NAYARA LIMA ROCHA DA CRUZ

ABUSIVIDADE EM RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Biblioteca de Referência em Políticas Públicas

CEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

CRUZ, Nayara Lima Rocha da

Abusividade em relações empresariais

163 p.

ISBN: 978-85-7267-182-8

Dissertação apresentada como requisito para aprovação em banca de mestrado em direito, primeiro semestre de 2024, do Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário de Brasília - CEUB.

Linha de Pesquisa: Linha 4 – Políticas Públicas e Desenvolvimento Econômico.

Sumário

1. INTRODUÇÃO 5

2. ABUSIVIDADE NO DIREITO CIVIL 12

2.1. A busca por uma definição jurídica de abusividade no Direito Civil 12
2.2. O estabelecimento de um conceito jurídico indeterminado pela legislação civil. 14
2.3. Logomaquia: uma revisão legal do instituto da abusividade no Direito Civil. 19
2.3.1. O artigo 187 do Código Civil – ato ilícito -como definidor da abusividade. 19
2.3.2. O artigo 421 do Código Civil como limitante da aplicação da abusividade. 26
2.3.3. A abusividade nos contratos de adesão estampada no art. 424 do Código Civil. 29
2.4. A tentativa de identificação da abusividade no Código Civil pela doutrina. 32
2.5. Conclusões acerca da abusividade no Código Civil. 35

3. ABUSIVIDADE NO DIREITO CONCORRENCIAL 38

3.1.**Abusividade na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) 38**
3.2.**Práticas abusivas no direito concorrencial – dominação de mercado 39**
3.2.1 *A Posição dominante como elemento integrador da abusividade 42*
3.2.2. *Análise da posição dominante como elemento da abusividade na jurisprudência do CADE.. 43*
3.2. 3. *A caracterização do poder de mercado para configuração da abusividade. 47*
3.2.4. *A análise do mercado relevante como elemento caracterizador da abusividade 49*
3.2.5. *A necessária distinção do abuso de dependência econômica do abuso de posição dominante. . 51*

3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS 54

4. ABUSIVIDADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR 55

4.1. Fundamentos da Prevenção do Abuso de Direito no direito do consumidor 58
4.1.1 Princípios do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis no combate ao abuso de direito. .. 60
4.1.2 A Vulnerabilidade do Consumidor como fundamento para Abusividade. 63
4.2. **Análise Jurisprudencial da abusividade no direito do consumidor. 67**
4.3 **A impossibilidade de aplicar a abusividade do direito do consumidor a relações empresariais. 75**

5. O ABUSO DE DIREITO NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS. 77

5.1 A Dinâmica das Relações Empresariais e a Possibilidade de Abuso. 78
5.2 Aplicação dos Princípios do Direito Empresarial ao Abuso de Direito. 81
5.3 **Casos Emblemáticos e Análise Jurisprudencial 85**
5.4 **Abuso de Direito nas relações empresariais 91**

6. CONCLUSÃO 97

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 100

1. Introdução

Apesar do Código Civil de 1916 ter previsto o abuso de direito em seu artigo 160, foi com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1990, que o instituto da abusividade teve maior relevância e impacto no nosso ordenamento jurídico, em virtude da definição expressa, ainda que incipiente, dos critérios de sua aplicação quando da caracterização da relação de consumo.

Nessas relações, a massificação e a facilitação do acesso ao fornecimento do produto ou serviço prestado, levaram à padronização das cláusulas contratuais, de modo que nessas contratações, prevalece a vontade da parte que detém o poder econômico. Diante desse cenário, muitas vezes o consumidor se via vítima de abusos por parte de fornecedores.

Assim, com vistas a mitigar tais abusos, o CDC, em seu artigo 51, trouxe uma limitação da liberdade contratual, bem como uma proteção especial ao consumidor com uma carga principiológica, além da literal proibição de cláusulas que ameaçam o "equilíbrio contratual", a "boa-fé" ou a "equidade".

Desse modo, dentro da relação de consumo, a vontade dos contratantes não prevalecerá diante daquilo que o legislador considerou abusivo, com a possibilidade de declaração de nulidade da cláusula ou do contrato inteiro que contrarie tais disposições. Ocorre que, tal proteção se dá em razão do desequilíbrio contratual gerado pera hipossuficiência do consumidor.

Já no campo dos negócios privados empresariais, as partes podem estabelecer limitações voluntárias à sua própria liberdade. Uma das principais funções dos contratos é viabilizar, do ponto de vista jurídico, a autocontenção futura do comportamento dos agentes.[1]

Nesse contexto, nas relações interempresariais, não há que se falar em hipossuficiência das partes. A presunção é de existência de esclarecimento, assim como o conhecimento prévio e recíproco por parte dos contratantes acerca do conteúdo contratual.[2]

---

[1] FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 80

[2] MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para Interpretação dos Contratos por Adesão nas Relações Interempresariais Regidas pelo Código Civil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

No presente trabalho será adotado o mesmo sentido dado pelo Código Civil 2002 à palavra "empresa", que refere-se à atividade desenvolvida pelos indivíduos ou pelas sociedades a fim de promover a produção e a circulação das riquezas, dos bens e serviços.[3]

Para que se possa caracterizar uma relação jurídica como empresarial, faz-se necessário identificar e enquadrar os seus participantes no conceito jurídico de empresário, de modo que há uma preocupação em esclarecer as definições utilizadas.

O termo "empresário" refere-se ao sujeito da relação aqui estudada. Assim, é imprescindível saber com clareza que é esse sujeito e a sua classificação dentro do Direito brasileiro. [4]

O empresário é o sujeito de direito que exerce a empresa, a qual é uma atividade, isto é, um conjunto de atos destinados a uma finalidade comum.[5] Ademais, não basta o exercício de uma atividade econômica para a qualificação de uma pessoa como empresário, é essencial também que este seja o responsável pela organização dos fatores da produção para o bom exercício da atividade.[6]

Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica à relação jurídica de caráter eminentemente empresarial, consoante a inteligência dos seus artigos 2º e 29, pois nela o objetivo da contratante é incrementar a atividade empresarial, não podendo ser enquadrada, nesse aspecto, como destinatária final do produto.[7]

Assim, ao se tratar de contratos empresariais, o presente trabalho considera as relações em que as duas partes são empresários.[8] No entanto, não basta que uma das partes seja empresário. É essencial que ambas as partes se enquadrem dentro dessa ideia e celebrem o contrato no exercício da atividade econômica.[9] Essas relações serão denominadas de interempresariais.

Nas relações interempresariais, a presunção é de existência de esclarecimento, assim como o conhecimento prévio e recíproco por parte dos contratantes acerca do conteúdo

---

3 REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

4 BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

5 ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. Ed. Milano: Giuffrè.

6 TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. 1 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2022, v.1, p.71.

7 PASQUALATTO, Adalberto. **O destinatário final e o "consumidor intermediário"**. Revista Direito do Consumidor. São Paulo n.74, 2010

8 COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p.82.

9 TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. 1 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2022, v.1, p.68.

contratual.[10] Desse modo, ao contrário do que ocorre nas relações consumeristas, presume-se que há equilíbrio entre os contratantes.

Diante desse cenário, os contratos interempresariais são normatizados em geral pela legislação civilista, em que ambos os contratantes visam à obtenção de lucro e da vantagem econômica e são norteados pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Nessa esfera, pressupõe-se que há uma equivalência de poderes entre as partes, vasto conhecimento na área de atuação, com capacidade de avaliar riscos, prejuízos, vantagens e desvantagens que o contrato pode lhes trazer, muitas vezes com acesso a consultorias e uma investigação minuciosa acerca do negócio pretendido com o contrato.

Assim, a proteção conferida pela Lei Consumerista não seria a melhor solução para os litígios interempresariais, tendo em vista a livre aceitação das partes, bem como a aplicação do princípio da vinculação ao contrato, firmado livre e conscientemente, com consequências econômico-financeiras próprias e previamente conhecidas.

Ademais, a mera desigualdade de porte econômico entre as partes não caracteriza hipossuficiência econômica ensejadora do afastamento do dispositivo contratual,[11] de modo que não há elementos para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a essa relação.

No ensejo, também será analisado no presente trabalho o instituto da abusividade sob o espectro do domínio econômico das empresas envolvidas, adentrando o campo do direito concorrencial, de forma a abordar a legitimidade e o abuso do poder econômico, e a discussão de posição dominante do contratante. O capítulo transcorrerá a seara concorrencial, a fim de traçar reflexões acerca dos critérios estabelecidos para a caracterização do abuso, bem como a possibilidade e viabilidade de transposição destes para o Direito Civil.

Entretanto, o estudo terá como foco a lógica da livre-concorrência, devendo prevalecer nesses ajustes, salvo situação excepcional, a autonomia da vontade e o princípio pacta sunt servanda.[12]

---

10 MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para Interpretação dos Contratos por Adesão nas Relações Interempresariais Regidas pelo Código Civil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. **AgRg no AREsp 201.904/MS**, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 30/05/2014.

12 PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11

Registra-se que não é objeto do presente trabalho a análise da aplicação da teoria finalista mitigada formulada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que amplia o conceito de consumidor para alcançar a pessoa jurídica que esteja em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor.[13] Considerar-se-á a aqui a livre estipulação/comutativo entre os contratantes, ou seja, de forma bilateral, sem a preponderância absoluta de um sobre outro.

No caso, questiona-se se é possível aplicar o instituto da abusividade, previsto expressamente nas normas do Código de Defesa do Consumidor (especialmente, o art. 51), a contratos empresariais e interempresariais, de forma a permitir a revisão ou rescisão contratual a partir de fundamentos da respectiva legislação regente, o Código Civil.

Não se pode afirmar que a teoria do "abuso de direito" - entendido este como sendo o exercício de direito reconhecido, fora de seus limites naturais, ou distante de sua finalidade social ou econômica - é novidade implementada pelo art. 187 do Código Civil de 2002.

A teoria do abuso de direito, em verdade, possui antecedente histórico na vedação medieva à prática dos chamados atos emulativos, cujo exercício não oferece ao titular qualquer vantagem econômica, assim como aqueles meramente vocacionados ao prejuízo de terceiros.[14]

Assim, a ideia de abusividade aqui tratada será relativa àquela do abuso de direito que lhe antecede e constante do Código Civil, conforme o texto do artigo 187. Para tanto, há que se ter uma noção da figura do abuso de direito, que já foi inclusive apontada como uma logomaquia por Planiol, o que, entretanto, não retira a importância a aplicabilidade do instituto.

A dificuldade se encontra justamente na fixação do parâmetro de abuso. No âmbito contratual, sabe-se que a opção de contratar e manter-se em um contrato é expressão máxima da autonomia da vontade. Ademais, o Direito Comercial está milenarmente articulado em torno do informalismo e da confiabilidade do ajustado, valendo mais o significado objetivo da conduta dos agentes (resultante da prática habitual do mercado) que o significado literal de palavras ditas ou escritas[15].

---

[13] BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). **Acórdão n.1188548**, 07104893320178070020, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/07/2019, Publicado no DJE: 02/08/2019.

[14] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207/208

[15] ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Revista do Advogado. **Temas atuais sobre Direito Comercial**. Ano XXVIII, março de 2008, n.º 96, p. 51

Ocorre que, as relações empresariais e interempresariais têm o intuito de aquisição de produto ou utilização de serviço para o incremento da atividade empresarial, o que afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, os critérios expressamente previstos no CDC, em seu artigo 51, que caracterizam cláusulas abusivas, não servem de baliza para a declaração destas em contratos essencialmente empresariais.

Diante desse contexto, faz-se necessária a análise acerca da viabilidade de aplicação do instituto da abusividade por parâmetros puramente civis, bem como da possibilidade de definição de critérios para o seu reconhecimento.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por diversas vezes foi provocado a se manifestar acerca do assunto. No entanto, através da análise dos julgados, é possível verificar que o Tribunal optou pelo caminho da exclusão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a consequente fundamentação no princípio da vinculação ao contrato, firmado livre e conscientemente, com consequências econômico-financeiras próprias e previamente conhecidas, sem adentrar no mérito da abusividade.

