumo. São sinônimas de cláusulas abusivas as expressões cláusulas opressivas, onerosas, vexatórias, ou, ainda, excessivas (1999, p. 132)

Pelo fato de tais contratos “aparentemente paritários” ou propriamente não paritários envolverem os interesses não só das partes, mas de toda uma coletividade, potencialmente sujeita aos efeitos dos mesmos, estes devem ser estudados sob um aspecto mais objetivo, uma vez que o sentido tradicional do princípio do *pacta sunt servanda*¹⁷ não mais se mostra adequado à interpretação da relação contratual moderna. Nestes contratos se lida com um número imenso de pessoas, relações massificadas e impessoalizadas, e somente sob a ótica constitucional, que determina a igualdade substancial no sentido de se conferir tratamento desigual aos desiguais, poder-se-á proceder a uma proteção mais efetiva dos sujeitos colocados em situações de desvantagem e que, no contexto destas, sofrem lesão a interesses merecedores de tutela jurídica.

Desse modo, para coibir o abuso de posição dominante mediante o abuso do direito no âmbito da relação contratual, notadamente naqueles contratos em que é apenas aparente a paridade, ou seja, em que há efetiva disparidade, é necessária a aplicação de sanções, especialmente operadas pela via judiciária, de conformidade com os princípios da igualdade substancial, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico dos contratos, primando-se pela lealdade, cooperação e proteção dos interesses econômicos legítimos consagrados pela carta constitucional.

Primeiramente, para remediar esses eventuais abusos, valia-se o Direito do disposto nos artigos 4º¹⁸ e 5º¹⁹, da LINDB, decidindo de acordo com a analogia e o Direito comparado. Com o advento do CDC, em 1990, passou-se a buscar na proteção do consumidor

¹⁷ Segundo Arnaldo Rizzardo, (2005, p.24), o brocardo *pacta sunt servanda*, em sua concepção clássica, consagrava que as convenções legalmente formadas constituem lei para aqueles que as celebram. Desse modo, de acordo com a regra do direito canônico, é irredutível o acordo de vontades, e os contratos deveriam ser cumpridos pela mesma razão que a lei deveria ser obedecida. Ainda, na opinião de Mariana Santiago (2005, p. 36), “tal princípio, na sua concepção clássica, consagra o entendimento de que, uma vez obedecidos os requisitos legais para a existência do contrato, a avenca se torna obrigatória entre as partes, que não podem desligar da relação jurídica senão por outro pacto com esse objetivo”. Portanto, observa-se que, na concepção clássica, a obrigatoriedade dos contratos tinha caráter absoluto por clara determinação legal, sendo que o conteúdo do acordo de vontades era irretroatável.

¹⁸ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 2002).

¹⁹ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL, 2002).

o resguardo daqueles direitos fundamentais às relações de consumo, ainda que consumidor fosse qualquer ente capaz de figurar no polo consumerista. Mas é importante que esse tipo de tutela não fique adstrito apenas às relações de consumo, estendendo-se, na medida cabível, às relações contratuais empresariais.

Visando o equilíbrio na seara empresarial, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou uma nova lei²⁰ de proteção ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em 2011, entrando em vigor em 2012, a qual exemplifica dezenove tipos de condutas abusivas, ou infrações à ordem econômica, insuscetíveis de convalidação, sendo uma lista de tipicidade aberta, de modo que outras situações possam vir a ser incluídas e adaptadas às suas premissas. Porém, sem a boa-fé e a igualdade, concretizando a lealdade contratual, de nada estas cláusulas valeriam, ou melhor, em nada elas contribuiriam para a concretização dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Exemplifica isto a redação do artigo 56, do Decreto 2.181, de 1997, o qual estabelece, orientando o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC:

Art. 56. Na forma do art. 51 da Lei nº 8.078, de 1990, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, **a Secretaria Nacional do Consumidor divulgará, anualmente, elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do caput do art. 22.** (Redação dada pelo Decreto nº 7.738, de 2012).

§ 1º Na elaboração do elenco referido no caput e posteriores inclusões, a consideração sobre a abusividade de cláusulas contratuais se dará de forma genérica e abstrata.

§ 2º **O elenco de cláusulas consideradas abusivas tem natureza meramente exemplificativa, não impedindo que outras, também, possam vir a ser assim consideradas pelos órgãos da Administração Pública incumbidos da defesa dos interesses e Direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e legislação correlata.**

§ 3º A apreciação sobre a abusividade de cláusulas contratuais, para fins de sua inclusão no elenco a que se refere o caput deste artigo, se dará de ofício ou por provocação dos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 1990.

(BRASIL, 1997) (grifos adotados)

Objetiva-se não a proteção de uma das partes, mas a exigência de uma atuação honesta e leal, conforme os valores e preceitos consagrados pelo ordenamento civil-constitucional, impondo funções e deveres de conduta, decorrentes da própria natureza do vínculo assumido, condicionados e limitados pela função socioeconômica do negócio jurídico celebrado.

²⁰ Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Pelo fato de tais cláusulas abusivas estabelecerem desvantagens excessivas ou que prejudicam sobremaneira os interesses do outro contratante, violam a boa-fé e, por vezes, o equilíbrio econômico do contrato, o que demanda a incidência do princípio da igualdade, essencialmente substancial, para se tutelar mais incisivamente o contratante lesado, de modo a assegurar sua liberdade também substancial, vale dizer, sua efetiva autonomia.

Estas cláusulas, porém, não seriam nulas de pleno Direito, apenas não se operariam os seus efeitos, de modo que o contrato permaneceria válido, em se observando o justo equilíbrio entre as partes. A nulidade absoluta estaria prevista somente nas hipóteses aventadas pelo artigo 51 do CDC – Código de Defesa do Consumidor²¹, onde o consumidor encontraria ampla proteção de seus direitos²².

O CDC foi a primeira legislação brasileira que se referiu expressamente a esse tipo de cláusulas, elencando-as com base na experiência estrangeira, na jurisprudência nacional e no cotidiano dos órgãos protetivos dos direitos do consumidor. Tipificando-as, foram sancionadas aquelas que se referiam à nulidade absoluta, com as decorrentes consequências jurídicas.

Além disso, não trouxe o diploma a conceituação das cláusulas abusivas, o que foi importante, conferindo a estas um sentido mais aberto, não deixando fora de sua proteção outras hipóteses supervenientes.

Institui, também, o CDC, uma cláusula geral por meio da qual podem ser aferidas abusividades contratuais, encontrada no inciso IV, do artigo em comento, o qual

²¹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor, pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias (BRASIL, 1990).

²² O sujeito de direitos pode valer-se das cláusulas sempre que verificar a existência de desequilíbrio das partes no contrato, podendo o juiz reconhecê-la e declará-la abusiva, atendendo aos princípios da boa-fé e da igualdade. A nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente de três modos: I – por meio de ação direta, ou reconvenção; II – por meio de exceção substancial alegada em contestação; III – por ato *ex officio* do juiz. A sentença que a reconheça será constitutiva negativa, e não declaratória, operando seus efeitos *ex tunc*, uma vez que desde a conclusão do negócio jurídico já preexistia a invalidade.

versa que seriam nulas aquelas cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

À luz do princípio da boa-fé, permite-se concluir que o núcleo do abuso de direito está na existência de cláusulas que venham a colocar um sujeito em desvantagem exagerada perante o fornecedor, resultando em desequilíbrio das posições contratuais, podendo isto ser ou não consequência direta da disparidade de poder econômico. O CDC, com estas cláusulas, busca não evitar que haja uma posição dominante (esta é presumida), mas a estipulação de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor do produto ou serviço.

Mutatis mutandis, pretende-se no presente trabalho identificar as situações de disparidade entre sujeitos contratantes no âmbito empresarial e, ao final, buscar os mecanismos de tutela para o contratante colocado em situação de desvantagem em casos de abuso, demonstrando-se que é possível verificar-se a vulnerabilidade (e não a hipossuficiência) também em relações contratuais não consumeristas, em face do que o direito antitruste e o direito contratual podem e devem fazer incidir seus princípios a fim de balizar soluções jurídicas hábeis a corrigir eventuais abusos. Para tanto, é fundamental a compreensão do direito como “integridade” no que concerne à interação entre princípios e regras em um ordenamento jurídico.

2 O PAPEL DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” E A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS SEGUNDO A SUA FUNÇÃO

O objetivo geral deste trabalho é demonstrar, a partir da busca de novos referenciais políticos e filosóficos, como o Direito deve ser analisado sob uma ótica principiológica, isto é, buscando uma unidade de princípios, que asseguraria a todo cidadão certos Direitos, os quais devem ser protegidos por um Estado garantidor, democrático e de Direito. Assim, lança-se um olhar diferente para o Direito, repensando-o como instrumento para a evolução da sociedade, a fim de assegurar uma democracia igualitária.

Neste ponto, busca-se no ideal da igualdade sob um ponto de vista substancial, além de construtivista, o substrato teórico capaz de elucidar a importância da leitura constitucional dos institutos até aqui expostos, especialmente das relações contratuais empresariais, para se explicar a razão que justifica a necessária desconstrução do dogma da igualdade formal, para se conferir um tratamento jurídico a tais relações segundo a igualdade substancial, diferenciando-se, pois, os mais variados contextos contratuais, identificando-se as possibilidades de vulnerabilidade e, enfim, conferindo-se tutela mais incisiva aos sujeitos colocados em posição de desvantagem.

Com a teoria do “Direito como integridade”, de Ronald Dworkin, busca-se, a partir dos desdobramentos da integridade, explicar como economia e Direito interagem e se manifestam na sociedade.

2.1 Princípios e regras interagindo sob a ótica da integridade dworkiana

O estudo de Ronald Dworkin, com base em sua “teoria do Direito como integridade”, é de valiosa contribuição para este trabalho, principalmente no que diz respeito aos conceitos de princípios e regras, e sua utilização na concretização dos anseios da comunidade socialmente estabelecida.

O Direito está em constante devir, não podendo subsistir modos de pensá-lo de maneira estática, uma vez que este está sujeito às diversas modificações sociais. A filosofia do Direito tem por objetivo repensá-lo como um todo, tendo por base a sua finalidade, e em dos momentos em que isso se torna imperioso é o da aplicação das normas, uma vez que as leis devem ser interpretadas de um modo ou de outro, com base no caso concreto, garantindo-se os princípios mínimos elencados na norma constitucional.

Assim, Dworkin critica a hermeticidade do positivismo, principalmente no que concerne a colocar em segundo plano os princípios em detrimento das regras, deslocando a moral da análise jurídica, pois os positivistas alegam que o Direito se reduz às normas postas pela autoridade soberana de cada sociedade, identificando o seu conceito com aquele estrutural.

O ataque ao positivismo, da parte de Dworkin, advém essencialmente da crítica à rígida distinção entre moral e Direito, entre jusnaturalismo e juspositivismo, a qual não se coaduna com a análise funcional do Direito, principalmente quando do momento da interpretação e aplicação das normas jurisdicionalmente por ocasião das decisões.