Em outras palavras, como consequência automática da ausência de relação de consumo, afasta-se aplicação da análise da abusividade das cláusulas contratuais, nos termos do sobredito art. 421 do Código Civil, qual prescreve a intervenção judicial mínima na revisão do contrato na hipótese.[16]

É da jurisprudência da Corte Superior que os negócios celebrados entre sociedades empresárias são caracterizados pelo risco e regulados pela lógica da livre-concorrência devendo prevalecer nesses ajustes, salvo situação excepcional, a autonomia da vontade e o princípio pacta sunt servanda.[17]

No REsp n. º 1.112.796 – PR, o Ministro Luís Felipe Salomão entendeu que, para aquele caso, em que a relação era estritamente comercial, além da teoria do abuso do direito, deveriam ser analisados os ditames da boa-fé e lealdade contratual, bem como outros subprincípios e institutos aplicáveis decorrentes da boa-fé e lealdade contratuais, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio* e a *surrectio*.[18] Nessa mesma ocasião, foi declarado que no caso de superioridade econômica por todos

---

16 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 24/04/2023.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial. **AgRg no AREsp n. 1819498/PR**. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 25 out. 2022.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n. º 1.112.796 – PR**. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe 08 jun. 2010.

conhecida, a liberdade contratual deve ser vista de forma mitigada, reconhecendo a abusividade da cláusula e declarou sua nulidade, por considerar o contrato de adesão.

O argumento foi de que a necessidade de contratação retirou por completo a liberdade da contratante e a notória superioridade econômica da contratada fez com que a igualdade entre as partes seja apenas aparente. Ademais, reconhecendo que a relação jurídica existente entre os litigantes era uma relação de natureza comercial, declarou que como de cursivo conhecimento, sempre foi esculpida não pela formalidade, mas pelos costumes comerciais, pela confiança recíproca e liberdade das formas.[19]

Entretanto, esse não foi o posicionamento da Corte. Com a divergência inaugurada pelo Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, o Relator foi voto vencido, pelo qual a posição estabelecida pela Corte foi de que se trata de uma questão negocial entre as partes, quer dizer, o contrato vige e não há qualquer nulidade na cláusula contratual que permite o rompimento unilateral do vínculo, sem que haja direito à percepção de qualquer indenização pela parte contrária.[20]

Tais discussões levam à percepção da relutância do STJ em aplicar o instituto da abusividade em relações de natureza comerciais, de modo a questionar se é possível reconhecer a existência de cláusulas abusivas em contratos empresariais e interempresariais na aplicação da legislação civil.

Deste modo, a presente pesquisa justifica-se por considerar como principal ponto a viabilidade de aplicação do instituto, bem como da definição de critérios que possibilitariam o reconhecimento de cláusulas abusivas em contratos comerciais, fora do escopo do abuso de poder econômico e do critério de consumidor por equiparação.

A pesquisa se mostra relevante pela ausência de estudos com este objetivo específico de verificar o instituto da abusividade na relação puramente empresarial no Brasil, além do que, representa uma nova visão da temática, pois até o presente momento as pesquisas giram em torno da análise da relação consumerista, não tendo um foco especial nas questões puramente empresariais.

Diante de todos os pontos apresentados, o presente projeto justifica-se pela necessidade de um estudo aprofundado da temática, influenciando no fomento

---

19 ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Revista do Advogado. Temas atuais sobre Direito Comercial. Ano XXVIII, março de 2008, n.º 96, p. 51.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n. º 1.112.796 – PR**. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe 08 jun. 2010. Voto vista. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8949681&num_registro=200700017950&data=20101119&tipo=3&formato=PDF. Acesso em 03/01/2024.

dos estudos envolvendo a questão da abusividade em contratos empresariais e interempresariais.

2. Abusividade no direito civil

2.1. A busca por uma definição jurídica de abusividade no Direito Civil

A ideia da abusividade tem relação direta com a doutrina do abuso do direito. A constatação de que o titular de um direito subjetivo pode abusar do seu exercício acabou por levar o legislador a tipificar certas ações como abusivas.

Entretanto, o nosso Código não tentou definir a abusividade através de um enunciado abrangente. Ao contrário. Elaborou uma lista e estabeleceu duas cláusulas gerais para identificar as situações abusivas: a cláusula geral da lesão e a cláusula geral da boa-fé.[21]

Ocorre que, a cláusula geral é uma norma jurídica que serve para avaliar a conduta, mas não define essa conduta. Desse modo, mostra-se imperiosa a remissão ao surgimento do instituto na busca de uma possível consolidação de seu conceito.

Desde o antigo Código Civil, em que foi estabelecido um arcabouço legal, a jurisprudência e a doutrina mais sensíveis aos fenômenos contemporâneos se depararam com a questão das cláusulas que conduziam ao desequilíbrio contratual em decorrência da predominância de uma das partes sobre a outra e buscaram vias legais para restringi-las.[22]

Na época medieval, o abuso do direito estava atrelado à proibição dos atos emulativos, nos quais o exercício do direito subjetivo era praticado com intenção clara de prejudicar alguém. Daí a origem da doutrina que defende a existência da forma abusiva do exercício se, e somente se, for comprovada a intenção do dano.[23]

No Direito Francês, que inspirou fortemente o Código Civil Brasileiro, a concepção do instituto se deu de uma forma mais individualista, sendo uma máxima a assertiva de que *"não é permitido a qualquer pessoa fazer em sua propriedade o que não lhe tem*

---

21 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil:** teoria geral dos contratos, v. III. 4° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

22 LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.46.

23 CARPENA, Helena. **Abuso de direito à luz do novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo. Coord. **A Parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, 2º, Rio de Janeiro: Renovar, 2003

serventia e prejudica o outro".[24] Mas, na realidade, foi na jurisprudência francesa que a expressão abuso de direito ganhou relevância, trazendo uma reformulação do conceito e do absolutismo dos direitos subjetivos.[25]

A partir do processo de urbanização e industrialização, os tribunais franceses passaram a se ocupar não só de situações em que o direito era exercido com o manifesto propósito de prejudicar, sem utilidade própria, como também das hipóteses de exercício antissocial do direito previsto em lei. Tanto a vertente subjetivista, caudatária da teoria da *aemulatio*, desenvolvida no direito romano e no direito medieval, como a vertente objetivista, inspirada nas concepções de solidariedade social, vigentes no século XIX,[26] buscam no artigo 1382 do Código Civil francês o seu fundamento legal.[27]

A ideia foi desenvolvida para prevenir o exercício arbitrário do direito do indivíduo em respeito pela proteção dos interesses de comunhão social.[28] A doutrina costuma referir-se a condutas que, consideradas em si mesmas, são lícitas, mas que, do ponto de vista da intenção e finalidade, mostram-se abusivas. Aqui, o espírito de emulação transparece claramente no resultado da conduta: se o titular do direito causa prejuízo a outrem, sem nenhuma utilidade, configurado está o exercício doloso.

Para os irmãos Mazeaud, a questão do conceito de abuso de direito só deve ser resolvida com o uso da noção de culpa, porque quem usa um direito com o objetivo de lesar outra pessoa o faz violando a lei.[29]

Josserand entendeu que o exercício de um direito não é incompatível com a noção de culpa. É fundamental sublinhar que o conceito de culpa para este fim deve ser interpretado como o de culpa social, ou seja, a divergência com o objetivo da lei. Segundo este autor, a ideia de conduta ilícita e a doutrina do abuso de direito devem ser conceitos completamente distintos.[30]

---

[24] JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits e de leur relativité:** théorie dite de l'abus des droits. Librairie Dalloz, Paris, 1927. P. 71 e ss.

[25] LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Anotações sobre o abuso de direito**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 667, p. 44-50, maio. 1991

[26] CHARMONT. **L`abus du droit**. *Revue trimestrielle de droit civil*, t. 1º, p. 121.

[27] Diz o artigo 1382 do Código Civil francês: "qualquer ato do homem que cause prejuízo a outrem obriga aquele que tenha concorrido com culpa a repará-lo".

[28] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

[29] MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, Leon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile: délictuelle et contractelle, vol.1, 1934. P.547 e ss.**

[30] JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits e de leur relativité:** théorie dite de l'abus des droits. Librairie Dalloz, Paris, 1927. P.332-336.

Já Planiol afirmava que a expressão *"abuso do direito"* trata-se de uma logomaquia, já que se houver abuso, não há que se falar em direito. Em outras palavras, um ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito. Muito embora admitisse as consequências do abuso do direito, não reconhecia a existência de uma doutrina autônoma, requerendo para tanto o critério da intenção de lesar, a culpa intencional.[31]

No entanto, a posição do referido autor mostra-se extremamente positivista e nega a existência de limites supralegais ao exercício do direito, não sendo essa a adotada pelo nosso Código Civil.

Não obstante, a noção de abuso de direito sofreu contornos rígidos em decorrência da influência do Código Civil francês, conferindo à interpretação da lei a capacidade de determinar se houve ou não uso abusivo de um direito subjetivo. O Código Civil brasileiro inclui, no entanto, cláusulas gerais e sua implementação está, por definição, sujeita à devida adequação social, cronológica e até subjetiva.

2.2. O estabelecimento de um conceito jurídico indeterminado pela legislação civil.

Influenciada pela codificação Civil francesa, a doutrina do abuso de direito recebeu contornos restritivos, dando ao intérprete da lei a possibilidade de identificar a ocorrência ou não do exercício abusivo de um direito subjetivo.[32] Entretanto, apesar das diversas referências à doutrina do abuso de direito, pelas mais diversas legislações, certo é que não se tem uma definição jurídica para o instituto.

Tal fato se torna mais evidente com a análise de algumas regras do Código Civil brasileiro. Por exemplo, no artigo 424: "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". Note-se que, a fim de identificar a cláusula abusiva, o juiz deve verificar quais os direitos e obrigações são inerentes àquele contrato.[33] De modo semelhante, o artigo 1.008 do mesmo dispositivo, dispõe acerca da cláusula leonina: "É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas".

---

31 PLANIOL, MARCEL ET GEORGE RIPERT. **Traité Pratique de Droits Civil Français**, 2 Édition, Tome VI, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, Paris, 1952, p. 802 e ss.

32 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: **As Obrigações e os Contratos**. São Paulo: RT 775/23, maio 2000.

33 NORONHA, Fernando. **Direito do consumidor**: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor. (MIMEO), Florianópolis: UFSC, 2002.

O mesmo se aplica para o art. 122, 2ª parte, do Código de 2002, relativa às "condições potestativas".

Ora, essas são normas poderiam ser reunidas num mesmo pano de fundo teleológico, pois todas se colocam contra as cláusulas abusivas nos contratos. Entretanto, considerando-as isoladamente, não é possível obter uma definição de abusividade, nem tampouco dizer que há um regime de nulidades para as cláusulas abusivas nos contratos puramente civis.

Desse modo, é possível concluir que no Código Civil de 2002 falta uma disposição ou mais que regule especialmente a matéria ou os casos de cláusulas abusivas em geral. Em suma, nas regras do Direito Civil e Empresarial pode-se afirmar que não há consequências jurídicas para todas as cláusulas abusivas no âmbito das relações contratuais civis e empresariais.

Assim, quando se visa invalidar cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais, busca-se a construção de uma regra a partir da aplicação dos princípios do Direito dos Contratos: autonomia privada, boa-fé e justiça (ou equilíbrio) contratual. No entanto, a indeterminação conceitual da legislação pátria atribui ao aplicador identificar, de caso a caso, a ocorrência do abuso.

Ora, a própria expressão "abuso de direito" já é algo que traz dubiedade à sua aplicação. Se uma ação é penalizada por lei, então logicamente a ação não é o exercício de um direito. No entanto, o termo tornou-se comum e tomou em um significado que pode ser definido. Quando um direito geralmente considerado absoluto, ou sujeito a limitações definidas, é usado de forma desigual dentro dessas limitações, o uso é um erro.

Em geral, três tipos de ações abusivas são condenados pela doutrina: quando (1) o motivo predominante da ação é causar dano;[34] (2) o exercício é totalmente desarrazoado por falta de qualquer interesse legítimo no exercício do direito e seu exercício prejudica outrem;[35] e (3) o direito é exercido para uma finalidade diferente daquela para a qual existe.[36]

A teoria quanto ao motivo predominante da ação ser o dano surgiu nos tribunais franceses em meados do século XIX, quando a jurisprudência francesa reconhecia, por exemplo, a responsabilidade do proprietário ribeirinho que, desviando as águas,

---

[34] Sobre o pensamento de Saleilles, autor citado por AMERICANO, Jorge. ***Do abuso do direito no exercício da demanda***, 1932, p. 24.

[35] IHERING, Rudolf Von. **O espírito do Direito Romano**. Tradução de Rafael Benaion, Vol. III, Alba Editoram Rio de Janeiro, 1943, p.219.

[36] JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité**: théorie dite de l'abus des droits. Librarie Dalloz, Paris, 1927, p.332/336.

ocasionava a paralisação de uma usina, a fim de recuperar a sua.[37] Também foram representativos os casos julgados pelos Tribunais franceses, notadamente pelas Cortes de Colmar e de Compaña, respectivamente de 1855 e 1913.[38]

O julgado da Corte de Colmar referia-se a uma falsa chaminé de grande porte, construída pelo proprietário de uma casa com o intuito único de fazer sombra no imóvel do vizinho.[39] A Corte de Colmar, por sua vez, ordenou a demolição de uma falsa chaminé, construída com o único objetivo de retirar a iluminação natural do prédio vizinho. E assim decidiu sob fundamento de que a construção fora feita somente para satisfazer sentimento de rancor, e não interesse de ordem econômica ou moral.[40]

No caso de Compaña, mais conhecido como caso Clement-Bayard, é um dos casos mais paradigmáticos na experiência francesa de construção da doutrina do abuso do direito. Whereupon Coquerel, um proprietário rural, tentando pressionar o vizinho a comprar seu terreno por elevado preço, ergueu cercas de madeira com aproximadamente dez metros de altura, com construção de metal pontiaguda de dois a três metros em seu topo.[41] Clément-Bayard, que detinha um hangar de dirigíveis no terreno contíguo, após ter um de seus veículos aéreos danificado pela cerca, propôs ação buscando a remoção da construção e indenização pelos danos sofridos.

A Corte de Cassação francesa, expressamente adotando a teoria do abuso do direito, decidiu:

> Considerando que consta do julgado contestado que Coquerel ergueu em sua terra, contígua à de Clément-Bayard, estrutura de madeira de 10 metros de altura sobre a qual pontas de metal foram colocadas; que a estrutura não serve a nenhum propósito de exploração da terra de Coquerel e que não foi construída senão com o único objetivo de causar perturbação a ClémentBayard, ...

---

37 ROGRON, J. R. **Les codes français expliqués**, p. 463; MARTINS, Pedro Baptista Martins. O abuso do direito e o ato ilícito, p. 35.

38 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. C. **Abuso de direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, **Álvaro** de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/478/edicao-1/abuso-de-direito

39 JOSSERAND. **Les mobiles dans lês actes juridiques du droit privé**, p. 24; AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, p. 199.

40 SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **Abuso do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, **Álvaro** de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, **Álvaro** de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em: 30 nov. 2023.

41 FARIAS, Talden; AQUINO, Vinícius Salomão de. **A Elevação Injustificada de Preços como Prática Abusiva:** Fundamentação e Critérios para Sua Identificação. R. Jur. FA7, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 13-25, Jul./Dez. 2018.

> que, dadas essas circunstâncias factuais, pode-se julgar que Coquerel abusou de seu direito, e, de um lado, ordena-se que ele pague compensação pelo dano causado ao dirigível de Clément-Bayard, e de outro, ordena-se a remoção das pontas de ferro das estruturas de metal (AKKERMANS, 2012, p. 220 – tradução livre).[42]

A reiteração destes entendimentos dos Tribunais franceses levou Saleilles a propugnar pela incorporação ao Código Civil francês de um artigo que declarasse a ilicitude do ato, praticado com fundamento em um direito subjetivo, mas cujo efeito único seria causar um dano sem interesse legítimo e apreciável para quem o praticou.[43]

Essa seria o primeiro tipo de conduta de abuso de direito condenado pela doutrina.

O segundo tipo, que diz respeito ao exercício totalmente desarrazoado do direito por falta de qualquer interesse legítimo em seu exercício e seu exercício prejudica outrem, foi proposto e defendido por Rudolf Von Ihering.[44] Segundo Ihering, o sujeito do direito é aquele a quem se destina à utilidade do direito e a missão do direito não seria outra do que garantir essa utilidade.[45] A utilidade, portanto, é o centro principal de um direito.

Pode-se dizer, portanto, que há abuso de direito sempre que este é exercido sem interesse ou utilidade para o agente e, portanto, exercido de forma ilegítima.

Por fim, temos a terceira teoria, defendida por Josserand, segundo o qual o direito é exercido para uma finalidade diferente daquela para a qual existe.[46] Essa teoria ficou conhecida como teoria finalista, e inclinou-se a relacionar a ocorrência do abuso do direito com a falta de interesse econômico ou com a ausência de uma finalidade social.[47]

---

42 No original: *"Considering, that it follows from the contested jugdment that Coquerel has placed on his land, adjoining that of Clément-Bayard, a wooden framework of 10 metres in height on which iron spikes are placed; that this structure did not serve any purpose for the exploitation of the land of Coquerel and that it had not been constructed but for the sole objective of causing a nuisance to Clément-Bayard, ... that, given such factual circumstances, it could be held in the judgment that Coquerel had abused his right, and, on the one hand, to order him to pay compensation for the damage caused to an airship of Clément-Bayard, on the other hand, to order the removal of the iron spikes from the wooden framework".*

43 BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. **El abuso del derecho**, p. 31. No original: "Precisamente Saleilles propuso la incorporación al Código Civil francés de un artículo que dijera: 'Todo acto cuyo efecto sea causar un daño sin interés legítimo y apreciable para el que lo ejecuta, nunca puede ser el legítimo ejercicio de un derecho'".

44 IHERING, Rudolf Von. **O espírito do Direito Romano**. Tradução de Rafael Benaion, Vol. III, Alba Editoram Rio de Janeiro, 1943

45 GÓES, Maria Claudia Chaves de Faria. **Breves considerações acerca da doutrina do abuso do direito**. Universidade Clássica de Lisboa, Portugal.

46 JOSSERAND. **Les mobiles dans** lês **actes juridiques du droit privé**, p. 24; AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, p. 199.

47 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. C. **Abuso de direito.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universi-

Baseado na análise da jurisprudência francesa, o autor abstraiu critérios diversos, os quais, em conjunto, seriam capazes de identificar a ocorrência do abuso do direito. Nesse sentido, foram destacados o critério intencional, radicado na intenção de prejudicar; o critério técnico, fundado no exercício incorreto de um direito; o critério econômico, assente na utilização dos direitos para satisfazer interesses ilegítimos; e o mais importante deles, o critério funcional, finalista ou social.[48] Entretanto, o autor não define o que são interesses legítimos, apenas indica quais seriam alguns dos motivos ilegítimos, tais como, o concerto ou conluio fraudulento, a fraude à lei, o dolo, a intenção de prejudicar, a má-fé e os motivos simplesmente faltosos, como o erro de óptica, a negligência, a imperícia e a falta técnica.[49]

Apesar das diversas teorias e tentativa de definição para a expressão abuso de direito, nota-se que em nenhuma delas é possível chegar a uma concepção o objetiva do instituto, o que, segundo Planiol seria uma verdadeira logomaquia.[50]

O que se verifica, em verdade, é que a aplicação do instituto requer uma análise extremamente complexa e fortemente subjetiva que inibe, na prática, a adoção destas teses como instrumentos plenos à identificação do abuso do direito, embora auxiliem significativamente na busca por um critério mais objetivo e completo.[51]

O art. 187 do Código Civil brasileiro, o qual preconiza o instituto do abuso do direito, é um exemplo de norma semanticamente aberta, que permite e impõe aos julgadores uma pesquisa de soluções dentro do próprio sistema, no intuito de criar o regramento aplicável ao caso concreto. Vale dizer, ao magistrado caberá identificar qual o comportamento que, no caso concreto configuraria um ato abusivo. Mas como identificar a ocorrência de algo sem critérios legais pré-definidos para o seu enquadramento?

---

dade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/478/edicao-1/abuso-de-direito

48 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**, p. 16.

49 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**, p. 17 e 19.

50 Planiol dizia que o uso abusivo dos direitos é uma logomaquia, pois se uso do meu direito o meu ato é lícito; e quando excedo o meu direito, agi sem direito, ou seja, pratiquei um ilícito. Assim, no seu entender, não poderia haver uso abusivo de um direito pela razão irrefutável de não poder o mesmo ato ser ao mesmo tempo conforme ao direito e contrário ao direito. AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*, pp. 2-3.

51 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. C. **Abuso de direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/478/edicao-1/abuso-de-direito

2.3. Logomaquia: uma revisão legal do instituto da abusividade no Direito Civil.

Em regra, os negócios jurídicos regem-se pelo princípio da liberdade contratual, o que não significa que todas as disposições constantes de um contrato sejam lícitas, especialmente se o consumidor for uma das partes na relação contratual.

Por outro lado, em relações puramente comerciais, o referido princípio parece ser mais abrangente. A maioria dos Tribunais não se envolve em transações "*business-to-business"* se o mercado relevante não for afetado.

É possível encontrar algumas disposições que tratam do abuso de dependência econômica, também denominado como abuso de posição de negociação superior. Essas jurisprudências lidam com tais práticas de acordo com as regras de abuso de posição dominante «tradicionais», seguindo uma análise pura da lei de concorrência. No entanto, essa análise será feita no próximo capítulo.

Assim, parte-se dos instrumentos jurídicos do direito contratual e civil, na tentativa de caracterizar os possíveis abusos que podem surgir entre partes que têm poderes econômicos, em tese, simétricos.

2.3.1. O artigo 187 do Código Civil – ato ilícito -como definidor da abusividade.

O art. 187 do Código Civil consagra a teoria do abuso de direito como ato ilícito, também conhecida por teoria dos atos emulativos, que considera o exercício desproporcional de um direito inicialmente lícito em conduta passível de causar reparação. Ressalte-se que, para o nosso Código, não é preciso provar a intenção do titular do direito em prejudicar outrem. O elemento subjetivo não foi acatado no art. 187, confira-se:

> "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."

Quanto ao tema, elucida a doutrina:

> "Ao lado do primeiro conceito de antijuridicidade, o art. 187 do CC traz uma nova dimensão de ilícito, consagrando a teoria do abuso de direito como ato ilícito, também conhecida por teoria dos atos emulativos. Amplia-se a noção de ato ilícito, para considerar como precursor da responsabilidade civil aquele ato praticado em

> exercício irregular de direitos, ou seja, o ato é originariamente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.(...) O abuso de direito também interage com o princípio da eticidade, eis que o atual Código Civil prevê as consequências do ato ilícito para a pessoa que age em desrespeito à boa-fé, aqui prevista a boa-fé de natureza objetiva, relacionada com a conduta leal, proba e integradora das relações negociais. O art. 187 do CC/2002 consagra a função de controle exercida pela boa-fé objetiva, fazendo com que o abuso de direito esteja presente na esfera contratual, ou seja, da autonomia privada. "[52]

No que concerne à aplicabilidade e alcance do art. 187 do CC, as Jornadas de Direito Civil ratificam a ausência dessa necessidade de comprovar a intenção de causar dano.

Por exemplo, o Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil afirma que "a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico". No mesmo sentido, o Enunciado 539 da VI Jornada de Direito Civil declara que "o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano."

Desse modo, conclui-se que o excesso é aferível de modo objetivo, independentemente de dolo ou culpa.

Não obstante, o referido dispositivo legal aqui analisado, traz também o conceito de bons costumes para análise da ocorrência do abuso de direito.

Sabe-se que o costume é, historicamente, a mais antiga das fontes do direito. Seus elementos constitutivos são a prática por longo tempo, de forma constante e geral, aplicada a todos os casos compreendidos em determinada espécie (elemento externo), bem como a convicção de que ele é obrigatório; de que "constitui uma regra ou preceito correspondente a uma necessidade jurídica" (elemento interno ou psicológico).[53]

Ocorre que, a noção de bons costumes também implica em certa inconcreção ou indeterminação.

---

[52] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único -11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; Método - 2021, pág. 793/794.

[53] LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. C. **Abuso de direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/478/edicao-1/abuso-de-direito

Com um agravante, como bem salienta Jorge Manuel Coutinho de Abreu: "sua inconcreção ou indeterminação é ainda maior do que a constatada ao nível da boa-fé". Nesse passo, prossegue o professor, se se pode afirmar "que um comportamento ofensivo dos bons costumes é sempre contrário ao princípio da boa-fé, só, no entanto, uma violação grosseira da boa-fé ofenderá os bons costumes".[54] Sendo assim, é evidente que a expressão pouco contribui, na verdade, torna mais abstrata a conceituação do instituto.