Com base em uma crítica ao positivista, o teórico do Direito citado procede a uma distinção lógica entre regras, princípios e políticas. Mantêm-se as definições de regras calcadas pelos positivistas, porém, indicando que estas deveriam estar agregadas a padrões, os quais não seriam regras propriamente ditas, mas que teriam força normativa, quais sejam, os princípios. E a seguinte definição mostra-se bastante para elucidar a diferenciação entre políticas e princípios:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (DWORKIN, 2002, p. 36)

A partir de tal definição, pode-se concluir que os princípios não podem ser aplicados com base na máxima do “tudo ou nada”, como as regras, na concepção puramente positivista. Eles não buscam estabelecer condições que facilitem a sua aplicação, nem implicam consequências que ocorreriam em decorrência de certas condutas. São os princípios enunciados de uma razão que permitiriam uma decisão em determinado sentido, no entanto, sem que se obrigue a uma resposta correta, uma decisão particular ou estanque, podendo concorrer com outros princípios que indicariam uma possível decisão em sentido substancialmente oposto. Por isso, Dworkin constantemente diz que os princípios possuem uma dimensão de peso, e uma importância que se revela, a cada caso, diferente, o que leva a pensar que em cada conflito, dois ou mais princípios possam ser levados em consideração sem

que venham a perder sua força normativa quando um for escolhido em detrimento do outro, pois naquela situação concreta não seria o mais adequado.

Para delimitar seu entendimento acerca do conceito de princípio, Dworkin se vale de exemplos de casos difíceis, demonstrando que um mesmo princípio pode ser de suma importância para um caso, enquanto, para outro, não teria alguma aplicação.

O referido autor admite a possibilidade de concorrência entre princípios. Porém, segundo ele, isso não enfraquece o Direito como integridade. Os princípios podem entrar em conflito, “e a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, um sistema que reflita suas fontes respectivas em um nível mais profundo de moral política” (Dworkin, 2007, pp. 320-321).

Na concepção *dworkiana*, a origem dos princípios, o seu fundamento de validade, não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou de um tribunal, como diria a regra de reconhecimento *hartiana*, mas na compreensão do que seria apropriado, ou adequado, à sociedade, sendo esta concepção desenvolvida pelos juristas e pelo público ao longo do tempo.

Além desta, pode-se dizer que a principal crítica que Dworkin faz ao positivismo diz respeito à utilização do poder discricionário pelos juízes quando da tomada de decisões nos casos difíceis. Estes entendem que existem casos aos quais não há regra aplicável, subsistindo lacunas jurídicas, podendo o juiz vir a decidir conforme suas próprias convicções, podendo estabelecer novas regras e precedentes, aplicando-as ao caso.

Com base nesta tese defendida por Ronald Dworkin, direitos políticos específicos adviriam de uma decisão judicial específica, ainda que se tratasse de um caso difícil, desde que calcados em argumentos de princípios e não somente em argumentos de política (DWORKIN, p. 51):

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um Direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem Direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. (IBIDEM, p. 141)

Nas palavras de Albert Calsamiglia, grande estudioso da teoria *dworkiana*, no prefácio à edição espanhola do livro “Levando os Direitos à sério”,

a filosofia jurídica de Dworkin está baseada nos Direitos individuais. Isto significa que os Direitos individuais - e muito especialmente o Direito à igual consideração e respeito - são *triumfos* frente à maioria. Nenhuma diretriz política nem objetivo

social coletivo pode triunfar frente a um autêntico Direito. (CALSAMIGLIA, 1984)
(tradução livre)

Com isso, observa-se que Dworkin parte do pressuposto de que os objetivos sociais seriam legítimos enquanto respeitassem os direitos individuais, enquanto os positivistas considerariam que os únicos direitos legítimos seriam aqueles reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Mas, contrariamente ao que preconizava o positivismo, os direitos legais e os direitos morais deveriam coexistir, pois pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico de uma mesma comunidade socialmente estabelecida. Um direito não triunfa com relação ao outro. Portanto, pode-se dizer que os problemas dos direitos não se resolveriam com base em uma mera regra de reconhecimento, pois tênue é a linha entre moral e Direito.

Abordando-se uma visão funcionalista do Direito, para Dworkin, a garantia dos direitos individuais seria aquela função precípua do sistema jurídico, uma vez que o Direito tem como objetivo último garantir os direitos dos indivíduos frente às agressões da maioria e do governo.

Entender o direito como exercício interpretativo é o cerne da filosofia de Dworkin, constituindo mais do que simples hermenêutica, isto é, revelando o caráter transdisciplinar do direito, pois este não poderia evitar a moral e a política. É o que se extrai dos ensinamentos do filósofo:

(...) sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral. (DWORKIN, 2002, 217)

Na teoria política subsistem ideais a serem perseguidos, sendo eles aqueles “ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve, vou chamá-los de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo” (DWORKIN, 1999, p. 199).

Haveria ainda um quarto ideal, que é o mais relevante para o presente trabalho: o ideal da integridade. Este seria um ideal de moralidade política, resumido no

princípio da igualdade, segundo o qual se deveriam tratar os casos semelhantes de maneira semelhante, sem que a isso se resumisse, uma vez que tal integridade tornar-se-ia “um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade, considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos”. (DWORKIN, 1999, p. 202)

Correlacionando estas ideias *dworkianas* com a ideia de igualdade, tem-se a opinião de Darlei Dall’Agnol, transcritas abaixo:

Dworkin contesta a ideia de que os direitos que asseguram as liberdades básicas estão em conflito real com a igualdade num nível fundamental. Para ele, os direitos individuais só fazem sentido se forem concebidos como necessários para aquilo que a igualdade requer. Assim, a questão básica da sua filosofia política não é "quanta igualdade deve-se deixar de lado para respeitar um direito?", mas sim "é este direito necessário para proteger a igualdade?". Dworkin, ao inverter a visão do liberalismo tradicional e da versão *rawlsiana* deste, pretende defendê-lo da acusação de que ele protege interesses individuais em detrimento do bem-estar social. Por isso, Dworkin considera a igualdade o motor do liberalismo. Por subordinar os direitos individuais à ideia de igualdade de respeito e consideração, a teoria política de Dworkin precisa ser denominada de "igualitarismo liberal", e não simplesmente ser conhecida como uma versão, entre outras, de liberalismo. (DALL’AGNOL, 2005)

O modelo trabalhado por Dworkin está baseado, também, no ideal democrático, tendo como objetivo o resguardo das liberdades fundamentais do todo, não seguindo a vontade da maioria. Trata-se de um modelo substantivista, que preconiza um sistema formado por princípios, o qual não exclui a política e a moral do Direito. Segundo Dworkin, o estudo do Direito com base na integridade

(...) começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o Direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. (...) Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no Direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do Direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do Direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza. (Ibidem, p. 274)

Cabe destacar que Dworkin distingue duas formas de integridade, uma legislativa e outra judicial, nos seguintes termos:

A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação de Direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar as normas públicas. A

segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. (Dworkin, 1999, p. 261)

O primeiro desdobramento sustenta que o Poder Legislativo assume papel de relevância, mas não de hegemonia, na medida em que a sua função consiste na criação de regras coerentes com um conjunto de princípios. Já a integridade no Direito vem dizer que seria função dos juízes interpretar o Direito de maneira construtiva, observando os princípios da comunidade.

Dworkin nega as concepções convencionalistas, de que o Direito voltar-se-ia para o passado, bem como aquelas pragmáticas, de que este estaria voltado para o futuro. Insiste, porém, que as afirmações jurídicas seriam interpretações capazes de combinar elementos do passado e do futuro, procedendo a uma leitura da prática jurídica como sendo algo em desenvolvimento constante.

O raciocínio jurídico está em constante interpretação construtiva, sendo a melhor justificativa para as nossas práticas jurídicas, sendo até mais inflexível do que o convencionalismo ou do que o pragmatismo, porque não se atém ao repertório jurídico, e nem a um modo instrumentalizado de se pensar o Direito.

Ainda que a legislatura justifique a criação de novas leis, com base na boa política e visando o bem estar da comunidade, em uma perspectiva pragmática, os juízes se encontram em situação diametralmente oposta, devendo decidir conforme os princípios e baseados em políticas, apresentando os argumentos pertinentes aos Direitos das partes aplicáveis à época da prática de determinado fato.

Desse modo, o juiz põe à prova o seu método interpretativo, afastando da lei qualquer estrutura capaz de interferir no bem estar de sua comunidade. Isso porque cada juiz tem um ideal diverso de equidade, de igualdade, de justiça, de bem estar e de dignidade e, assim, cada um deve representar a opinião de cada cidadão nas decisões e na escolha dos ideais da comunidade.

Divergências existirão, mas, como bem preconiza Dworkin, estas serão as molas propulsoras do Direito, não podendo estes juristas se reduzirem à mera concepção de que o objetivo primeiro da Constituição seria proteger os indivíduos contra aquilo que a maioria considera como sendo correto.

Tal entendimento é fundamental para subsidiar teoricamente a crítica à corrente noção de que só haveria disparidade contratual nas relações consumeristas, quando, na realidade, a proclamada paridade das relações contratuais é, em muitos casos, meramente

formal. Vale notar que, como corolário daquela “aparente paridade” que ora se critica, o ordenamento brasileiro dissente-se de uma disciplina normativa direta e sistematizada de proteção do contratante vulnerável no âmbito das relações empresariais, tal como se verifica no Código de Defesa do Consumidor. Assim, o papel dos juízes, segundo a concepção dworkiana, é inarredável para se garantir o Direito como integridade.

Por outro lado, em conformidade com uma perspectiva do Direito civil à luz da Constituição, da qual Pietro Perlingieri é um dos maiores expoentes, entende-se que o “Direito como integridade” se coaduna com uma visão complexa quanto à ramificação do Direito, vez que tal princípio requer dos juízes uma leitura do Direito como um todo, dentro das possibilidades que apresenta. Sucesso teria o Direito se rejeitasse os limites acadêmicos, harmonizando tanto Direito público como o Direito privado, além de outras ramificações. Compartimentalizar o Direito deve ser algo puramente didático, uma vez que o ordenamento jurídico deve se pautar, principalmente, pelo princípio da unidade. Conforme leciona Pietro Perlingieri,

a complexidade do ordenamento, no momento de sua efetiva realização, isto é, no momento hermenêutico voltado a se realizar como ordenamento do caso concreto, só pode resultar unitária: um conjunto de princípios e regras individualizadas pelo juiz que, na totalidade do sistema sócio-normativo, devidamente se dispõe a aplicar. Sob este perfil, que é o que realmente conta, em uma ciência jurídica, que é ciência prática, o ordenamento, por mais complexo que seja, independentemente do tipo de complexidade que o caracterize, só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes e componentes. (PERLINGIERI, 2008, pp. 200-201)

Assim, ao decidirem os juízes sobre um caso que aborde uma questão de abuso de posição dominante por meio de relações contratuais, o trabalho deste deverá ser sensível ao seu juízo político, expressando o seu compromisso com os princípios basilares da integridade, principalmente aquele da igualdade, concretizando-a ao máximo, inclusive no sentido substancial. Destarte, a comunidade honraria os seus próprios princípios, por meio de um adequado método interpretativo e, também, argumentativo, por parte do judiciário.

Em cada área do Direito há um conjunto de princípios coerentes, que buscam na unidade conferir certa razoabilidade às decisões judiciais. Além disso, é normal que ocorram divergências, pois as decisões de um juiz podem ir de encontro ao ponto de vista teórico de outro. Quando uma divergência é interpretativa, buscando conferir um novo viés a uma teoria ou a um instituto jurídico, esta é constitutiva e responsável pela dinamicidade do Direito.