Por fim, em relação ao "fim econômico ou social", quando se avalia o "fim" ou a "função" de algo, tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, isto é, de vincular um e outra a certos objetivos.[55] Busca-se, em verdade, afirmar que esse objetivo deve ultrapassar o interesse do titular do direito, para revelar-se como de interesse coletivo. Contudo, trata-se de mais uma vinculação do instituto à subjetividade humana.

Portanto, o que se verifica da análise do artigo que introduziu o instituto ao ordenamento Pátrio, é que, o abuso de direito é exclusivamente um fenômeno social,[56] decorrente das transformações ocorridas que fizeram com que um ato, que antes era permitido por lei, fosse condenado pela consciência jurídica, sem ter, entretanto, um lugar no sistema dogmático do direito positivo. Aqui, o "abuso do direito" seria apenas uma valoração ética da sociedade em transformação, que se rebela contra o uso de um direito que, apesar de garantido pelo ordenamento jurídico, contrasta com a nova consciência jurídica do povo.[57]

Antes de Rotondi, em 1899, com outros fundamentos, Planiol,[58] em seu *Traité*, insurgiu-se contra a doutrina do abuso do direito, considerando ser a fórmula "abuso do direito" uma "logomaquia".[59] É, diz Planiol, "preciso não nos deixarmos enganar pelas palavras: o direito cessa onde o abuso começa, de forma que não pode haver uso abusivo de um direito pela razão irrefutável de não poder ser, ao mesmo tempo, um mesmo ato conforme ao direito e contrário ao direito".

---

54 ABREU, José Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**, p. 65.

55 COMPARATO. Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 63, pp. 71-79, 1986.

56 ROTONDI, «**L'abuso del diritto**» (Rh1ista di Dlritto Civile, 1923, págs. 105-128, 209-352 e 417-457).

57 PERES, Tatiana Bonatti. Abuso do Direito. Revista de Direito Privado, v. 43/2010, p. 9 – 71, jul./set. 2010

58 PLANIOL, **Traité élémentaire de droit civil**, Paris, dixieme ed., vol. II, 1926, n. 871, pág. 298.

59 "Logomaquia" designa: "Discussão a respeito da origem ou da significação de uma palavra"; "Confusão de palavras num discurso ou numa argumentação; palavreado inútil"; "Discussão a respeito de coisas insignificantes" (Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/logomaquia/. Acesso: 23 dez. 2023).

Na mesma época, na Itália, Ferrini fez a mesma crítica à doutrina do abuso do direito. Em 1910, Coviello a repete, considerando estar a anormalidade do uso do direito "sempre dentro dos limites do direito, tal como está reconhecido pela lei".[60]

Já para Josserand,[61] que refuta a tese da logomaquia, nenhuma contradição existiria em considerar um ato conforme e contrário ao direito ao mesmo tempo, uma vez que o vocábulo "direito" tem duas acepções distintas, podendo designar tanto direito subjetivo quanto juridicidade (direito objetivo).[62] Assim é que o "ato abusivo seria aquele ligado a um direito subjetivo cujos limites internos foram respeitados, mas que se mostra contrário ao direito enquanto conjunto de regras".[63]

Em verdade, a conclusão é de que o instituto foi a solução encontrada pela doutrina e jurisprudência para impedir atos condenados pela consciência jurídica, pela justiça e pelo novo direito, permitidos pela letra de códigos individualistas, que vinha m resistindo aos novos tempos, sem serem adaptados às novas tendências coletivistas do Direito pós Primeira-Guerra.[64]

O resultado disso é que toda definição legal, além de se mostrar incompleta com o tempo, torna rígido o direito em matéria em que deveria ser flexível. Tal afirmação pode ser representada pela transposição do instituto para o Código do Consumido, como veremos em capítulo específico.

Assim, diante dessa vaguidade encontrada no instituto criado, diversas foram as tentativas legais e doutrinárias para suprir tal lacuna, e ainda, para dedução dos seus traços característicos, como a comparação do abuso de direito com o instituto do ato ilícito, trazido no Código Civil.

Parte da doutrina reluta em classificar o abuso do direito como uma das espécies de ato ilícito. Sílvio de Salvo Venosa, na confessada esteira de Limongi França,[65] preconiza que não se deve colocar o abuso do direito na categoria dos atos ilícitos.

---

60 COVIELLO, **Manuale di diritto civile italiano**, Milano, 1915, 2.ª ed., § 153, pág. 492. Na pág. 493, na nota 1, escreve COVIELLO: «ir: bene pero notare che in iure condendo sarebbe utile porre all'esercizio de diritti que limiti che sono reclamati dall'esigenze della convivenza sociale».

61 CALCINI, Fábio Pallaretti. **O Abuso do Direito e o Novo Código Civil**. Revista dos Tribunais, vol. 830/2004, p. 27 – 45, dez. 2004.

62 MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: ilicitude objetiva no Direito Privado brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 842/2005, p. 13 – 44, dez. 2005.

63 JOSSERAND, **Cours de Droit Civil Positif Français**, v. II, p. 231, nº 436 apud DANTAS JR., 2006, p. 278-279. DANTAS JR., Aldemiro Rezende. **A Teoria dos Atos Próprios: Elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados**. Tese de Doutorado – PUCSP. São Paulo, 2006.

64 GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Estudios en honor dei Dr. Luis Recasens Siches**, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas, da Faculdad de Derecho da Universidad Nacional Autónoma de México, p.52.

65 LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Responsabilidade civil e abuso de direito**. São Paulo: Revista do Advogado, 1985, p. 42.

Para ele, o instituto encontra-se a meio caminho, ou seja, "consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito".[66]

De fato, as cláusulas abusivas devem ser distinguidas das cláusulas ilícitas. Se considerarmos a ilicitude como qualquer ato humano que ofenda uma norma, então todas as cláusulas abusivas serão ilícitas. Entretanto, existem cláusulas ilícitas que não possuem caráter de abuso, como por exemplo aquelas que possuem objeto ilícito que ofendem normas para além do contrato.[67] No mesmo sentido, mesmo sendo lícitas, caso provoquem desequilíbrio no contrato e vantagem para apenas um contratante, serão abusivas.

Por isso, melhor será considerar as cláusulas abusivas como distintas das cláusulas ilícitas em sentido estrito.[68]

Entre os defensores do entendimento que o abuso de direito se trata de categoria autônoma, Nery Júnior e Nery declaram que o abuso de direito:

> "É categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística, e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). Diferentemente do ato ilícito, que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo". [69]

Desse modo, em que pese o Código Civil tenha consagrado expressamente a definição de abuso de direito no título que trata dos atos ilícitos, os institutos devem ser diferenciados, de modo a abranger a real intenção do abuso de direito.

Ademais, tendo o Código colocado a doutrina do abuso do direito na mesma categoria do ato ilícito, reforça que não se pode acolher a doutrina de Salleilles que coloca como requisito essencial do abuso a intenção de prejudicar, já que o próprio Código admite a negligência, imprudência ou imperícia como causa do abuso. Para o autor, o abuso era ato ilícito no uso anormal ou irregular do direito subjetivo.[70]

---

66 VENOSA, Sílvio de Salvo, **Abuso de direito**, Curitiba: Juruá, 2005. pp. 252-257.

67 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Artigo 166: É nulo o negócio jurídico quando: (...), II- for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (...) VI- tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII- a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

68 NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988, p. 318-319. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.129-130.

69 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante:** atualizado até 2 de Maio de 2003/ 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 256.

70 LOPEZ, Teresa Ancona. **Exercício do Direito e suas Limitações: abuso do direito**. Revista dos Tribunais,

Ora, pensar o abuso de direito como ato ilícito implica em excluir de sua caracterização um direito exercido sem interesse, sem utilidade para seu agente, ilegítimo. Portanto, deve haver uma diferenciação entre os extremos ato ilícito e exercício abusivo do direito.[71] Tanto é assim que o mesmo comportamento pode ser tolerado ou não, a depender da situação, como por exemplo o direito de propriedade, em que seu exercício pode ser tolerado ou não, conforme a casa esteja em lugar ermo ou afastado dos outros.[72]

Nesse contexto, a doutrina de Ihering parece ser a mais apropriada, segundo a qual o sujeito de direito é aquele a quem se destina a utilidade do direito e a missão do direito não seria outra senão garantir essa utilidade.[73] A utilidade, portanto, seria o centro principal de um direito para análise do instituto.

Se o agente age dentro dos limites objetivos da lei, mas o exercício do direito é desprovido de interesse, caracterizado está o abuso. Assim, não se mostra apropriada a definição do instituto do abuso de direito no título dos atos ilícitos.[74] Mais adequado seria classificá-lo como atos ilegítimos, tendo em vista que o ponto nevrálgico da questão é o interesse e utilidade do exercício do direito discutido.

Dessa análise, verifica-se que, na verdade, a questão da definição de abuso de direito é meramente um problema hermenêutico. A disputa quanto à definição de um ato como legítimo exercício de um direito ou como abusivo vai se concentrar na precisa determinação dos aspectos concretos do comportamento que são relevantes para o ordenamento jurídico.

Assim, retornando para o art. 187 do Código Civil, este impõe três limites à extensão dos direitos subjetivos: a boa-fé, os bons costumes e sua finalidade econômica ou social.[75]

Por conseguinte, para a caracterização do ato abusivo, segundo o Código Civil, quatro são os elementos exigidos pelo artigo 187: (a) exercício de um direito reconhecido; (b)

---

vol. 885/2009, p. 49 – 68, jul. 2009.

71 PEREIRA, Caio Mário da SILVA. **Instituições de Direito Civil**, Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 468.

72 PEREIRA, Caio Mário da SILVA. **Instituições de Direito Civil**, Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 468.

73 IHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**, Tradução de Rafael Benaion, Vol. III, Alba Editora, Rio de Janeiro, 1943, p.219.

74 ALVIM, Arruda. **Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 20, p. 25-70, out./dez.1996.

75 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002, Art.187.

excesso nos limites impostos pelo seu fim econômico ou social; (c) desrespeito à boa-fé objetiva; (d) violação dos bons costumes.[76]

Quanto ao primeiro elemento, exercício de um direito reconhecido, este baseia-se no princípio da autonomia privada, que é um dos pilares do direito civil. O fundamento aqui é que todos têm o direito de realizar ações que a lei não proíbe.[77]

Quanto ao segundo elemento, excesso nos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, esse diz respeito ao princípio da função social do direito (art. 5º, XXIII, da CF/88 e art. 421 do Código Civil), que sustenta que o exercício dos direitos privados deve atender a uma função social, ou seja, deve estar alinhado ao bem-estar coletivo e ao desenvolvimento econômico e social. Quando o exercício de um direito vai além desses limites, pode ser considerado abusivo.[78]

Quanto ao terceiro elemento, desrespeito à boa-fé, refere-se ao princípio geral do direito, previsto no artigo 422 do Código Civil Brasileiro, que exige que as partes de uma relação jurídica ajam com honestidade, lealdade e confiança mútua. A doutrina e a jurisprudência interpretam esse princípio não apenas como uma regra de conduta, mas também como um limite ao exercício dos direitos subjetivos.[79]

Por fim, o elemento violação dos bons costumes está relacionado com a moral social vigente e é mencionado em diversas legislações, como no Código Civil (art. 187) e na Constituição Federal (art. 5º, inciso X). Os bons costumes funcionam como um limite ao exercício arbitrário dos direitos individuais, impedindo que esses direitos sejam exercidos de maneira a ofender a moralidade aceita socialmente.[80]

Esses elementos são fundamentais para a caracterização do abuso de direito e são aplicados pelos tribunais na análise dos casos concretos.[81] Eles funcionam como um mecanismo de balanceamento entre a liberdade individual e os interesses coletivos, assegurando que o exercício dos direitos individuais não cause danos injustificados a terceiros ou à sociedade como um todo. [82]

---

76 GUERRA, Alexandre. **Responsabilidade civil por abuso do direito:** entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos. São Paulo: Saraiva, 2011.

77 MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 2.

78 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 734.

79 LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 499

80 TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70-71

81 CACHAPUZ, Maria Cláudia. **A ilicitude e as fontes obrigacionais**: análise do artigo 187 do novo Código Civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 838, ago. 2005.

82 BOULOS, Daniel M. **Abuso do direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

Desse modo, para a configuração do ato abusivo, devem ser identificados esses quatro elementos. Importante perceber que o dano não se encontra no conceito do ilícito abusivo, embora possa dele decorrer, eventualmente.

Em suma, é a cláusula do art. 187 importante fator de limitação dos direitos subjetivos, podendo ser tido como "eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico lícito"[83], os quais os demais dispositivos funcionam como soluções típicas decorrentes das violações, como veremos a seguir.

2.3.2. O artigo 421 do Código Civil como limitante da aplicação da abusividade.

Quando da análise de eventual abusividade de cláusula contratual pelo Judiciário, frequentemente os magistrados invocam os artigos 421 e 422, do Código Civil para justificar as suas decisões.[84]

A função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.[85]

Com efeito, o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.

O fundamento majoritariamente utilizado é de que o contrato faz lei entre as partes, as quais se submeterão ao que for pactuado (pacta sunt servanda, força obrigatória dos contratos).[86]

Ora, o ato de celebrar o contrato envolve a autonomia da vontade, ou seja, a liberdade de contratar. Assim, as partes podem escolher livremente se desejam ou não celebrar determinado negócio jurídico com suas respectivas cláusulas. Apenas em casos excepcionais restará justificada a intervenção do poder judiciário para resolver eventual desequilíbrio nas relações contratuais civis, principalmente diante da presunção

---

83 MARTINS-COSTA, Judith. **Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé.** Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro). Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008, p.88.

84 LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado:** parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

85 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005.

86 ALVIM, Arruda. **Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. RT, n. 20, Pág. 25-70, out.-dez. 1996.

de paridade e simetria dessas avenças (arts. 421, parágrafo único, e 421-A, caput, do Código Civil, incluídos pela Lei nº 13.874/2019 - MP da Liberdade Econômica).[87]

Desse modo, quando a avença pactuada entre as partes se trata de contrato civil, são válidas as estipulações estipuladas, como por exemplo, a de rescisão por quaisquer das partes mesmo sem a necessidade de prévia notificação, em respeito à autonomia da vontade e da liberdade de contratar previstas no artigo 421, caput e parágrafo único, do CC/02:

> "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
>
> Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual."

Assim, o artigo 421 do CC/02, de fato, estabelece que a função social representa um limite ao conteúdo do contrato, que deve atender aos interesses da pessoa humana. Esse é o teor que se extrai do Enunciado nº 23 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

> "A função social do contrato, prevista no art. 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".[88]

Entretanto, é possível perceber que a própria jurisprudência das instâncias superiores menciona distintamente a categoria dos contratos civis e a dos empresariais no art. 421-A, pois já reconhecia a sua distinção e importância de longa data:

> "(...) contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos

---

87 BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1620126**, 07300543520208070001, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 28/9/2022, publicado no DJE: 4/10/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.

88 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 23 do CJF/STJ**, I Jornada de Direito Civil.

> sejam essencialmente iguais". (STJ, REsp 936.741/GO, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012).[89]
>
> "(...) efetivamente, no Direito Empresarial, regido por princípios peculiares, como a livre iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa, a presença do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado. Com efeito, o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia63". (STJ, REsp 1.447.082/TO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/5/2016, DJe 13/5/2016).[90]

Portanto, o tratamento dado para a liberdade contratual e função social nos contratos civis e empresariais é evidentemente distinto.

Não se pode negar que a proibição ao abuso de direito expandiu-se para a regulação de outras esferas de direitos, abandonou a posição subjetiva, baseada na intencionalidade, e passou a adotar um critério objetivo, guiado pelas ideias de normalidade-anormalidade, função-disfunção, proveito-prejuízo, mais apropriadas para lidar com os fenômenos de litigiosidade em massa.[91]

Entretanto, nas relações empresariais, objeto da presente discussão, esses limites impostos pela legislação civil sofrem uma atenuação da interferência sobre os contratos e da função social, principalmente após a vigência da MP 881/19,[92] que também tentou alterar algumas provisões do artigo 423, do Código Civil.[93]

---

89 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n° 936.741/GO**. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma. Julgado em 03 nov. 2011, DJe 08 mar. 2012.

90 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n° 1.447.082/TO**. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma. Julgado em 10 mai. 2016, DJe 13 mai. 2016.

91 **BOULOS**, Daniel Martins. **A Autonomia Privada, a Função Social do Contrato e o Novo Código Civil**. In: ARRUDA ALVIM; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (orgs.) aspectos Controvertidos do Novo Código Civil – Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003.

92 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Medida Provisória nº 881**, DE 30 DE ABRIL DE 2019 - Exposição de Motivo. Câmara dos Deputados, Brasília, 30 de abril de 2019. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037exposicaodemotivos-157846-pe.html >. Acesso em: 18 de ago. de 2023.

93 BRASIL. **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 20 de ago. de 2023.

Assim, em que pese alguns doutrinadores também considerarem a nulidade das cláusulas dos contratos por adesão uma limitação à liberdade de contratar pela função social do contrato,[94] é certo que essas também se aplicam a relações civis e empresariais.[95]

2.3.3. A abusividade nos contratos de adesão estampada no art. 424 do Código Civil.

O Código Civil brasileiro não definiu o contrato por adesão, mas o aceita expressamente nos artigos 423 e 424.

Não obstante tal lacuna, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54, assim o fez: "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".

Assim, ainda que sua definição esteja prevista no Código de Defesa do Consumidor, o Enunciado n. 172, do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil, expressamente reconhece a abusividade apontada pelo art. 424 do Código Civil:

> "As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002".

Ainda que tenha sido reconhecida a aplicabilidade da abusividade em contratos de adesão civis, na prática, não é o que ocorre. Em verdade, quando da análise da abusividade dos contratos de adesão, é comum a inferência quase que automática da vulnerabilidade da parte aderente, ainda que se trate de pessoa jurídica.[96]

A mera exposição ao contrato de adesão tornou-se elemento suficiente a determinar a vulnerabilidade da pessoa jurídica tornando-a consumidora.[97]

---

94 DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 6. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120.

95 BODART, Bruno e TOMAZETTE, Marlon. **MP 881 e a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil.** JOTA, 2019. Disponível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-eanalise/colunas/pensando-direito/mp-881-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil23052019 >. Acesso em: 04 de nov. de 2019.

96 RIBEIRO, Patrícia Pereira de Assis Duarte. **Vulnerabilidade Da Pessoa Jurídica Nos Contratos De Adesão E Aplicação Do Código De Defesa Do Consumidor**. Revista do CAAP | Belo Horizonte n. 2 | V. XVII | p. 177 a p. 195 | 2011.

97 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n. 476.428**, Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 09 de mai. 2005.

Ocorre que tal aplicação mostra-se completamente equivocada. É certo que no contrato de adesão, a pessoa jurídica aderente não tem a oportunidade de debater as cláusulas essenciais e nem participa da elaboração. Entretanto, tal característica é inerente do próprio tipo contratual, de modo que aplicar tal presunção, é, basicamente, tornar o contrato de adesão abusivo, o que não condiz com a real intenção da legislação Civil.

Em outras palavras, a vulnerabilidade não deve ser vista como critério para reconhecimento de abusividade.[98] Para o conceito originário do abuso de direito, é irrelevante a paridade das partes, e realizar tal presunção carece de qualquer fundamentação legal em nosso ordenamento jurídico. Uma coisa é declarar um contrato de adesão abusivo em razão do conteúdo de suas cláusulas contratuais. Coisa diversa é declarar sua abusividade pelo simples motivo de o aderente não ter a oportunidade de debater as cláusulas essenciais, forçando um reconhecimento de uma vulnerabilidade que, na verdade, nem existe.

Fato é que os contratos de adesão não são abusivos em razão da impossibilidade de discussão de suas cláusulas, e entender nesse sentido é esvaziar o próprio tipo contratual.[99] Some-se a isso que a vulnerabilidade não é, e nunca foi critério para reconhecimento da abusividade.[100] A consequência lógica da soma desses fatores é que forçar a vulnerabilidade para uma pessoa jurídica aderente de um contrato de adesão para declará-lo abusivo carece de sentido, vez que o suposto fundamento de não participação em sua elaboração é inerente ao próprio tipo contratual, previsto em lei.

No Código civil, conforme os artigos 423 e 424, a proteção para essa forma de contratação prevê: (i) interpretação mais favorável ao aderente quando as cláusulas forem ambíguas ou contraditórias; (ii) nulidade, quando as cláusulas estipularem renúncia antecipada a direito resultante do negócio.[101] Ou seja, quando houver dubiedade das cláusulas, o dispositivo prevê a interpretação mais favorável. A nulidade se apresenta somente na hipótese da renúncia antecipada a direito resultante de negócio.

---

98 MIRAGEM, Bruno. **Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário:** concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal Comentário de jurisprudência. Revista de direito do consumidor, v. 62. São Paulo: RT, abr.-jun. 2007.

99 PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consumidor hipervulnerável:** análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 113, p. 81-109, set.-out. 2017.

100 NORONHA, Fernando. **Contratos de Consumo padronizados e de adesão**: Revista de Direito do Consumidor Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

101 BRASIL. **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 20 de ago. de 2023.

Ora, considerar pessoa jurídica quando exposta ao contrato de adesão tão vulnerável como uma pessoa física e equipará-la a consumidora simplesmente em razão da exposição a tal modelo de contratação, é esvaziar o escopo dos contratos empresariais.

Ademais, em se tratando de relações entre empresas, há de se considerar o Artigo 7º da Lei n. 13.874/2019,[102] que trouxe a inclusão do artigo 421-A, prevendo a presunção relativa da paridade e simetria das partes. Portanto, a declaração de nulidade de cláusula por abusividade somente deve ocorrer de maneira excepcional e limitada.

Assim, os próprios dispositivos do Código Civil que preveem o reconhecimento do instituto do abuso de direito em relações civis e empresariais, além de serem vagos, condicionam a sua aplicação a situações específicas e de difícil caracterização. Não há que se falar em presunção de vulnerabilidade, tampouco equiparação do empresário a consumidor, no intuito de forçar uma nulidade da cláusula em razão única e exclusivamente do tipo de contrato celebrado.

Além disso, a demonstração de vulnerabilidade deve ser acompanhada de evidências de que a aderente estaria desprovida de base técnica ou jurídica para compreender os termos do contrato firmado, ou que não teria expertise tal para realizar o mínimo de prova necessária a alicerçar a sua pretensão, ou de que enfrentaria dificuldades de ordem econômica ou jurídica para custear a defesa apropriada de seus interesses em Juízo.[103]

Desse modo, resta evidente que a aplicação e controle da abusividade a contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.

A Lei 13.874/19, também intitulada de Lei da Liberdade Econômica, em seu art. 3°, VIII, determinou que são direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública.

---

[102] BRASIL. Lei da liberdade econômica. **Lei n° 13.874/2019**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 22 mai. 2023.

[103] TJDFT. Acórdão 1411624, 07060701320208070004, Relator: Roberto Freitas Filho, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 24/3/2022, publicado no DJE: 6/4/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada

A existência de equilíbrio e liberdade entre as partes durante a contratação, bem como a natureza do contrato e as expectativas são itens essenciais a serem observados quando se alega a nulidade de uma cláusula com fundamento na violação da boa-fé objetiva e na função social do contrato.[104]

Assim, consistindo o contrato empresarial um negócio celebrado entre duas partes que, presumidamente, estão em pé de igualdade no momento de deliberação e, considerando-se a atividade econômica por eles desempenhada, inexiste legislação específica apta a conferir tutela diferenciada para este tipo de relação, devendo prevalecer a determinação do art. 421, do Código Civil.

Desse modo, conclui-se que, apesar do tímido tratamento dado pelo Código Civil aos contratos de adesão, tudo isso está muito aquém das exigências da nova realidade contratual, tendo em vista a ausência de parâmetros objetivos que permitam identificar a abusividade sem tomar emprestado institutos de outras áreas do direito, como o concorrencial ou consumidor.

Em razão disso, a doutrina se propõe a criar inúmeras teorias a fim de definir o instituto. No entanto, o que se percebe é que a definição sempre se dá no âmbito de possíveis situações em que podem ser reconhecidas a abusividade, e não, sobre a reflexão do que seria a abusividade em sentido estrito.

2.4. A tentativa de identificação da abusividade no Código Civil pela doutrina.

A busca da identificação de critérios capazes de definir a ocorrência do abuso de direito explica a sucessão de teorias desenvolvidas acerca do assunto ao longo dos anos.