O Direito será sempre um fenômeno social, cuja prática é argumentativa, uma vez que sua complexidade, função e consequências dependem da argumentação e de uma constante releitura de seus institutos. Para assimilar tal natureza argumentativa, os participantes, não só os juristas, devem participar na criação jurídica, debruçando-se sobre as questões com que se deparam.

Nos dizeres de Dworkin (2007, p. 230), “a integridade expande e aprofunda o papel que os cidadãos podem desempenhar individualmente para desenvolver as normas públicas de sua comunidade, pois exigem que tratem as relações entre si mesmas como se estas fossem regidas de maneira característica, e não espasmódica, por essas normas”.

Com os estudos Dworkianos, desconstrói-se o pensamento positivista, de modo a oferecer alternativas à tese liberalista de monopolização estatal quando da produção de normas, buscando a completude do sistema jurídico em seus valores máximos, introduzidos e obtidos através dos princípios.

Nesse sentido, e com base na integridade pela qual perpassa a decisão do Juiz Hércules, o magistrado constrói, revendo as cláusulas contratuais, admitindo ou rechaçando o uso de certo remédios contratuais, tais como a revisão, a resolução, e determinando a reparação das perdas e danos por condutas abusivas, adaptando-as à nova realidade, sendo sujeito ativo da relação jurídica estabelecida, objetivando adequar o contrato à sociedade.

Pode-se, neste ínterim, dizer que, em caso de lides, surge nova hipótese classificatória das sentenças, as chamadas sentenças determinativas, nas quais, o juiz pode não somente mudar o estado da relação contratual, como também auxiliar na construção de novas cláusulas contratuais, não abusivas, tendo em vista uma relação contratual o mais justa possível.

Este mesmo magistrado deve estar atento, quando de sua análise, ao fato de que o problema não é a disparidade em si, mas o abuso por parte daquele que se encontra em posição de vantagem. As desigualdades que venham a surgir não são sanáveis pelo direito, pois exteriores a ele, porém, o abuso do direito, principalmente quando decorra de abuso de posição dominante, deve ser, sim, afastado.

Com isto, consolida-se também uma jurisprudência antitruste, pautada nos princípios do devido processo legal adjetivo e da igualdade, resultado de um longo e árduo trabalho, realizado com base na racionalização de conceitos econômicos e jurídicos específicos.

2.2 A relevância da função dos institutos contratuais

Importante recordar a doutrina de Pietro Perlingieri, o qual, ao referir-se ao fato jurídico, ensina que “é da máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente, pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno ao fato. O ‘como é?’ evidencia a estrutura, o ‘para que serve?’ evidencia a função”. (PERLINGIERI, 1997, p. 94).

Esta visão sobre a dicotomia existente entre estrutura e função, além de ter sido trabalhada por Bobbio, em seu livro “Da estrutura à função”, também foi bastante trabalhada por Perlingieri em diversos momentos. O fenômeno da funcionalização das estruturas jurídicas é processo que atinge todos os fatos jurídicos, pois as situações jurídicas subjetivas possuem dois aspectos – estrutural e funcional – sendo que “o primeiro identifica a estruturação de poderes conferida ao titular da situação jurídica subjetiva, enquanto o segundo explicita a finalidade prático-social a que se destina” (PERLINGIERI, 1997, p. 60). Tal aspecto funcional condiciona aquele estrutural, determinando qual a disciplina jurídica aplicável a cada caso.

Assim, a função define os poderes que serão atribuídos ao titular de direitos subjetivos, sendo que estes, quando legítimos, só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes venham a ser igualmente tutelados. Protegem-se os interesses privados não só por serem expressão da liberdade individual, mas em decorrência da função desempenhada por eles quando promotores de posições jurídicas externas (TEPEDINO, 2008, p. 397).

Esta concepção moderna de função não tem relação com a antiga perspectiva funcional das ideologias autoritárias (como aquela comunista), as quais vinculavam a iniciativa privada aos interesses estatais, mas tem a ver com a plena realização da pessoa humana e de suas realizações existenciais (IBIDEM, p. 398).

Nos dias atuais, a identificação da função revela-se como viés da dinâmica das estruturas jurídicas, na acepção de Perlingieri, transcrita abaixo:

A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores (PERLINGIERI, 2002, p.12)

Isto é, a função permitirá “que o controle social não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados (...) dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo em concreto” (PERLINGIERI *apud* TEPEDINO, 2008, p. 399).

Por meio da metodologia do direito civil constitucional, com a aplicação das normas constitucionais como núcleo normativo e unificador do ordenamento jurídico, a função servirá como elemento interno e razão intrínseca à autonomia privada, instrumentalizando as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo-se um controle, dinâmico ou estático, da atividade privada.

Por meio da funcionalização dos institutos, e com a atuação do magistrado conforme os preceitos elucidados no tópico anterior tem-se por base a proteção não somente dos interesses individuais de um contratante, mas, também, aqueles da coletividade, pois inserida em uma ordem econômica fundada em princípios constitucionais.

Citando Perlingieri, Tepedino chega-se à seguinte conclusão:

A partir da análise funcional do contrato e dos direitos subjetivos, a grande dicotomia do direito privado deixa de ser baseada na estrutura desses mesmos direitos subjetivos – como ocorre na distinção entre direitos reais e obrigacionais – dando lugar à distinção funcional entre as relações patrimoniais e existenciais. Tais relações são dicotômicas porque desempenham funções díspares, atraindo, por conseguinte, disciplinas diferenciadas (TEPEDINO, 2008, p. 406).

A esta altura, importante trazer esses ensinamentos para este trabalho, pois os institutos que servem como remédios contratuais às situações de abuso de posição dominante – condições contratuais, sanções por descumprimento, cláusulas penais, resilições, resoluções, cláusulas resolutivas expressas e reparações por perdas e danos – devem ser reconhecidos na medida do seu merecimento de tutela.

Estes institutos têm não apenas uma estrutura, mas também uma função, a qual, quando desvirtuada, pode levar ao abuso de direito, o qual será meio para se atingir o abuso de posição dominante.

Um dos exemplos a ser citado, nesse caso, seria o decorrente do abuso de direito de resilição nos contratos de distribuição. Em se tratando o contrato de distribuição de um pacto de colaboração, as partes têm a mesma finalidade, sabendo-se que a relação termina

no momento da extinção do contrato, quando podem vir a entrar em colisão os interesses comuns²³.

Principalmente no que tange aos contratos de distribuição, a boa-fé contratual orienta que o contrato tenha duração proporcional à oportunidade conferida ao contratante de recuperar os investimentos realizados. Por outro lado, espera-se que o empresário também preveja os gastos e a amortização destes. Apesar disso, não há patente garantia de lucratividade, ainda que se coloque em movimento a roda da economia.

O que se pretende por adequado, então, é a razoabilidade a ser observada na duração do contrato, levando-se em consideração as legítimas expectativas das partes. Por isso vale dizer que a denúncia unilateral, desde que promovida dentro dos limites legais, não configura abuso de direito, ou abuso de posição dominante, visto se tratar de exercício lícito de direito.

Cuidando-se de contrato entre empresários, por tudo que já foi aqui exposto, o tratamento de eventuais discórdias deve prezar pela igualdade, pela equidade e pela igual consideração conferida às partes. É o que ocorreu em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme ementa da Apelação Cível de número 104.281-4/4-00, com julgamento de 24/10/2000, transcrita abaixo:

Contrato de distribuição exclusiva de produtos. Vigência por tempo indeterminado. Legalidade da rescisão desse contrato por meio de denúncia unilateral e imotivada, desde que constitua exercício regular do direito. **Abusividade no caso reconhecida tendo em conta o tempo de duração anterior do contrato, de sua importância econômica e financeira, da antecedência do aviso prévio ser insuficiente para que a distribuidora redirecionasse os seus negócios sem prejuízo e de outras circunstâncias peculiares da espécie.** Manutenção da sentença de procedência da ação, com alteração, contudo, das verbas que compõem a indenização e do modo pelo qual serão apuradas. Recursos parcialmente providos para tanto e para carregar igualmente às partes as verbas sucumbências. (grifos aditados)

²³ Outros exemplos de abusos de direito que incorram em abuso de posição dominante serão tratados no capítulo 3º, tópico 3.2., o qual versará sobre a operatividade das cláusulas e remédios contratuais em conformidade com os princípios contratuais.

3 EM BUSCA DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS EMPRESARIAIS

3.1 As relações contratuais a partir da Constituição Federal de 1988 e a principiologia correlata

O Código Civil de 1916, assim como os demais códigos oitocentistas, de cunho iluminista, possuía como paradigma o patrimonialismo, bem como o cidadão livre de impedimentos estatais, dizendo ser o homem pleno aquele dotado de propriedades. Era a primazia do “ter”, revelando valores individualistas, liberalistas e materialistas.

As transformações pelas quais passou a sociedade contribuíram para que o Direito também passasse por uma releitura, atualizando e buscando novas finalidades. Em meio à chamada crise da codificação, passaram a existir diplomas multidisciplinares, os quais primavam por novas categorias de interesses, quais sejam, aqueles coletivos, denominados direitos sociais, crescendo a consciência de que o Estado mínimo privilegiava os sujeitos substancialmente desiguais, concedendo-lhes favores em detrimento de outros. Assim, nota-se que o Estado não poderia mais ser “o menos interventor possível”, mas deveria intervir nas relações particulares, inclusive contratuais, de modo a atenuar desequilíbrios e corrigir abusos.

Como solução, no período compreendido entre 1916 e 2002, surgiu uma gama de microssistemas multidisciplinares, os quais buscavam proteger a sociedade dos individualismos, de modo que o Estado pudesse ter a prerrogativa da intervenção quando necessária. Tais códigos, como aquele consumerista, já consagravam princípios de grande importância social, deslocando do *codex* civil o centro do ordenamento jurídico.

Buscar a igualdade já era corolário de diversos diplomas legais esparsos em nosso ordenamento jurídico, porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esta é elevada a fundamento da República, impondo-se como matriz axiológica inclusive às leis infraconstitucionais subsequentes, sendo colocada no centro do ordenamento.

Não diferente passou a ser a leitura do Direito civil, sendo este “constitucionalizado”, passando a submeter-se, ainda que indiretamente, aos preceitos constitucionais. Porém, àquela altura, encontrava-se o Código ultrapassado com relação aos valores sociais vigentes.

O Código Civil de 1916 foi fruto de estudos e pesquisas coordenadas por Clóvis Bevilacqua, sendo fortemente influenciado pelo Código Civil Alemão (BGB). Com o passar dos anos e as conseqüentes mudanças sociais pelas quais o país passava, surgiram diversas propostas de reformulação do diploma civil, sendo bem sucedida aquela de Miguel Reale, dando origem ao Projeto de Lei n. 634, de 1975, influenciado pelo Código Civil Italiano. Este projeto, por muitos anos, não foi objeto de apreciação, somente voltando a ser discutido no governo de Fernando Henrique Cardoso.

Ainda que o Projeto de Lei do qual decorreu o Código Civil atual fosse antigo, já era claro para os juristas de que este deveria ser interpretado conforme a Constituição, jamais o contrário, estando sujeito aos seus enunciados, seus delineamentos e, sobretudo, aos seus princípios fundamentais. A necessidade de reestruturação da normativa civilística advém de mudanças nos valores sociais, afinal, o novo código deveria ressaltar também novos valores a pautar a sociedade brasileira.