Na doutrina francesa, por exemplo, há duas correntes principais sobre a teoria do abuso do direito: a subjetiva e a objetiva. Para a primeira, o que se tem como abusivo é a intenção de prejudicar terceiro mesmo quando não há nenhum interesse para seu autor.[105] Essa vertente consagra a teoria dos atos emulativos, trata-se da mera intenção de prejudicar. Por outro lado, no critério objetivo, não se indaga a intenção, mas examina-se o ato e o dano causado pelo abuso.[106]

---

104 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n. 1.799.039/SP**, relator Ministro Moura Ribeiro, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 7/10/2022.

105 Trecho de JOSSERAND, Louis. **Théorie de l´abus du droit**, p. 90, traduzido por BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. El abuso del derecho, p. 126.

106 AZEVEDO, Antonio Junqueira De. **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas:** homena-

A concepção objetiva alcançou seu auge com Josserand, para quem haverá abuso do direito quando seu titular o utilizar em desacordo com a finalidade social para qual os direitos subjetivos foram concedidos.[107] Ou seja, os direitos devem ser usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. Essa visão objetiva dos atos em abuso do direito se distancia da antiga proibição dos atos de emulação que vinha com carga de subjetivismo.[108]

Há ainda a conhecida teoria objetiva radical, desenvolvida por Saleilles, segundo o qual quem executasse ação qualquer, ainda que fundada num direito, devia indenizar o dano que porventura causasse.[109] Entretanto, acredita-se não ser esse o escopo do instituto.

Já os doutrinadores Char-Mont, Bonnecase, Lalou, Carbonnier e Savatier, consideraram que configurado estaria o abuso do direito quando tais danos ultrapassassem limites impostos e legitimados pelas próprias necessidades sociais, verificados em função do princípio da equidade.[110] Essa teoria ficou conhecida pela análise sob a ótica da anormalidade do dano produzido pelo ato. Contudo, atrelar o conceito à aplicação da equidade, que sequer é fonte no Direito Brasileiro, não parece ser a melhor solução.

Assim, a teoria finalista objetiva relaciona a ocorrência do abuso do direito com a falta de interesse econômico ou com a ausência de uma finalidade social, e foi desenvolvida por Josserand.[111] A partir da jurisprudência francesa, o autor extraiu quatro critérios para identificação do instituto: (i) A intenção de prejudicar e seus derivados ou substitutos (critério intencional); (ii) falha na execução (critério técnico); (iii) falha na execução (critério econômico) e (iv) o desvio do direito a partir de sua função social (critério social ou finalista).[112]

Entretanto, ao aprofundar sua teoria, o autor concluiu que, na verdade, o abuso do direito tão somente se mostraria inteiro através do critério social ou finalista.[113] Para isso,

---

gem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 666.

107 JOSSERAND. **Les mobiles dans lês actes juridiques du droit privé**, p. 24; AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, p. 199.

108 LOPEZ, Teresa Ancona. **Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 667

109 CONDORELLI, Epifanio L. **El abuso del derecho**, Imprenta: La Plata, Platense, 1971. p. 22.

110 Referidos por CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito**, Curitiba: Juruá, 2005, pp. 76-77.

111 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**, Editora Almedina, 2006, p. 16.

112 JOSSERAND, Louis. **De l'Esprit des droits et de leur relativité:** Théorie d'après le trois principes de l'agir juridique. Paris: Dalloz, 1939, p.366.

113 Nesse sentido, ressalta Josserand, os direitos subjetivos "não são sociais somente pela sua fonte e pela sua

seria necessário definir o que seriam interesses legítimos, uma análise extremamente complexa e fortemente subjetiva. O próprio Josserand reconheceu "*ser demasiado vago e se prestar à arbitrariedade: com ele, o juiz deve examinar as consciências, procurar a que motivo o agente obedeceu no exercício do seu direito, comportar-se como um inquisidor*".[114] Desse modo, a adoção dessa tese também se mostra inviável.

A teoria dos limites normativos internos de Castanheira Neves também foi duramente criticada, pois identificar os limites normativos internos ou os fundamentos teleológicos da norma equivale, em linhas gerais, a localizar a sua finalidade ou função, o que, consoante já externado, compreende uma solução complexa e pouco objetiva. Sendo assim, também há a vinculação da definição a um limite subjetivo.

Ainda no contexto de subjetividade, Cunha de Sá defende que o abuso de direito é o fenômeno revelador de que o direito subjetivo não pode ser abstratamente encarado com meros termos conceitualistas, pois que em certa e determinada situação, experimentalmente concreta, 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.[115]

Assim, atribuir um aspecto subjetivo a uma definição jurídica não parece ser a forma mais apropriada de conceituação, até mesmo pela margem de discricionariedade permitida ao julgador em razão da vagueza da ideia proposta.

Nesse contexto, a teoria do exercício contrário aos interesses anunciada por Müller-Erzbah, é a que mais se aproxima do nosso sistema jurídico. Essa teoria aproxima o conceito de abuso do direito à ideia de exercício contrário aos interesses.[116] Assim, o abuso de direito é justamente um abuso porque se utiliza o direito subjetivo para fora do poder de se usar dele.[117]

A evolução das diversas teorias para conceituação do instituto, foi bem sintetizada por Jorge Manuel Coutinho de Abreu, que propôs um critério que julga capaz de

---

gênese, são-no ainda pelo fim a que tendem, pela sua *finalidade*" (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito, Editora Almedina, 2006, p. 17.). JOSSERAND, Louis. **De l'Esprit des droits et de leur relativité:** Théorie d'après le trois principes de l'agir juridique. Paris: Dalloz, 1939, p.394.

114 JOSSERAND, Louis. **De l'Esprit des droits et de leur relativité**: Théorie d'après le trois principes de l'agir juridique. Paris: Dalloz, 1939, p.399.

115 SÁ, Fernando Augusto Cunha de**. Abuso do direito**. Reimp. ed. 1973. Coimbra: Almedina, 1997, pag. 456.

116 MÜLLER-ERZBAH, Rudolf. ***Die rechtswissenschaft im umbau. Ihr vordringen zu den bestimmenden elementen des zusammenleben***, pp. 116 e s.; SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Reimp. ed. 1973. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 425-426.

117 CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**, Coleção Manuais, Coimbra: Gestlegal, 2021, 4 ed, p. 44.

cercar o conceito do abuso do direito.[118] Para o autor, "há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem".[119]

Entretanto, novamente, voltamos à problemática inerente à própria utilização das cláusulas gerais: apenas permitem ao operador estabelecer a coincidência ou não entre o acontecimento real e o modelo normativo. Independente da teoria adotada, objetiva ou subjetiva, não é possível identificar critérios objetivos e autônomos na própria norma, de forma que atribui ao aplicador a função de estabelecer, caso a caso, qual a conduta devida, isto é, qual o comportamento esperado do cidadão, naquelas circunstâncias e naquela relação.

Assim, mesmo com todas as teorias desenvolvidas pela doutrina, é possível perceber que o instituto da abusividade no Código Civil é proveniente de uma norma jurídica que serve apenas para o julgador avaliar a conduta, mas não define essa conduta. O que se tem, na verdade, são conceitos amplos e escassas normas de conduta que são enquadradas como aplicáveis dentro do instituto, sem que haja definição estrita para esse, conforme pode-se perceber das tentativas doutrinárias acima expostas.

2.5. Conclusões acerca da abusividade no Código Civil.

A definição de abusividade buscada no presente trabalho é aquela que foge dos meros termos conceitualistas trazidos na legislação civil, de forma a evitar situações formalmente legais e simultaneamente opostas ao próprio valor jurídico do direito subjetivo.

Portanto, empregar uma cláusula geral de Direito, cuja indeterminação conceitual permita ao aplicador identificar, de caso a caso, a ocorrência do abuso, em verdade, dificulta e até mesmo desvirtua a própria aplicação do instituto.

Restou evidente que o nosso Código não tentou definir a abusividade através de um enunciado abrangente; em vez disso, elaborou uma lista e estabeleceu duas cláusulas gerais para identificar as situações abusivas: a cláusula geral da lesão (artigo 157) e a cláusula geral da boa-fé (artigo 422).

---

118 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**, Editora Almedina, 2006, p. 19. Vide, ainda, LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**, pp. 62-66.

119 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**, Editora Almedina, 2006, p. 76-77.

Destarte, para que haja abusividade no Código Civil, a norma exige, pelo menos, dois requisitos: primeiro, que seja um contrato de adesão. O segundo, é a menção a cláusulas ambíguas ou contraditórias.

Trazendo para a seara de discussão puramente comercial, é importante salientar que o Supremo Tribunal Federal negou-se a definir contrato de adesão entre comerciantes com base no Art. 54 do CDC. No caso, o Teka versus Aiglon,[120] trata-se de um contrato de importação entre comerciantes, com o uso de um formulário, ou seja, condições gerais de venda de algodão da Irlanda para uma tecelagem brasileira. No entanto, o STF considerou que não se tratava de um contrato de adesão em virtude da igualdade econômica e da possibilidade de recusar e modificar efetivamente as cláusulas.[121]

Outro exemplo é um caso de São Paulo, de um conflito de competência decidido no STJ.[122] Na ocasião, discutia-se a cláusula de eleição de foro, também uma cláusula comum em qualquer formulário de contrato comercial, que poderia ser denominado de 'contrato de adesão'. Nesse caso que envolve a empresa *Panamá International* e uma unidade cardiotorácica de Sergipe, tanto o II Tribunal de Alçada de São Paulo, quanto o Superior Tribunal de Justiça (relator Ministro Ari Pargendler), consideraram que não se tratava realmente de contrato de adesão, apesar de ser um contrato-formulário, porque havia uma certa igualdade entre as partes.

De pronto, há uma aparente impossibilidade de reconhecimento do contrato de adesão entre comerciantes, o que, por si só, já demonstra o reconhecimento da abusividade na relação comercial, pelos ditames do Código Civil.

Ademais, quanto à a menção a cláusulas ambíguas ou contraditórias, o sistema civil exige uma contradição ou uma falta de clareza, além de um contrato de adesão, um contrato onde a liberdade contratual esteja de tal forma reduzida pela simples adesão de um de forma a permitir essa interpretação a favor do aderente. Caso contrário, a interpretação é somente de acordo com o princípio geral de boa-fé e, como afirma o artigo 421, através da função social do contrato.

---

120 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno, **SEC (Sentença Estrangeira Contestada) 5.847-1**, Rel. Min. Maurício Corrêa, 01/12/99, veja a integra da decisão in Revista Direito do Consumidor, nº 34 (abr.-jun.2000), p. 253-263

121 MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. "**Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC**", Revista de Direito do Consumidor, n. 36 (out.-dez. 2000), p. 221-240.

122 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, **Conflito de Competência nr. 32.270-SP**, j. 10.10.2001, Min. Ari Pargendler, p. 3 (voto), cuja ementa é: "Conflito de Competência. Foro de Eleição. Prevalência. Na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – prevalece o foro de eleição, seja ou não uma relação de consumo. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 16ª Vara Cível de São Paulo."

Desse modo, percebe-se que a autorização dada ao Judiciário para interpretar o princípio da boa-fé no Código Civil de 2002, através das suas várias normas, é menor e menos guiada, de forma que a atuação de controle do conteúdo do contrato, pela própria natureza deste, em uma relação entre iguais, é infinitamente menor.

Assim, diante de todo o exposto, verifica-se que, apesar de não existir uma definição do instituto jurídico da abusividade, e seja pouco provável de encontrá-la, o Código Civil o regula através de cláusulas gerais, que condicionam a sua ocorrência a duas situações específicas: que seja um contrato de adesão e a menção a cláusulas ambíguas ou contraditórias. Em vista disso, e levando em consideração a já afirmada impossibilidade, pelo STF, de reconhecimento de contrato de adesão entre comerciantes,[123] conclui-se que, o Código Civil não permite a aplicação da abusividade na relação puramente comercial.

[123] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno, **SEC (Sentença Estrangeira Contestada) 5.847-1**, Rel. Min. Maurício Corrêa, 01/12/99, veja a integra da decisão in Revista Direito do Consumidor, nº 34 (abr.-jun.2000), p. 253-263

3. Abusividade no direito concorrencial

3.1.Abusividade na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)

A concorrência está estreitamente ligada à liberdade econômica, tendo em vista que envolve tanto a liberdade contratual, como a liberdade de participação no mercado. De uma perspectiva jurídica, a liberdade econômica é expressa através de relações contratuais que os participantes no mercado celebram nas suas relações quotidianas entre empresas e consumidores. [124]

Já de uma perspectiva econômica, a liberdade econômica é expressa através do objetivo de manter o mercado aberto e competitivo, prevenindo e sancionando comportamentos que restrinjam a própria liberdade econômica dos participantes no mercado.[125]

O direito da concorrência visa proteger a liberdade econômica, proibindo e sancionando comportamentos anticoncorrenciais (cartéis e abuso de posição dominante) e monitorando, preventivamente, transações que possam potencialmente afetar a abertura e a competitividade do mercado.[126]

Nesse contexto, a Constituição Federal, em seu artigo 174, caput, atribui ao Estado a função de regulamentação da atividade econômica. Entretanto, pelos textos normativos, não é possível definir a extensão ou os limites desse intervencionismo.[127] Entre as características distintivas do direito da concorrência brasileiro figura certamente o fato de os monopólios e as empresas dominantes não serem, *per se*, proibidos. Com efeito, o artigo 36 da Lei n. 12.529/2011 apenas proíbe e multa o abuso de posições dominantes, situação na qual o instituto da abusividade é discutido.[128]

---

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

125 BUCHAIN, Luiz Carlos. **Intervenção do estado na economia e direito da concorrência**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 178-198, ago. 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx? direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.EA67E161&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em 22 abr. 2023.

126 FARACO, Alexandre Ditzel. **Direito concorrencial e regulação**. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 9-41, 2003. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741145/mod_resource/content/1/alexandre %20ditzel%20faraco%20-%20direito%20concorrencial%20e%20regula %C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 07 set 2023.

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

128 BRASIL. **Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Brasília, 1 dez. 2011.

Se por um lado as empresas dominantes são livres de competir com base no mérito, por outro lado, dada a sua força no mercado, estão ao mesmo tempo limitadas pela sua responsabilidade de não abusar da sua posição dominante agindo de forma a não distorcer a concorrência no mercado interno.[129] Portanto, pressupõe-se que se o comportamento não afetar de todo o mercado relevante, não há, em princípio, qualquer constatação de abuso de posição dominante.

Considerando a natureza aberta do artigo 36, que fornece uma lista exemplificativa de comportamentos abusivos, a fronteira entre os limites e as liberdades de uma empresa dominante é, portanto, muitas vezes confusa na prática, diante da vagueza do dispositivo. E isto ocorre especialmente quando se trata de comportamentos, como o "abuso de direito", ou seja, condutas que, embora em teoria lícitas e permitidas por lei, são direcionadas para fins que não são dignos de proteção.[130]

Por outras palavras, um abuso de direito pode ocorrer quando uma série de comportamentos lícitos são direcionados para a prossecução de um propósito anticoncorrencial.

A relevância de um abuso de direito à luz do direito da concorrência surge, assim, quando um conjunto de condutas que de outra forma seriam lícitas, se consideradas em conjunto, seriam de molde a constituir um abuso de posição dominante.

Note-se que, novamente, não há uma definição do que vem a ser o instituto do abuso de direito, ainda que na perspectiva concorrencial. O que se tem, como no Direito Civil, é uma lista exemplificativa de condutas que podem ser caracterizadas como abusivas, que, no entanto, precisam de outros elementos para sua análise, como a definição de poder de mercado, dependência econômica e posição dominante, para, enfim, chegar à análise acerca da conduta, e não a um enquadramento de uma definição.

3.2.Práticas abusivas no direito concorrencial – dominação de mercado

Formalmente, a lei concorrencial visa não só coibir o abuso do poder econômico, como também combater qualquer comportamento social que possa ser considerado um potencial abuso.[131] No entanto, essa análise mostra-se relevante a depender da

129 Art. 36, §2º da Lei n. 12.529/2011.

130 CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil decorrente do abuso de direito**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). Questões controvertidas no novo código civil: responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006, v.5.

131 GICO Junior, I. T., Cartel, **Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: LEX, 2007, p. 124.

forma de estruturação dos elementos de cada conduta anticompetitiva, tendo em vista que a definição pode conter ou não a presença do poder econômico, por exemplo.

Assim, em razão do alto grau de abstração dos dispositivos da Lei 12.529/2011, o aplicador do Direito encontra um espaço maior para a construção de regras específicas para cada tipo de infração. [132] O próprio texto do *caput* do artigo 36 da referida Lei permite constatar a inexistência de requisito formal intrínseco para a caracterização de uma infração econômica, veja-se *in verbis*:

> Art. 36. 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; e
>
> IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Assim, além da inexistência de forma específica, é possível verificar outro elemento essencial do ato ilícito: a infração deve resultar de um ato. Se o ato é ou não uma infração, dependerá da presença dos outros elementos da definição legal. No caso, os elementos relevantes serão sempre o ato e a presença da potencialidade dos efeitos[133] (Teoria do Risco).[134]

Ocorre que, diferentemente do texto do *caput* do artigo 20, que permite identificar os elementos formadores dos ilícitos concorrenciais, não é possível realizar essa análise no inciso IV, que traz o instituto da abusividade no Direito Concorrencial. O que se pode afirmar é que os ilícitos deste inciso requerem, necessariamente, a presença de um agente econômico com posição dominante preexistente à conduta.[135]

---

132 CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. **Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil**. Revista do IBRAC. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 20, p.148-173, jul./dez. 2011.

133 O Cade já afirmou várias vezes que basta a potencialidade de efeitos para caracterizar o ilícito, principalmente nos casos relacionados a tabela de preços, e.g., ROAP n. 08000.020787/96-62. Representante: Associação Brasileira da Indústria de Panificação. Representada: Associação Brasileira de Supermercados, Conselheira Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva.

134 GICO Junior, I. T., Cartel, **Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: LEX, 2007, p. 144.

135 GICO Junior, I. T., Cartel, **Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: LEX, 2007, p. 154.

Diante dessa dificuldade, na jurisprudência recente, a noção de "abuso de direito" no âmbito da avaliação do direito da concorrência foi separada em múltiplas condutas distintas, que refletem as dificuldades dos profissionais em delinear os contornos do instituto.[136]

Nas palavras de Caio Mário e Paulo Casagrande:

> O simples fato de uma empresa deter posição dominante em determinado mercado relevante não é ilícito nos termos da lei brasileira. Pelo contrário, a Lei n. 12529/11 é clara ao indicar expressamente que a 'conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores' não caracteriza ato ilícito (art. 36, § 1º). Aliás, a busca incessante por conquistar maior parcela de mercado é o próprio motor do processo competitivo, devendo ser valorizada e não coibida pela autoridade concorrencial.
>
> Assim, apenas o "abuso" da posição dominante é considerado ilícito no Brasil. A ideia de abuso implica alguma 'anormalidade' na conduta, algo distinto do 'processo natural' de competição. [137]
>
> Assim como o Direito Civil cunhou a noção de 'abuso de direito' para disciplinar situações em que o titular de um direito subjetivo o exerce de forma a prejudicar terceiros, exorbitando os limites de sua liberdade individual, o direito econômico concebeu a figura do 'abuso de posição dominante' para disciplinar situações em que um agente econômico utiliza seu poder de mercado de forma a distorcer o processo competitivo, exorbitando os limites das liberdade econômicas garantidas constitucionalmente (i.e., liberdade de iniciativa e de concorrência").

Nesse contexto, para tentar chegar a uma definição, a jurisprudência e doutrina recorrem a uma análise acerca de outros elementos do direito Concorrencial, como, por exemplo, o poder de mercado da empresa envolvida, o mercado relevante e a dependência econômica das envolvidas na alegação de prática abusiva, a fim de traçar um cenário que se permita o reconhecimento de alguma situação de abuso de posição dominante, que é o instituto adotado pelo Direito Concorrencial.[138]

---

136 SCHUARTZ, Luís Fernando. **Quando o bom é o melhor amigo do ótimo**: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. Revista de Direito Administrativo, v. 1, p. 96-127, 2007

137 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e legislação**, pág. 137-138. São Paulo, Saraiva, 2016.

138 FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017

3.2.1 *A Posição dominante como elemento integrador da abusividade*

Como exposto, no Direito Concorrencial, o instituto da abusividade encontra respaldo na hipótese de abuso da posição dominante.[139] A repressão ao abuso do poder econômico, prevista na Constituição Federal de 1988, é concretizada principalmente por meio da repressão ao ato ilícito de posição dominante que vem regulado no artigo 36 e parágrafos da Lei 12.257/2011.[140]

A Lei de Defesa da Concorrência determina que ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa de tal forma que a empresa ou grupo de empresas seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado.[141] A parcela substancial que trata a lei é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% do mercado relevante em questão, podendo esse percentual ser alterado para setores específicos da economia (art. 36, §2º da Lei 12.529/11).[142]

Em que pese haver a conceituação do que seja a posição dominante no Direito Concorrencial, a dificuldade em conceituar o abuso de posição dominante é amplamente reconhecida na área do antitruste.

Uma das tentativas de conceituação de abuso de posição dominante está presente no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)[143], no entanto, a sua concretização resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e da prática decisória da Comissão Europeia. Ou seja, o estudo do abuso de posição dominante não se pode cingir à lei, mas também há de ser considerada a jurisprudência.[144]

O artigo 102º TFUE declara "incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o

---

139 DRAGO, Bruno de Luca. **Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

140 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

141 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: < https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntasfrequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

142 BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Seção 1, p. 1.

143 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** Versão consolidada, 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&-from=EN>. Acesso em: 27 out. 2023.

144 Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, 59-63

facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste".[145]

Note-se, entretanto, que o legislador europeu também se absteve de definir o conceito de "exploração abusiva" ou de "abuso", fornecendo apenas uma lista exemplificativa de comportamentos que configuram práticas abusivas[146], tal qual o ordenamento brasileiro.

Tanto o Tratado como a Lei n. 12.259/2011, apresentam tão somente um tipo aberto de condutas que, na medida em que sejam capazes de gerar os efeitos previstos nos incisos do art. 36, poderiam ser considerados como abuso de posição dominante.

Diante desse cenário, a fim de possibilitar a aplicação do disposto na referida Lei, técnicas de interpretação, como a regra da razão foram adotadas, de forma que, cada caso pudesse ser examinado de forma mais aprofundada e individualizada.[147]

Através desse método, o julgador consegue alcançar os efeitos anticompetitivos através de uma análise que contempla a identificação de poder de mercado do agente investigado, sua capacidade e motivação para a prática da conduta, e, por fim, os efeitos decorrentes ou potenciais, levando-se em consideração pretextos que possam afastar a tipificação.[148]

Assim, tendo em vista que, a nossa legislação não pune o poder de mercado em si, mas sim, o seu exercício abusivo, caracterizado pela possibilidade de a conduta praticada atrair os efeitos lesivos previstos nos incisos no art. 36, caput, da Lei nº 12.529/2011, o Cade é chamado a, em regra, diante das circunstâncias do caso concreto, sopesar os efeitos positivos e negativos das condutas por ele investigadas.

3.2.2. *Análise da posição dominante como elemento da abusividade na jurisprudência do CADE*

Para analisar a jurisprudência do Cade acerca do abuso de posição dominante, o presente estudo analisou 28 precedentes, com o recorte temporal de 5 anos (2019-2023). Para o presente estudo, tais precedentes foram selecionados pelo fato de o Tribunal do Cade ter proferido decisão de mérito de condenação. Portanto, não

---

145 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Versão consolidada, 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&-from=EN>. Acesso em: 27 out. 2023.

146 Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, 87 para 3

147 FORGIONI, Ana Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

148 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

foram levados em consideração processos encerrados com a assinatura de termo de compromisso de cessação ou arquivamento sem exame substancial pelo Cade.

O primeiro precedente diz respeito ao caso da Rumo/ALL em relação à empresa Agrovia. A Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. ("Rumo") é uma empresa do Grupo Cosan, criada em 2008 com o intuito de "*oferecer um sistema logístico multimodal de exportação de açúcar pelo Porto de Santos, a partir da prestação de serviços de transporte, armazenagem e carregamento de navios, levando a carga desde os centros produtores até suas instalações portuárias.*[149]

Em 27/05/2020 foi firmado, entre a União, por meio da Agência Nacional de Transportes Terrestres/ANTT, e a Rumo Malha Paulista S/A, o 2° Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Original da Malha Paulista, datado de 30/12/1998 - originalmente celebrado entre a União e a Ferroban S/A., sucedida depois pela ALL Malha Paulista S/A e, mais tarde, sucedida pela Rumo Malha Paulista S/A. Assim, a obrigação pela manutenção, reparação, conservação e segurança pátio ferroviário de Santa Adélia/SP, indelegável e intransferível, é da detentora da respectiva outorga de concessão ferroviária, Rumo/ALL.