Assim, a partir da Constituição de 1988 e, posteriormente, com o código civil de 2002, promulgado praticamente 14 anos após a Constituição vigente, passou-se a tutelar as relações jurídicas contratuais de conformidade com a sua funcionalização à ordem constitucional, notadamente pela sua prestabilidade jurídico-social.

Leciona Perlingieri que, sob essa ótica,

as relações entre princípios constitucionais e regras ordinárias estatais são, portanto, expressas não como relações entre sistemas normativos, mas como componentes do ordenamento jurídico, ao qual o intérprete deve se sentir vinculado. Não se trata de uma complementaridade entre sistemas singulares, mas de uma coessencialidade estrutural que se resolve em uma integração completa: de forma que cada norma é norma de um mesmo e único sistema. (PERLINGIERI, 2008, p. 209)

Apesar das inúmeras críticas desferidas ao novo código civil, entende-se que, mediante a aplicação de cláusulas gerais, tem ele condições de oferecer diretrizes e coordenadas para a solução de conflitos contratuais, sempre à luz da ordem constitucional, assumindo especial relevância a cláusula geral da boa-fé objetiva, também tratada como um princípio no ordenamento pátrio, bem como o princípio da função social do contrato, do equilíbrio econômico do contrato e da vedação ao abuso do Direito. Sendo assim, mostra-se possível manter o código historicamente em conformidade com a realidade fática, atento aos anseios sociais (COSTA, 2001).

Os três primeiros princípios mencionados seriam próprios da teoria contratual contemporânea, enquanto o da vedação ao abuso do direito seria aqui também aplicado, mas não somente.

Acerca do princípio da boa-fé objetiva, este está assentado nos artigos 113²⁴ e 422²⁵, do novo Código Civil, podendo-se dizer que é entendido “como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional” (MARTINS-COSTA *apud* SALLES, 2005, p. 412). O conceito de boa-fé não é novidade em nosso ordenamento jurídico; novidade é o conceito de boa-fé constante destes dois dispositivos.

A boa-fé objetiva desempenha três funções distintas no campo obrigacional: cânone hermenêutico-integrativo do contrato, norma de criação de deveres jurídicos e norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos, sendo aplicada a todos os credores, independentemente da fonte do seu direito. Enquanto *standard*, implica em uma atuação respeitosa para com o parceiro contratual, agindo com lealdade, sem abusos, sem óbices, sem lesões, sem desvantagens excessivas, com a finalidade única de se atingir o principal fim obrigacional, que é o cumprimento do contrato realizando os interesses das partes.

O princípio da função social do contrato²⁶, por sua vez, está colacionado no artigo 421, do novo Código, prescrevendo que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002). Portanto, ao se atribuir uma função ao contrato, acometendo-se ao titular um poder-dever, traz-se para o direito privado o condicionamento do poder a uma finalidade, isto é, prima-se por um contrato socialmente útil, de maneira que haja interesse público em sua tutela (GRAU, 1998, p. 255).

Proceder a uma referência à função social significa, além disso, conforme ensinamento de Orlando Gomes, “a aproximação do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a economia, a ciência política, a antropologia, em um processo

²⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (BRASIL, 2002).

²⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (BRASIL, 2002).

²⁶ Ainda sobre a função social, são os seguintes enunciados do Conselho de Justiça Federal importantes: Enunciado 21 – a função social do contrato, prevista no código civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito; Enunciado 22 – a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo código civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas; Enunciado 23 – a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo código civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 20).

interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea coloca ao jurista”, de quem passou a exigir “uma postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade” (GOMES, 1997, p. 20).

Portanto, a função social visa impor aos figurantes do negócio jurídico um dever de atuação em benefício de outrem, em detrimento de um dever de não causar prejuízo a outrem. Logo, o contrato cumprirá a sua função social quando, respeitando a dignidade do contratante, não violar o interesse da coletividade, à qual não interessem nem a ilicitude ou a ociosidade das riquezas.

Já o princípio do equilíbrio econômico quer significar que, entre as prestações contratuais deva existir uma certa proporcionalidade (não necessariamente equivalência), de modo a coibir que um dos contratantes obtenha vantagem manifestamente excessiva, conforme preconiza o artigo 157²⁷, do novo Código Civil. Além disso, está disposto no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, ao lado da boa-fé objetiva, pois, como observa Fabiana Rodrigues Barletta, “para haver equilíbrio numa relação contratual, há de haver, antes, boa-fé por parte dos contratantes no momento pré-contratual, no decorrer do contrato e no momento pós-contratual” (BARLETTA *apud* SALLES, 2005, p. 312).

Também este princípio está presente na ideia de paridade jurídica, existente também no direito contratual, correspondendo ao fato de que o sacrifício de um dos contratantes deve equiparar-se ao do outro. Assim, a justiça contratual, ao vedar abusos que venham a desequilibrar a estrutura contratual, impõe que a satisfação das necessidades das partes se faça em conformidade com o estabelecido. Nas palavras de Raquel Bellini Salles,

em conformidade com o princípio da igualdade substancial, que é pressuposto da justiça social, o contrato não deve servir de instrumento para que, sob um equilíbrio meramente formal, as prestações a serem suportadas por um dos contratantes lhe acarretem excessiva onerosidade em favor do outro (Ibidem, 2005, p. 313).

Ao Estado, neste caso, reserva-se o papel de fiel da balança contratual, tendo a ordem jurídica, a faculdade de preservar o equilíbrio contratual, seja pelo dirigismo contratual, seja pela delimitação da autonomia da vontade ou pela criação de remédios contratuais.

²⁷ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (BRASIL, 2002).

No entender de Tepedino, sobre os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações obrigacionais, estes

reduzem a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de direito delineado pelo constituinte (TEPEDINO, 2000).

O abuso do direito foi extensivamente explicitado no primeiro capítulo deste trabalho, mas é imperioso ainda ressaltar que, no âmbito contratual, vige também o princípio da vedação ao abuso de direito. No antigo Código Civil de 1916, interpretava-se, *a contrario sensu*, o artigo 160, I, o qual previa que não eram ilícitos os atos praticados no exercício regular do direito. Hoje, das definições que melhor sintetiza o real conteúdo do que seria o abuso do direito, tem-se a aceção trazida por Cristiano Chaves de Farias (FARIAS, ROSENVALD, 2007), ao assegurar que o abuso do direito é constatado no instante da violação do elemento axiológico da norma, sendo este formado pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função socioeconômica, firmados no artigo 187 do *codex*.²⁸

Há, mais uma vez, relação intrínseca entre este princípio e a boa-fé, porém esta não retira a autonomia dos institutos: nem toda violação de boa-fé será tida como abuso de direito, e nem todo ato abusivo decorre de violação da boa-fé. Nas palavras de Nelson Rosenvald, em conclusão sobre o tema:

O verdadeiro critério do abuso de direito no campo das obrigações, por conseguinte, parece localizar-se no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como de abuso do direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões da lealdade e confiança independente de qualquer propósito de prejudicar [...] o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas (ROSENVALD, 2007, p. 206).

A função promocional do Direito, proposta por Norberto Bobbio, busca fazer com que os fins e objetivos republicanos não fiquem estáticos no cerne da Constituição, valendo-se das sanções premiais para a concretização dos valores desejados. Para este teórico, “a função de um ordenamento jurídico não é somente controlar o comportamento dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos”. (BOBBIO, 2011, p.79)

²⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

A propósito, Perlingieri leciona que “a norma, ainda que promocional (isto é, inovadora do real), é sempre o fruto de exigências, de necessidades, de estímulos: pode incorporar ou modificar a regra de retidão típica do mundo ético, a regra econômica do livre mercado” (PERLINGIERI, 2008, p. 171).

É também válido dizer que sendo o direito aplicado sob a perspectiva funcional, assegura-se uma justiça social, distributiva, comutativa e participativa, realizando-se o bem comum e exercendo-se a cidadania. Propõe-se uma leitura transdisciplinar do direito, colocando de lado a visão estritamente jurídico-sistemática do Direito, a fim de expressar o Direito inserido na sociedade de tal modo que traz à tona sua finalidade e sua função, não só como instrumento de manutenção e propagação de sistemas sociais, mas como meio de se institucionalizar as atividades econômicas sob uma nova ótica jurídica de igualdade e equidade.

Para Bobbio, nestas condições, deixa o jurista de ser mero sistematizador ou interpretador das leis, assim como o juiz Hércules, pois passa a ter postura mais crítica, modificadora e criadora. Também em consonância com o pensamento dworkiano acerca do papel do juiz Hércules, está o ensinamento de Perlingieri, segundo o qual

a função do jurista é, portanto, complexa, e a sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos, desde o ideológico, político, ao social, ético, religioso. O Direito – como conjunto de princípios, regras, noções, técnicas – se adapta às escolhas políticas e é idôneo para incidir sobre a estrutura e sobre o funcionamento da sociedade. (...) A valoração da norma jurídica pode coincidir com a da regra social, econômica, política, religiosa, mas pode também colocar-se em antítese. O jurista, nessa hipótese, deve valorar o fato, natural ou voluntário, com base nas regras e nos princípios do ordenamento. (Ibidem, p. 174)

Além disso, deve-se atentar para o fato de que, em toda sociedade deve subsistir uma solidariedade, que implique na atuação de cada sujeito concretizando suas funções primordiais, pressupondo que cada um, valendo-se de sua autonomia e liberdade, beneficie o conjunto, agindo não apenas com os outros, mas para os outros. Os cidadãos, generalizadamente, exercitam a solidariedade, sob pena de o não exercício se configurar em comportamento antiético, antijurídico e indesejado.

Por ocasião do período civilista pautado no liberalismo, os valores individuais encontravam-se superestimados, em detrimento daqueles coletivos, mas à pragmática coube evidenciar que este sistema deveria ser revisto, pois o bem-estar individual deveria harmonizar-se ou condicionar-se ao bem-estar geral.

Não por isso, com a função social, impõe-se ao contratante suficiente economicamente, em respeito aos direitos fundamentais subjetivos, a observância da razão determinante para a qual o contrato existe no mundo jurídico e em virtude da qual merece ser tutelado. Se este sujeito utiliza do contrato como instrumento para alcançar outros objetivos, desvirtuando-se desta “razão determinante”, não será merecedor de tutela. Desse modo, impede-se que ele se comporte de maneira arbitrária e acintosa, frustrando dita função social, de maneira abusiva e incongruente com os princípios basilares da sociedade.

Isso pode ocorrer quando se estabelece um contrato no qual figurem cláusulas que venham a servir de instrumento para a função de exercer abuso de posição dominante. Assim, está-se desvirtuando a função (“razão determinante”) estabelecida para aquele determinado contrato, tendo sido esta estabelecida pelo ordenamento jurídico.

Ainda que a questão já tenha sido aventada em momento anterior, é válido lembrar que se entende a causa²⁹ como sendo a “razão determinante” do contrato extraída da síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais, conforme entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes (2005, pp. 102-110), uma vez que este somente poderá ser validamente estipulado e executado se a sua função atender aos ditames constitucionais, ou seja, se os efeitos decorrentes do negócio jurídico pretendido concretizarem os princípios estabelecidos pela Constituição. Nas palavras da autora,

nesta perspectiva, sendo a causa elemento inderrogável do negócio, e considerando, por outro lado, que não pode existir negócio que, em abstrato, no seu esquema típico, não tenha efeitos, entendeu-se que todo e qualquer negócio tem uma causa e que esta é, precisamente, a síntese dos seus *efeitos* jurídicos essenciais (IBIDEM, p. 108) (original grifado).

²⁹ Sobre a causa do contrato, esta representa, de acordo com a doutrina italiana liderada por Emilio Betti, a função econômico-social que deve assumir todo contrato, sob pena de invalidade. A teoria causalista, adotada pelo direito civil italiano, não foi adotada por Bevilacqua no Código Civil de 1916, o qual se limitou a cuidar da ilicitude do objeto como requisito essencial de todo ato jurídico na configuração de validade. Daisy Gogliano entende que o Código Civil de 2002 tenha adotado de forma expressa a teoria causalista “ao considerar a função social como finalidade da liberdade de contratar” (GOGLIANO, 2004, p. 162). Aos olhos do legislador, este parece ter adotado, ainda que indiretamente, a teoria causalista, tanto no sentido de esta ser elemento essencial à validade do contrato, quanto a título de causa geral como diretriz traçada para a conclusão de um negócio. Na jornada de Direito Civil de 2002, chegou-se ao enunciado de número 23, o qual versa que “a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 19) No sentido contrário, o entender de Arnoldo Wald, ao aduzir que “o contrato não deixou de exercer a sua função econômica, constituindo um reflexo patrimonial da liberdade individual constitucionalmente garantida. Apenas acrescentou-se-lhe a função social, de modo a evitar que houvesse uma atividade contrária ao interesse da sociedade, que passou, assim, a constituir um verdadeiro abuso de direito ou um desvio de poder, já condenados de modo implícito na legislação anterior” (WALD, 2004, p. 3-10).

Para que não se desvirtue a função conferida pelo ordenamento jurídico aos contratos, deve-se guardar especial atenção à observância do princípio da igualdade, principalmente e em seu viés substancial, evitando-se o oportunismo, a prevalência do mais poderoso, ou qualquer forma que incentive a dominação pelo abuso no âmbito do contrato.

O princípio da igualdade é, ademais, uma das principais justificativas da legislação antitruste, buscando justamente preservar entre os vários agentes econômicos, a igualdade de acesso ao mercado, restringindo atos dominatórios, bem como aqueles que tendam a limitar a atuação de outros agentes de um mesmo mercado.

Concretizar este princípio significa não só regular as operações societárias, mas também as diferenças contratuais, zelando pelo equilíbrio econômico tanto quanto possível e pelo comportamento ético por parte do sujeito contratante, o que significa, em última instância, respeito ao mercado nacional. Não há que se falar em concorrência perfeita, mas na busca da igualdade, que pode e deve ser, ainda que minimamente, observada em sentido material.

É o que leciona Fabio Ulhoa:

A rigor, a legislação antitruste visa a tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O Direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o Direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os consumidores, trabalhadores e, através da geração de riqueza e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral. (ULHOA, 1995. p.5)

Nesse contexto, cabe atentar para os diversos conceitos de igualdade, dos quais se destacam a igualdade substancial e a igualdade formal. A igualdade substancial, nas palavras do professor Celso Ribeiro Bastos, consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o Direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.” (BASTOS, 2001, p. 5). A igualdade formal, por seu turno, consiste “no Direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional” (BASTOS, 2001, 1995, p. 7).

E é justamente por haver esta diferenciação que se deve proceder a uma constante releitura dos institutos contratuais, observando-se a função de cada um, como a resolução, a resilição, as perdas e danos, as cláusulas penais, entre outros.

O intérprete do direito deve se perguntar, por exemplo, se é atendida a função do direito de resolução e, portanto, se tal remédio contratual merece tutela em face do inadimplemento mínimo. Afinal, a resolução pelo inadimplemento parte da ideia de lesão ao interesse do contratante vítima de infração contratual, mas, se o inadimplemento é mínimo, não havendo propriamente uma lesão aos interesses precípuos do outro contratante, seria adequado deferir-se a resolução? Nesse caso, não seria ela abusiva, por ser exercida em desconformidade com sua função, que é a de servir como sanção extintiva do vínculo contratual em razão da não satisfação dos interesses do outro contratante?

Deve-se pregar uma prática republicana de maior apego à igualdade. Isto é, não basta que ela exista, ainda que formalmente, ou substancialmente, se não é colocada em prática, devendo servir para coibir o abuso do direito no âmbito das relações civis, concretizando a real função de cada instituto, ao invés de desvirtuá-la.

Como se observou no primeiro capítulo deste trabalho, nem sempre a abusividade será percebida pela simples leitura da cláusula contratual, devendo o intérprete penetrar na fase pré-contratual, retornando ao momento da formação do vínculo, avaliando as expectativas dos contratantes, compreendendo todo o pacto realizado.

Isso significa dizer que a livre concorrência, passível de abalo pelo abuso do poder econômico e pela redução dos níveis de competitividade, só pode vir a ser compreendida à luz da igualdade substancial, já que esta é a sua principal função, a de atenuar desigualdades coibindo os abusos.

Analisar o texto constitucional, portanto, com base no princípio da unidade do ordenamento, determina também a análise das normas aplicáveis inseridas num sistema que necessita compatibilizar preceitos já vigentes, cabendo ao intérprete detectar aquelas normas pertinentes ao caso, identificando os eventuais conflitos, considerando-as em conjunto para a busca da melhor solução.

Em linhas gerais, partindo-se das concepções de Dworkin, Perlingieri e Bobbio, especialmente no ponto que têm em comum, o que se deve buscar é a harmonização do Direito, pois os valores e direitos fundamentais devem ser aplicados adequadamente ao caso concreto, tendo a Constituição no ápice do sistema, de modo a concretizar os ideais de integridade, observando-se a igualdade substancial no tratamento das mais variadas relações contratuais empresariais, bem como a vedação ao abuso do direito na estipulação de cláusulas contratuais (a evitar as cláusulas abusivas) ou no uso de remédios contratuais (a evitar o uso de certos remédios – tais como a resolução, a rescisão unilateral, as perdas e danos, entre

outros - em desconformidade com a função que justifica o seu merecimento de tutela jurídica).

3.2 A operatividade de cláusulas e remédios contratuais de conformidade com os princípios constitucionais

Enfim, é imprescindível tratar das cláusulas contratuais, bem como dos remédios que delas decorrem, inserindo-os na interpretação principiológica descrita neste trabalho.

O desconhecimento das cláusulas contratuais (ou condições gerais do contrato³⁰) é um dos grandes problemas do direito obrigacional atual, pois, ao desconhecer seu conteúdo, uma das partes torna-se vulnerável, enquanto a outra pode vir a abusar de sua posição dominante, agindo de forma ilícita aos princípios informadores da relação. Realisticamente, é difícil que um contratante conheça todas as cláusulas contratuais, porém deve-se atentar especialmente para aquelas cláusulas que possam conter alguma abusividade.

Ocorrendo o abuso de direito no âmbito da relação contratual, pode-se valer o contratante de alguns remédios. Pelo fato de a legislação brasileira, principalmente com o CDC, em seu artigo 51, já exposto em momento anterior, conferir tipicidade aberta à lista de cláusulas abusivas insuscetíveis de convalidação, facilita-se o trabalho do judiciário quando da análise das condições gerais do contrato. O legislador deixou a cargo do magistrado a análise do caso concreto, sendo que o papel deste magistrado torna-se extremamente importante, cabendo a ele interpretar e aplicar o direito conforme os princípios fundamentais unificadores do ordenamento jurídico.

É imperioso ressaltar que o uso de linguagem rebuscada e o excesso de termos técnicos torna mais fácil a inclusão de cláusulas abusivas, colocando o proponente em clara situação de posição dominante. A normativa aplicável aos contratos de adesão, pelo artigo 54, parágrafo 3º, do CDC,³¹ deve ser lembrada quando da redação de qualquer contrato,

³⁰ Segundo Cláudia Lima Marques, condições gerais dos contratos “são contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, expressa ou tacitamente, que cláusulas, pré-elaboradas pelo fornecedor unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico”. Trata-se de “técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos” (MARQUES, 2002, p. 67).

³¹ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo

pois estes devem ser “redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo consumidor”.

Adolfo di Majo sustenta que o direito dos contratos é um sistema mais de remédios do que de proclamação de direitos substantivos, ou seja, meios e instrumentos destinados a responder à falta de tutela pelo ordenamento jurídico. A linguagem dos remédios deriva, portanto, da experiência de um ordenamento que, não possuindo um direito codificado, considera que estes precedam a enunciação dos direitos. Tais remédios não se apoiam em direitos propriamente ditos, mas servem como meios para a tutela de interesses da coletividade (DI MAJO *apud* SALLES, 2008/2009, p. 9-10). Então, devem ser definidos como respostas às necessidades de proteção relacionadas à procedimentalização do negócio jurídico no contexto do direito contratual.

Passa-se a uma análise de alguns tipos de abusos comumente praticados pela parte contratante dominante, visando-se a evidenciar a caracterização da vulnerabilidade também nas relações contratuais empresariais, o que ensejaria, por parte do judiciário, uma maior proteção dos direitos fundamentais na disciplina da relação contratual, principalmente da igualdade e da liberdade em sentido substancial, sendo esta última a matriz da autonomia privada.

Como primeiro exemplo, trata-se da denúncia ou rescisão unilateral (impedimento de efeitos ou propriamente extinção do vínculo contratual por vontade de apenas uma das partes), a qual decorre de uma declaração emitida por um dos contratantes e recebida pelo outro contratante que visa pôr “um ponto final” nos contratos que desenvolveriam, ainda, sua eficácia jurídica não fosse a vontade contrária do denunciante. Este instituto vem regulado pelo artigo 473 do Código Civil, sendo uma forma de extinção do vínculo contratual pela qual um dos contratantes manifesta o seu desinteresse no prosseguimento da relação, nos seguintes termos:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos (BRASIL, 2002).

a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º *Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.* § 4º As cláusulas que

Acordado pelos contraentes o termo que porá fim ao negocio jurídico, exige-se que este seja cumprido inequivocadamente, não só por ser um dispositivo contratual, mas pela natureza dos investimentos que envolvem o contrato e as consequências geradas pelo rompimento do vínculo.

Disto dizer que a resilição não poderia ocorrer no curso de um contrato por tempo determinado³², cabendo, neste caso, hipóteses de resolução culposa ou por inadimplemento contratual, explicitadas a seguir.

Quando da resilição unilateral, as partes autorizam-se, mutuamente, a por termo à contratação, por mera comunicação da intenção resilitiva. É o exercício de um direito de não continuar a contratação, sendo legal, pelo fato de a própria lei admitir essa possibilidade (ocorre o mesmo na legislação inquilinária, nos casos de denúncia cheia ou vazia, motivada ou imotivada). É esta a estrutura do instituto, positivada no ordenamento jurídico, podendo ser acionada sem que configure um ilícito.

A abusividade da denúncia pode, porém, ser constatada, pois em certos casos, a conduta manifestada pelo sujeito anteriormente à resilição demonstra-se incompatível com os princípios jurídicos fundadores do instituto, gerando surpresa quando do rompimento do pacto. Neste caso, a conduta do contratante estaria absolutamente desvinculada da

implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (BRASIL, 1990).

³² Apesar da posição doutrinária, já existe decisão jurisdicional no sentido de se admitir a resilição unilateral nos contratos por prazo determinado. O caso aventado versa sobre contratação da empresa Opportunity pela empresa Petros, pelo prazo de 36 meses, para gerenciamento de sua carteira de ações e treinamento especializado de seus empregados na gestão do patrimônio do fundo. Passados 10 meses do contrato, a contratante, com base em cláusula de aviso prévio, contratual, exerceu o direito de resilir o contrato. A empresa contratada entrou com ação argumentando que a cláusula somente poderia ter sido exercida após o esgotamento do prazo contratual, pleiteando juros cessantes até o termo do contrato. O Tribunal, porém, analisando os termos, julgou improcedente a demanda. Decidiu o TJRJ em Embargos Infringentes, de relatório do Desembargador André Andrade, de 14/11/2007, que, em se analisando contrato por prazo determinado, celebrado entre duas pessoas jurídicas de grande porte, entendeu-se que a cláusula de resilição unilateral pode ser exercida por uma das partes mesmo antes do termo final do prazo avençado, não sendo cabível ainda pagamento de lucros cessantes pelo período faltante até o referido termo final. É o trecho da decisão: "Argumenta o embargado que, se as partes pretendessem facultar a denúncia do contrato a qualquer tempo, não teriam estabelecido prazo determinado de vigência. Ocorre que nenhuma incompatibilidade há entre a resilição unilateral e os contratos de prazo determinado. Embora a possibilidade de resilição unilateral seja característica dos contratos por tempo indeterminado – diante da presunção de que as partes contratantes não pretenderam obrigar-se perpetuamente –, não há vedação legal à previsão (legal ou contratual) de resilição unilateral nos contratos por tempo determinado. A diferença reside exatamente na circunstância de que, enquanto a possibilidade de resilição unilateral é da essência dos contratos por tempo indeterminado, nos contratos por tempo certo ou determinado a resilição unilateral e imotivada depende, em linha de princípio, de expressa previsão, legal (como acontece, por exemplo, com a devolução do imóvel locado pelo locatário, de acordo com art. 4º da Lei nº 8.245/91) ou contratual (como se dá no caso aqui examinado). Com efeito, nenhuma razão específica há, a priori, para afastar a possibilidade de as partes, com base no princípio da autonomia da vontade, pactuarem a possibilidade de extinção do contrato, por vontade unilateral de uma delas, antes de alcançado o termo final da avença. O fato de ser incomum as partes se reservarem tal direito nos contratos por tempo determinado não significa que não seja possível às partes fazê-lo, em atenção às peculiaridades do negócio ou aos interesses dos contratantes". (grifos aditados)

necessária boa-fé contratual, além de desvirtuar-se de uma das funções primárias da relação contratual.

Para tanto, utiliza-se do princípio da boa-fé como moderador do exercício do poder de extinção contratual, impondo-se aos contratantes a condição de agirem de maneira não arbitrária e moderada no exercício de suas prerrogativas, impedindo que estes, literalmente, abusem de seu direito, utilizando-os de forma desequilibrada, gerando encargos e prejuízos desproporcionais à parte contrária.

Até então o instituto da rescisão era, pela doutrina, considerado potestativo: tendo a parte realizado investimentos vultosos para a execução do contrato, a rescisão será considerada ineficaz enquanto não decorrido o prazo compatível. Assim, evita-se o enriquecimento sem causa, tendo por base a função social do contrato. A parte dominante deste contrato não pode se valer de sua posição para resili-lo, sobre pena de estar abusando de seu direito e desvirtuando a função conferida pelo ordenamento ao instituto.

Em outro exemplo, podemos citar aquele relativo ao disposto no artigo 475 do CC/2002³³, segundo o qual a parte lesada pelo inadimplemento contratual pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Porém, doutrina e jurisprudência têm adotado a teoria do adimplemento substancial do contrato como causa impeditiva do direito à resolução contratual, apregoando que o credor não pode rescindir o contrato na hipótese de descumprimento de parte substancial da obrigação assumida, devendo este tomar outras providências para cobrar o que lhe é devido, como a ação de cobrança.

Este instituto teve origem no direito inglês, tendo sido desenvolvido para superar os exageros do formalismo exacerbado na execução dos contratos em geral, nas palavras do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em entrevista concedida ao *website* do Superior Tribunal de Justiça.³⁴ A aplicação desta teoria tem por base o princípio da boa-fé, aquele da função social dos contratos, bem como a vedação ao abuso do direito e ao enriquecimento sem causa. Ainda na mesma entrevista, segundo o ministro Luis Felipe Salomão, “a insuficiência obrigacional poderá ser relativizada com vistas à preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, desde que a resolução do pacto não responda satisfatoriamente a esses princípios”.

³³ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos (BRASIL, 2002).

³⁴ STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106897>. Acesso em: 18 mar. 2013.

Ao juiz, nesta hipótese, será facultada a análise da gravidade da infração contratual, para que não se desfaça uma significativa relação jurídico-econômica pelo fato de insignificante descumprimento da avença. Desfazer o contrato pode significar um sacrifício excessivo a uma das partes, em detrimento da manutenção do contrato, sendo coerente que o credor busque a tutela adequada à percepção da parcela faltante, e não a resolução contratual abusiva.

Elucida-se com o exemplo exposto no REsp 1.200.105³⁵, no qual a empresa Equatorial Transportes da Amazônia ajuizou ação de reintegração de posse contra a empresa Costeira Transportes e Serviços, para que esta adimplisse o débito de seis parcelas de um total de 36. A primeira empresa pediu a resolução contratual, porém, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu relatório, aduziu que “tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade”, com base no artigo 187, do CC/2002, expondo que o credor poderia exigir o crédito e indenização, portanto³⁶.

Importante também citar os casos de abuso do direito quando da aplicação de cláusula resolutiva expressa, a qual, para o Código Civil de 1916, era conhecida como pacto comissório³⁷. Está hoje prevista no Código Civil em seu artigo 474³⁸, o qual informa que esta opera de pleno direito. É expressa pelo fato de as partes estipularem que no

³⁵ STJ. REsp. 1.200.105. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201001113350&pv=000000000000>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

³⁶ Trata-se de REsp oriundo de ação de reintegração de posse ajuizada pela ora recorrente em desfavor do recorrido por inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) para a aquisição de 135 carretas. **A Turma reiterou, entre outras questões, que, diante do substancial adimplemento do contrato, qual seja, foram pagas 30 das 36 prestações da avença, mostra-se desproporcional a pretendida reintegração de posse e contraria princípios basilares do Direito Civil, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva.** Ressaltou-se que a teoria do substancial adimplemento visa impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos aludidos princípios. **Assim, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, daí a expressão “adimplemento substancial”, limita-se o direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma demasia.** Dessa forma, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato. Dessarte, diante do substancial adimplemento da avença, o credor poderá valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, mas não a extinção do contrato. REsp 1.200.105-AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/6/2012. (grifos adotados).

³⁷ O pacto comissório não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro quando da redação do Código Civil de 2002, porém, estava tipificado no anterior Código em seu artigo 1.163, o qual aduzia que “ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço” (BRASIL, 1916). Vem a ser uma cláusula inserida no contrato pela qual os contraentes anuem que a venda se desfaça, caso o comprador deixe de cumprir suas obrigações no prazo estipulado, isto é, ocorre a transferência da posse de um bem, móvel ou imóvel, do devedor ao credor, para garantir o cumprimento da obrigação.

³⁸ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial (BRASIL, 2002).

descumprimento de qualquer cláusula contratual haverá resolução. E é convencional por depender única e exclusivamente da vontade das partes. O fato de operar de pleno direito alerta para o fato de que, sobrevindo o disposto nela, ocorre o desfazimento do contrato, independente de sentença judicial, não havendo notificação do devedor.

A cláusula resolutiva expressa – utilizando dos conceitos de estrutura e função apreendidos neste trabalho – tem estrutura plenamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, porém, o que não se deve admitir, é o abuso decorrente do desvio de sua função. Isto é, servindo de instrumento para o abuso de posição dominante, ilícita seria a cláusula, pois abusiva, sendo prejudicial à concretização dos princípios informadores do direito contratual sob a égide constitucional.

Ainda sobre o exemplo, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 369, segundo a qual “no contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora” (BRASIL, 2012). Isto é, a existência de cláusula resolutiva expressa em contratos mercantis, por si só, não constitui ilícito, porém, este se configura quando da não notificação prévia do arrendatário, com o fito de constituí-lo em mora, em clara situação de abuso de direito pelo sujeito que se encontra em posição dominante.

Na hipótese de abuso do direito decorrente de cláusulas penais excessivas, analisa-se a proporcionalidade da multa contratual a ser paga pelo locatário, em caso de devolução do imóvel antes do término do período contratado, estando esta prevista, inicialmente, no artigo 4º, da Lei 8.245, de 1991, o qual foi alterado pela Lei 12.112/09, prescrevendo que “durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada”.

No CC/1916, facultava-se ao juiz a redução proporcional da cláusula penal, no caso, multa contratualmente prevista, no artigo 924, às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação. Jurisprudencialmente, passou-se a entender que esta redução não deveria ser uma faculdade, mas uma necessidade, em decorrência da vedação ao enriquecimento sem causa. O CC/2002, em uma de suas inovações, passou, em seu artigo 413, a determinar que “o juiz deve reduzir a cláusula penal equitativamente, se a obrigação já tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo” (BRASIL, 2002).

Este dispositivo adota a noção de justiça no caso concreto, por meios paliativos dos rigores estabelecidos pela legislação pátria. Além da proporção a ser aventada, faculta-se ao juiz a redução equitativa de modo a fazer justiça, em decorrência do princípio da função social do contrato, atingindo a todas as espécies contratuais. Privilegia-se a função social, ainda que a estrutura normativa indique uma posição dominante.

É o caso do contrato de locação, cuja estrutura confere a ideia de desequilíbrio entre locador e locatário, parte sensivelmente mais fraca. Neste tipo contratual, a lei tem por finalidade acertar o desequilíbrio natural, protegendo o inquilino de acordo com a igualdade substancial, tratando os sujeitos diferentes de maneira diferente, na medida das diferenças existentes. Aplicando-se a redução da multa por equidade atende-se aos interesses constitucionais, podendo ocorrer, como decorre da norma do parágrafo único do artigo 4º da Lei de Locações³⁹, que o locatário fique “dispensado da multa se a devolução do imóvel decorrer de transferência, pelo seu empregador, privado ou público, para prestar serviços em localidades diversas daquela do início do contrato, e se notificar, por escrito, o locador com prazo de, no mínimo, trinta dias de antecedência” (BRASIL, 1991).

Concluindo, o valor da multa a ser paga pelo locatário, nesta situação, quando da devolução do imóvel antes do termo, será sempre proporcional ao período de cumprimento contratual, não se podendo levantar a hipótese de cobrança integral da multa pactuada ou de quaisquer outros valores que não estejam em consonância com o artigo em comento da Lei de Locações, sobre pena de incorrer em abuso de direito e abuso de posição dominante.

Por fim, como último exemplo, versa-se sobre os abusos de direito cometidos no âmbito de contratos de promessa de compra e venda de combustíveis entre distribuidoras e postos propriamente ditos. Em tais contratos, em decorrência do artigo 12, da Portaria no. 116, da Agência Nacional do Petróleo – ANP⁴⁰, as distribuidoras não podem exercer a atividade de revenda varejista, devendo ser firmados os contratos de compra e venda ou de comissão mercantis, com a finalidade de garantir o mercado consumidor de forma ampla e por um longo período de tempo.

Nesses contratos, na maioria das vezes, são estipuladas cláusulas pré-determinadas pela parte economicamente mais forte, no caso a distribuidora, inviabilizando a possibilidade de discussão e a aplicação dos princípios contratuais, suprimindo a autonomia

³⁹ Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

⁴⁰ ANP. Portaria nº 116, de 5 jun. 2000. Disponível em: <http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_tec/2000/julho/panp%20116%20-%202000.xml>. Acesso em: 22 mar. 2013.

da vontade, a boa-fé objetiva, o consensualismo, a função-social e perpetuando-se um abuso de direito. Constituem-se verdadeiras armadilhas, impondo condições muitas vezes não desejadas pela parte, que, em decorrência de sua posição não privilegiada, não tem opção a não firmar o contrato.

Assim, revelam-se abusivas diversas cláusulas potestativas quanto à fiança, à galonagem mínima, à exclusividade, à prorrogação automática do contrato, bem como do comodato e da locação dos equipamentos. Verifica-se que, na maioria das vezes, exige-se do operador do posto garantias reais ou pessoais fidejussórias, para assegurar o cumprimento do contrato até o seu termo final, o qual seria indeterminado, sendo manifesta a renúncia ao benefício de ordem e à faculdade de exoneração a qualquer tempo.

Todas essas exigências configuram verdadeiras abusividades, pois são formas que a distribuidora utiliza para prender o fornecedor à sua bandeira, garantindo as vendas por um longo período de tempo, restringindo a livre iniciativa e a livre concorrência, além de violar os princípios contratuais.

A relação entre distribuidor e fornecedor de combustíveis transita por diversos tipos contratuais contidos no ordenamento jurídico brasileiro, como a promessa de compra e venda, o comodato, a fiança, a distribuição, entre outros, porém, com breve análise, evidenciam-se aspectos inegavelmente abusivos em tais relações, de forma que se faz necessária sempre uma análise apurada acerca das condições impostas e das cláusulas contratuais a serem pactuadas, como modo de prevenir futuros litígios

Como extensamente exposto neste trabalho, ainda que a estrutura econômica permita a prática de certos atos no âmbito da relação contratual, esta não deve desvirtuar o propósito ao qual serve, primando pela concretização dos princípios constitucionais. E, caso alguma parte venha a se sentir lesada após a elaboração destes contratos, restar-lhe-ão as vias judiciais, sendo, aqui, importante o papel do juiz, assim como preconiza Dworkin, para a aplicação do bom e justo direito, assegurando as garantias ofertadas pela Constituição.

A corroborar o exposto, vale transcrever a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL PARA REVENDA. NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE NATUREZA COMERCIAL. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.

1. Não se qualifica como consumidora a empresa que tem por atividade a revenda de combustíveis adquiridos, não sendo, portanto, a destinatária final do produto. Dessa forma, por não se submeter às diretrizes do Código de

Defesa do Consumidor, descarta-se, no caso, qualquer análise contratual com fundamento em eventual relação de consumo, haja vista a própria relação comercial havida entre as partes litigantes.

2. Em que pese a relativização do princípio pacta sunt servanda, em atenção à função social do contrato e aos princípios da probidade e da boa-fé, a ingerência do Poder Judiciário só resta autorizada em hipóteses excepcionais.

3. Em contratos como o da hipótese em tela, em que se objetiva a revenda de combustíveis, utilizando-se a bandeira de certa fornecedora de combustíveis com renome no mercado, **é comum a estipulação de cláusula de exclusividade, sem que com isso possa caracterizar a violação do princípio da livre concorrência, até mesmo para garantir uma maior confiabilidade ao consumidor.**

4. No caso em comento, **a abertura de posto vizinho**, autorizada pela PETROBRÁS, com aprimoramentos tecnológicos, somados aos óbices praticados por essa para realizar a troca dos defeituosos equipamentos do posto da Apelante, **evidencia excesso que autoriza a resolução do contrato firmado entre as partes, pois inviabiliza o cumprimento do pacto pela própria Apelante/Autora (promissária-compradora).**

5. Apelo da Autora provido. Sentença reformada.

(...)

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS PEDREGAL LTDA. (Autora) contra a r. sentença de fls.278/283, proferida pelo MM. Juiz da Segunda Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília, que, nos autos da ação de rescisão contratual ajuizada contra PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A, julgou improcedente o pleito da Autora, por entender que nenhuma das cláusulas insertas no contrato de promessa de compra e venda mercantil entabulado entre as partes é nula ou abusiva. Por fim, lhe condenou ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes últimos no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Em suas razões de apelo, às fls. 319/334, sustenta a Autora, em suma, a existência de diversas cláusulas abusivas no contrato firmado com a PETROBRÁS, consistente na revenda de combustíveis e derivados de petróleo. Narra que as cláusulas 1.1 e 1.2 são leoninas, porquanto determinam o aumento gradativo da revenda de combustíveis, estipulando quantidades mínimas mensais do produto a serem adquiridas, o que viola o artigo 21, inciso XI, da Lei Federal nº 8.884/94 (dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências). Reforça que a PETROBRÁS não cumpriu com o seu ônus contratual de realizar a regular entrega de combustíveis e a manutenção dos equipamentos do posto de combustível. Afirma que sempre honrou com a cláusula de exclusividade de compra do produto. Esclarece, ainda, que a abertura de outro posto de combustível nas proximidades de seu estabelecimento evidencia a hipótese de rescisão contratual, com esteio na teoria da imprevisão. Por fim, requer a redução dos honorários advocatícios arbitrados.

(...)

MÉRITO

Prima facie, esclareço que a hipótese em tela não se submete às diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a Apelante tem por finalidade a revenda de combustíveis adquiridos junto a PETROBRÁS, não sendo, portanto, a destinatária final do produto. Dessa forma, tenho por descaracterizada qualquer análise contratual com fundamento em eventual relação de consumo, haja vista a própria relação comercial havida entre os ora litigantes.

Em que pese tal assertiva, importante salientar que, em atenção à função social do contrato e aos princípios da probidade e da boa-fé, fontes de relativização do princípio pacta sunt servanda, a ingerência do Poder Judiciário só resta autorizada em hipóteses excepcionais.

(...)

No vertente caso, a Apelante pretende a rescisão do contrato de promessa de compra e venda mercantil, cujo objeto principal é a revenda de combustíveis e produtos

derivados de petróleo e álcool hidratado fornecidos pela requerida PETROBRÁS (...)(fls.20/31).

De acordo com a sua tese, as cláusulas 1.1, 1.2 e terceira do pacto são abusivas, uma vez que ofendem, dentre outros, o artigo 20 e 21 da Lei nº 8.884/94 .

Não tenho dúvidas que o contrato em tela é de risco, porquanto é tipicamente comercial e, como tal, está adstrito às oscilações do mercado: aumento da concorrência, alteração da clientela, podendo até mesmo culminar no seu insucesso.

Em contratos como o da hipótese em tela, em que se objetiva a revenda de combustíveis, utilizando-se a bandeira de certa fornecedora de combustíveis com renome no mercado, é comum a estipulação de cláusula de exclusividade, sem que com isso possa caracterizar a violação do princípio da livre concorrência, até mesmo para garantir uma maior confiabilidade ao consumidor.

Em termos práticos, não seria razoável um posto de combustível com anúncio da bandeira "BR" revender produto da "IPIRANGA" (art. 11 da Portaria 061/95 do Ministério das Minas e Energia).

No mesmo sentido, não prospera a alegação de que a estipulação de quantidades mínimas mensais de produtos a serem vendidos representa infração ao artigo 21, inciso XI, da Lei nº 8.884/94, sob a égide de ofensa à ordem econômica.

Na verdade, o aludido artigo deve ser analisado em consonância com o artigo 20 do mesmo Diploma Legal. Sendo assim, para se caracterizar a referida infração, há que se ter uma imposição de tal sorte que possa ocasionar a dominação do mercado relevante.

Vê-se que não é o presente caso, porquanto a cláusula contratual questionada visa exatamente garantir a quantidade mínima de combustível necessária ao regular desempenho da atividade da Apelante.

Todavia, em razão:

a) das dificuldades promovidas pela Requerida para que a Autora realizasse a manutenção e o reparo dos seus equipamentos (fl.215), ante a própria previsão contratual (item 3.4 do contrato - fl. 23);

b) o fato de haver a abertura de posto vizinho ao da Apelante durante a vigência do contrato, com bandeira similar, entendo caracterizada a abusividade praticada pela PETROBRÁS, uma vez que afeta diretamente a atividade comercial da ora Apelante, causando-lhe relevante desequilíbrio.

Ora, se a própria Requerida exige a exclusividade da Autora, não se mostra razoável que a primeira proceda à instalação de outro posto de gasolina nas proximidades do estabelecimento da segunda, porquanto tal ato vem por acarretar sério desequilíbrio à atividade comercial desenvolvida por esta última.

Destarte, se por um lado entendo não ser abusiva a estipulação de cláusula de exclusividade, como dito alhures, por outra égide, entendo que a abertura de posto vizinho, autorizada pela Requerida, com aprimoramentos tecnológicos, somados aos óbices praticados pela Petrobrás para realizar a troca dos defeituosos equipamentos do posto da Apelante, evidencia excesso que autoriza a resolução do contrato firmado entre as partes, pois inviabiliza o cumprimento do pacto pela própria Apelante/Autora.

Assim, os contratantes devem pautar-se em certo padrão ético de confiança e lealdade, em atenção ao princípio da boa-fé, que orienta as atuais relações negociais pela probidade, moralidade e honradez. Em outras palavras, devem sempre ater-se à função integralizadora do contrato, com o escopo de se atingir a função social do negócio jurídico, sob pena da intervenção do Estado nas relações contratuais.

Destarte, tenho por justo o pedido de rescisão contratual, ante a proibição do locupletamento ilícito.

Em razão do provimento da apelação, reputo prejudicado o pedido de redução dos honorários advocatícios arbitrados na instância a quo.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de não conhecimento e DOU PROVIMENTO ao apelo da Autora, para declarar rescindido o contrato mercantil firmado entre os demandantes, por culpa exclusiva da Requerida, sendo que a

Autora estará desobrigada de qualquer ônus contratual, à exceção de realizar a devolução dos equipamentos cedidos em comodato, bem assim o pagamento dos produtos já fornecidos pela Requerida.

Em razão da procedência da apelação, inverte os ônus da sucumbência, sendo que a Requerida arcará com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes últimos no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.

(grifos aditados)⁴¹

Conclui-se, do acórdão transcrito, em consonância ao que foi exposto neste trabalho, que: I. em se tratando de relação empresarial, não se aplicam as normas atinentes ao CDC, uma vez que não se configura uma relação consumerista, apesar de existir uma parte patentemente vulnerável merecedora de tutela com base nos princípios contratuais da boa-fé, da igualdade e da função social; II. a estipulação de certas cláusulas nos contratos, desde que não abusivas, não configuram ilícitos; III. a parte dominante não pode se valer desta característica para agir em desconformidade com a lei, causando desequilíbrios durante a vigência do contrato; IV. os excessos evidenciados nas relações contratuais autorizam a utilização dos remédios contratuais, ainda que por via jurisdicional; V. as relações contratuais devem ser pautadas em padrões éticos que respeitem a boa-fé, a probidade, a moralidade e a honradez, se atendo à função do contrato como meio de se atingir a função social do negócio jurídico.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão: 20020111044353. Relator Des. Flávio Rostirola. Publicado em: 14/07/2008.

CONCLUSÃO

A busca pela defesa da economia dita “neoliberal” vivencia um progresso atual, primando pela leitura de seus institutos à luz dos princípios constitucionais, como a liberdade, do qual a livre iniciativa é expressão, a igualdade substancial e a solidariedade. Porém, ainda diversas instituições devem ser aprimoradas, sendo primordial a conscientização da sociedade e dos sujeitos partícipes do mercado para os seus direitos e para a sua efetiva aplicação.

Como visto em toda a tessitura deste trabalho, o conhecimento das situações de disparidade no âmbito das relações empresariais é de grande importância, pois as relações caracterizadas pela vulnerabilidade de um dos contratantes, mesmo no campo empresarial, podem favorecer abusos por meio de instrumentos contratuais. Como se demonstrou, o abuso do direito na relação contratual pode ser um meio para o abuso de posição dominante no mercado.

Em que pese a hipótese aventada, partindo-se da demonstração de possíveis assimetrias e vulnerabilidades, mesmo em relações não consumeristas, afirma-se o fato de os princípios contratuais da boa-fé e da vedação ao abuso serem indispensáveis para reprimir eventuais abusos do direito e, por conseguinte, abusos de posição dominante. E mais, pelo fato de a igualdade substancial apregoar um tratamento diferenciado na medida em que se apontam as diferenças, faz-se necessário um maior grau de intervenção estatal para garantir a operatividade dos referidos princípios.

Em suma, destaca-se a importância de se estudar o conceito de abuso do poder econômico, bem como a sua inserção no campo do estudo jurídico, nas esferas econômicas, contratuais e concorrenciais, uma vez que o poder econômico evidencia a capacidade de determinar comportamentos alheios, em condições diversas daquelas que normalmente ocorreriam em um regime concorrencial puro.

Sendo o regime concorrencial a regra, e não a exceção, impõe-se a ideia de que, via de regra, ainda que se admita a existência de um poder econômico, este não pode ter por efeito a eliminação ou restrição substancial da concorrência. Destacou-se o fato de que a mera posição dominante não merece reprovação, mas apenas o seu abuso, que se buscou identificar neste trabalho mediante o abuso de instrumentos contratuais.

O abuso de poder econômico estaria configurado quando se comprovasse o exercício por parte de titular de posição dominante de atividade empresarial contrária à sua

função social, proporcionando-lhe, mediante a restrição da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, a apropriação daquilo que não lhe seria legítimo em regime de normalidade concorrencial.

Não se pretende a instauração de um modelo de concorrência perfeita. Ao contrário, o poder econômico é tido como um dado da realidade, um fator estrutural, que faz parte de uma técnica de produção social, atribuindo a esse poder, uma função (social) de servir ao desenvolvimento e à justiça social.

Da mesma forma, o que foi aqui exposto não diz respeito à mera proteção da economia de mercado, mas visa o reestabelecimento de uma verdadeira democracia econômica em que liberdade e igualdade estariam sempre conectadas. É importante ter sempre em mente que o poder econômico não é ato ilícito, mas o seu abuso por parte dos entes empresariais pode gerar desvios, inclusive pela prática de atos predatórios.

Atendendo aos anseios da Constituição Federal, o Estado deve intervir sempre que a concentração econômica for conseguida por meio de práticas por ele vedadas, em prejuízo da livre concorrência. Isso busca evitar que empresas imponham restrições à competição no mercado em que atue, ainda incrementando seu poder dominante por meio de alianças ou fusões.

Essa mesma Constituição, ao condenar as práticas abusivas, posiciona-se em favor da economia de mercado, indicando, porém, que a concorrência deve ter como função precípua o alcance de se assegurar a todos uma existência digna, conforme preceitua a justiça social.

A defesa da concorrência, em um de seus vieses, constitui-se na implementação de políticas públicas de natureza econômica, por meio de instrumentos colocados à disposição do Estado regulador. Por não estar impune a excessos, carece de uma atuação do Estado, que tem por missão estabelecer regras que visem a norteá-la, viabilizando ao sujeito de direitos a condição de ter o que escolher, equilibrando o mercado.

Assim, no que concerne aos ensinamentos de Ronald Dworkin expostos no decorrer deste trabalho, aos partícipes do direito cabe a expansão das normas públicas, fazendo com que os magistrados possam vir a descobrir no ordenamento jurídico normas implícitas, além daquelas já explícitas, podendo decidir até mesmo aqueles casos não tutelados.

A busca pela igualdade substancial não poderia deixar de ser lembrada, pois elucidou tudo o que foi aqui exposto, sendo fundamental para a leitura dos institutos de direito contratual estudados à luz da legalidade constitucional.

Em se tratando de um período liberalista, o contrato servia como expressão da liberdade e da igualdade formal das partes, uma vez que vetor do capitalismo contemporâneo que perpassava as relações contratuais. Já no período pós-liberalista, em questão neste trabalho, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, o contrato deve ser funcionalizado, como meio promotor da igualdade agora em seu viés substancial, corolário das noções de justiça, equidade e respeito, como ensinado por Ronald Dworkin.

Não subsiste mais o dogma da igualdade formal, sob o aforismo de que todos devem ser tratados igualmente perante a lei, mas evidencia-se a igualdade substancial, por sua vez traduzida no aforismo “tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”, com o fito de conferir proteção àqueles sujeitos vulneráveis perante o ordenamento jurídico, tutelando-os de maneira mais incisiva, ainda que esta tutela seja jurisdicional, acionada por meio dos remédios contratuais.

Desse modo, confere-se aos remédios contratuais, operados com base no papel do juiz Hércules dworkiano, importante papel, para que se repense a relação entre direito e economia.

Ao magistrado cabe, portanto, o dever de ser sujeito ativo da relação jurídica estabelecida com a finalidade de efetivamente aplicar os princípios contratuais à luz da Constituição, sendo certo que a sociedade não se reduz ao mercado, devendo o direito indicar os limites e medidas corretivas necessárias ao alcance e respeito dos valores fundantes do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornada de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Centro de estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2012. 135 p. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2013.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Reimpressão. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui% c3% a7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%c3%a7ao.htm)>. Acesso em 30 set. 2011.

BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em 03 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas de direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 03 mar. 2013.

_____. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – revogado pela Lei 10.406, de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 03 mar. 2013.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 03 mar. 2013.

_____. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em 03 mar. 2013.

_____. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em 03 mar. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. **Lei nº 12.112, de 09 de dezembro de 2009**. Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para aperfeiçoar as regras e procedimentos sobre locação de imóvel urbano.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12112.htm>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.** Altera a ementa do Decreto-Lei no. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. **Portaria ANP no. 116, de 5 de junho de 2000.** Regulamenta o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo. Disponível em: <http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_tec/2000/julho/panp%20116%20-%202000.xml>. Acesso em: 22 mar. 2013.

_____. **Projeto de lei nº 634, de .** Projeto de lei sobre o Código Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>>. Acesso em 03 mar. 2013.

CALSAMIGLIA, Albert. **Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin *Derechos en Serio*.** Barcelona: Editora Ariel, 1984.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos contratos de consumo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 1a Ed. p. 67-68 e 380.

CAVALCANTE, Karla Karenina Andrade Carlos. *As cláusulas abusivas à luz da doutrina e da jurisprudência.* In.: **Jus Navigandi.** Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3387>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste brasileiro:** comentários à Lei 8.884/94, São Paulo, Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fabio Konder. **Concorrência desleal.** São Paulo: Revista dos *tribunais*, n. 375.

CRUZ, Jocema Bittencourt da. A defesa da livre concorrência no estado democrático de Direito: análise da legislação brasileira. In.: **Revista de ciências jurídicas – Ponta Grossa.** Paraná: Lumiar, 2012. Vol. 4. Pp. 35-47. Disponível em: <<http://http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. In: **Kriterion.** Belo Horizonte. v. 46. n. 111. Junho de 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2005000100005&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 18 março 2013.

DE CICCO, Maria Cristina. *A pessoa e o mercado*. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2008. Pp. 103-114.

DEMASI, João Otávio Benevides. Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito. São Caetano do Sul: 2009. Resenha de: BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito. *Revista Direito e Humanidades*, n.17, ano X, p. 211-213, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2007.

_____. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007. 7ª Ed.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contato de distribuição**. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato (causa ou motivo). In: **Revista da Faculdade de Direito – USP**. São Paulo, v. 99. 2004.

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

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

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

_____. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 9, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/6903/deveres-gerais-de-conduta-nas-obrigacoes-civis>>. Acesso em: 02 mar. 2013.

MARTINS, Vinícius Malta. **A função promocional do Direito tributário na extrafiscalidade por estímulos: o Direito como indutor de uma cidadania ativa e participante**. Setembro de 2009. 139 páginas. Dissertação de mestrado – Universidade de Santa Cruz do Sul.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Entre o público e o privado no direito civil-constitucional: uma (re)discussão sobre o espaço da autonomia ético-existencial, intimidade e vida privada*. In: **Revista do programa de pós-graduação da UFC**. 2012.2. pp. 77- 90. Disponível em: < <http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/joyceane.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Causa dos Contratos. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA, vol. 21, jan./mar. de 2005, pp. 95-119.

_____. BARBOZA, Heloísa Helena e TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. II, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**: secondo il sistema italo-comunitario delle fonti. 3 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

_____. **O Direito civil na legalidade constitucional**. Organização brasileira de Maria Cristina de Cicco. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro de 1966**. Aprova o Código civil português e regula a sua aplicação, acrescido das subseqüentes atualizações. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em 22 mar. 2013.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A função social do contrato. In: **Revista do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público de Minas Gerais**. Ano II. No. 9, abril/ maio/junho de 2007. Pp. 10-20.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Il “terzo contratto” nell’unitarietà dell’ordinamento**. Camerino, Itália: 2008/2009. Originalmente apresentada como tese de conclusão do curso de especialização em direito civil, Università di Camerino, 2008:2009.

_____. *O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor*: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pp. 303- 332.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. 1ª Ed. 2ª tiragem.

_____. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. 1ª Ed.

SOUSA, Mônica Teresa Costa Sousa. **Adam Smith e o liberalismo econômico**: uma defesa. São Luis.

SOUSA, Alice Ribeiro de. **As situações subjetivas existenciais segundo Pietro Perlingieri**: análise crítica. In: *Diritto.it*. 2011. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/32556-as-situacoes-subjetivas-existenciais-segundo-pietro-perlingieri-an-lise-cr-tica?page=2>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2006

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. Pp. 29-44.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do Novo Código Civil**. Estudos na Perspectiva civil-constitucional. 1º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.395-406.

_____. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. In: **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 17, p. 3-10. Jan-mar/2004.