A investigação teve início em 2016, a partir de denúncia feita ao Cade pela Agrovia, prestadora de serviço de logística integrada via modal ferroviário para exportação de açúcar. A empresa alegou à época que dependia da utilização da Malha Paulista, controlada pela Rumo-ALL, para transportar açúcar até o Porto de Santos, em São Paulo, e que a companhia estaria criando empecilhos ao seu funcionamento. A denunciante informou, por fim, que precisou encerrar suas atividades em razão do comportamento anticompetitivo da Rumo-ALL.[150]

Na análise do mérito, o Cade entendeu que, diante das circunstâncias apresentadas, a Rumo/ALL se aproveitou de sua condição de concessionária ferroviária, detentora da outorga da Malha Paulista, para deixar de assegurar as mínimas condições de manutenção e segurança para as operações de transporte devidas à Agrovia, o que levou à interdição do Pátio de santa Adélia/SP.[151] Assim, restou consignado que as condutas narradas configuraram o abuso da posição dominante da Rumo/ALL em relação à empresa Agrovia, consubstanciado na suspensão da prestação de serviço de transporte

[149] BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03**. Voto – Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, 2021.

[150] BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03**. Voto – Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, 2021.

[151] BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03**. Voto – Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, 2021.

ferroviário contratado pela Agrovia, em razão de desacordo acerca da responsabilidade pelo pagamento e realização das intervenções de manutenção no pátio ferroviário de Santa Adélia/SP, que acabaram por levar o referido Pátio à interdição, pela própria Rumo/ALL, por condições críticas de segurança da operação, inobstante as obrigações contratuais e regulamentares da concessionária.

Note-se, mais uma vez, que o próprio Órgão responsável pela análise da configuração da abusividade não possui uma definição objetiva acerca do que seria o abuso. A decisão do Cade, basicamente, baseou-se nos efeitos da conduta, afirmando que, de fato, a paralisação da operação de transporte no Pátio de Santa Adélia/SP, conforme amplamente demonstrado nos autos, acabou por trazer consequências nefastas ao negócio da Agrovia.[152]

Ademais, outro caso que chama atenção é o do BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda contra a Claro S.A., Oi Móvel S.A., Telefônica Brasil S.A. de 2022.[153]

Na ocasião, o Cade baseou-se em pareceres do MPF, bem como doutrina estrangeira não para tentar definir o que seria o abuso de posição dominante, mas sim, para tentar estabelecer as premissas de análise das condutas que poderiam ser configuradas como abuso.

No voto, a relatora reproduziu um trecho do parecer do MPF (SEI 0940962), o qual estabeleceu a existência de uma obrigação especial para empresas detentoras de posição dominante:

> Segundo leciona Burnier (Paulo Burnier da Silveira. Direito da Concorrência, Forense: 2021, p.95), a respeito das obrigações a que estão sujeitas empresas que detêm posição dominante: 'a mera constatação da existência de uma posição dominante não é, por si só, ilegal. As empresas podem obter legitimamente uma posição dominante em dado mercado, fruto de mérito próprio no processo competitivo empresarial. No entanto, **as empresas que detêm posição dominante estão sujeitas a obrigações especiais no plano concorrencial, pois suas práticas podem ter efeitos negativos sobre o mercado, a ponto de eliminar concorrentes e, com isso, aumentar preços para os consumidores no longo prazo (grifo do voto-vista)**.

[152] BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03**. Voto – Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, 2021.

[153] BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.004720/2016-34**. Voto Relatora Paula Azevedo, 2022.

Ainda, transcreveu trecho de doutrina estrangeira que ratifica a ideia de responsabilidade especial de empresas com posições dominantes (*Competition Law, Richard Whish & David Bailey, Oxford University Press, Ninth Edition,* p. 198):

> "A 'responsabilidade especial' das empresas dominantes. Não é ilegal que uma empresa tenha uma posição dominante: o que é proibido é o abuso de uma posição dominante. Contudo, o Tribunal de Justiça no processo Michelin/Comissão afirmou que uma empresa em posição dominante tem uma «responsabilidade especial de não permitir que o seu comportamento prejudique a concorrência não distorcida» no mercado interno. Esta afirmação é repetidamente repetida nos acórdãos dos tribunais da UE e nas decisões da Comissão sobre o artigo 102.º. Num certo sentido, é uma afirmação do óbvio: é claro que o artigo 102.º impõe obrigações às empresas dominantes que as empresas não dominantes impõem. não suportar. O comportamento unilateral não é controlado pelo artigo 101.º, que se aplica apenas ao conluio; no entanto, os atos unilaterais podem constituir uma violação do artigo 102.º. No entanto, o enigma para qualquer pessoa interessada no artigo 102.º é determinar o que, precisamente, se entende por abuso de poder. uma posição dominante" (Tradução livre).

Compreendido o ponto das obrigações especiais para empresas com posição dominante em um determinado mercado, a Relatora trouxe critérios para a escorreita avaliação da lesão ou potencial lesão concorrencial no caso concreto. Assim, estabeleceu que é preciso levar em consideração primeiramente se as Representadas (i) detêm ou não poder de mercado; (ii) há justificativas para a atuação conjunta naquele certame e, em caso positivo, quais seriam estas justificativas; e, por fim, (iii) se essa atuação gerou danos ou, ao menos, potenciais danos à concorrência no mercado afetado.[154] Essa é a análise utilizada pelo Cade na existência ou não de abuso de posição dominante.

Do universo de 28 precedentes analisados em um recorte temporal de 5 anos, não foi possível encontrar decisões pelo Cade em que haja uma definição concreta de abuso de posição dominante. O que se encontra é tão somente a análise dos demais elementos da conduta, e os efeitos desta, de modo a verificar se esse conjunto traz efeitos anticoncorrenciais para a empresa atingida.

Diante da necessária análise desses elementos nos casos concretos, faz-se necessário o estudo dos demais requisitos caracterizadores da abusividade da posição dominante, o que se faz a seguir.

---

[154] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004720/2016-34.** Voto Relatora Paula Azevedo, 2022.

3.2. 3. *A caracterização do poder de mercado para configuração da abusividade.*

O poder de mercado é normalmente definido como o poder de aumentar o preço acima do nível competitivo. Esse poder pode ser avaliado por meio de diferentes métricas dependendo do contexto em que o mercado opera.[155]

No Brasil, o conceito adotado para poder de mercado é uma empresa (ou um grupo de empresas) que são capazes de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes.[156]

No entanto, não basta a caracterização do poder de mercado, faz-se necessário proceder a uma análise complexa. Essa análise parte desde a existência de posição dominante, e envolve ainda a investigação de outras variáveis, tais como existência de barreiras à entrada naquele mercado, a possibilidade de importações ou ainda a efetividade de competição entre a empresa que tem posição dominante e seus concorrentes.

Note-se que, se mesmo tendo posição dominante em um mercado relevante, a decisão de elevação unilateral de preços por parte de uma empresa puder ser contestada pela reação de concorrentes efetivos ou potenciais, então essa empresa não possui poder de mercado e essa prática não se caracteriza como abusiva.

Caso notório é o que diz respeito à conduta de imposição de cláusula de raio em contratos de locação de espaços para lojas em shopping centers da cidade de Porto Alegre, julgado pelo CADE.[157] Na ocasião, o Relator afirmou expressamente que existem inúmeras formas de avaliar o poder de mercado, dentre as quais a mensuração de participação de mercado, o que não impede que o julgador aplique metodologias distintas para firmar sua convicção.

No caso em voga, o poder de mercado restou demonstrado pela imposição de contrato de locação; restrição geográfica como imposição unilateral; impossibilidade

---

155 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO [OCDE,2018]. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, http://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm.

156 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE.** Brasília, 2016. Disponível em: < https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntasfrequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

157 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46**. Representantes: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Representados: Isdralit Indústria e Comércio Ltda., Bourbon Administração Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda., Companhia Zaffari Comércio e Indústria, Mercúrio S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, Nacional Iguatemi Administração Ltda., Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas, Iguatemi Empresa de Shopping Centers, Administradora Gaúcha de Shopping Centers S/C Ltda. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2016.

de vigência ilimitada da cláusula de raio; objeto amplo da cláusula; relação assimétrica entre shoppings e lojistas; e imposição de multa. No entanto, entendeu-se que a cláusula passou de "lei entre as partes" para se tornar "lei para o mercado", o que configura regulação privada proibida pela legislação brasileira de defesa da concorrência.

Por outro lado, o caso *Google Shopping* resultou em arquivamento em razão da falta de comprovação das condutas imputadas ao representado, com ressalva do voto divergente dos conselheiros Paulo Burnier e João Paulo de Resende, que entenderam que a mera potencialidade do dano seria suficiente para configurar uma violação à ordem econômica.[158]

Em síntese, o representado estaria utilizando seu posicionamento privilegiado para aparecer nos primeiros resultados nas buscas orgânicas do site do Google, o que estaria afetando os concorrentes por perderem audiência, cliques e receita e resultando em preços maiores aos consumidores finais. Foram delimitados dois mercados relevantes em relação à perspectiva do produto, o mercado de buscadores genéricos e o mercado de busca temática, enquanto que no aspecto geográfico foi balizado a nível nacional. Assim, fixou-se o critério da aferição de poder de mercado de buscadores se o agente teria a possibilidade de piorar a qualidade de seu serviço sem que isso lhe cause prejuízo. Embora o poder de mercado do representado tenha sido identificado, careceram provas em relação aos efeitos danosos

Desse modo, verifica-se que a simples caracterização do poder de mercado de uma empresa envolvida, não é suficiente para a caracterização da abusividade no direito concorrencial.[159] Faz-se necessário também que a empresa ou grupo de empresas controle parcela substancial de mercado relevante de tal forma que seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições desse mercado.[160]

No entanto, tal conclusão nos leva ao questionamento: a partir de qualquer momento, ou em quais circunstâncias, o comportamento de um agente econômico em posição dominante passa a ser um abuso?

Devido à ausência de uma definição clara do que é abusividade no direito concorrencial, e a presença tão somente de um rol exemplificativo de condutas, não é

---

158 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 2019

159 **FORGIONI**, Ana Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

160 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03.** Representantes: Transportadora Simas Ltda. e Multi Armazéns Ltda. Representados: Tecon Rio Grande S.A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016.

possível chegar a uma resposta. Imperiosa é a análise caso a caso dos efeitos das práticas adotadas pela empresa, sendo necessária ainda a análise da existência desse poder de mercado dentro de um mercado relevante, além da relação de dependência econômica entre as partes envolvidas.

3.2.4. *A análise do mercado relevante como elemento caracterizador da abusividade*

Conforme já exposto, a análise da existência de abuso de posição dominante toma como ponto de partida os efeitos ou potenciais efeitos da conduta do agente. Dentro desse contexto, há que se levar em conta que para se saber se determinado ato é, ou não, violador desta protegida competição, é necessária a utilização de alguns critérios de avaliação que sirvam como norteadores. Um destes critérios é a aferição do mercado relevante.

O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas.[161] A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica.[162] Assim, deve-se definir um espaço em que não seja possível substituir um produto por outro, seja por ausência de substitutos desse produto ou pela impossibilidade de obtê-lo.

Portanto, o que se entende por mercado relevante é uma área geográfica em que um produto ou grupo de produtos pode sofrer um pequeno, mas significativo aumento de preços, sem que seus consumidores migrem para outro produto ou região.[163]

Tal definição mostra-se importante em razão do próprio texto da Lei 8.884/94 que qualificou como infração à ordem econômica o exercício abusivo de posição dominante. No que se refere ao conceito de posição dominante, o artigo 20, § 2º, trouxe a seguinte definição:

> "Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como

161 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

162 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: < https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntasfrequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

163 Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: < https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntasfrequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

> fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa."[164]

Desse modo, para caracterização de uma situação de abuso de posição dominante, necessário se faz o controle, por parte do agente, de parcela substancial de mercado relevante.

Ademais, o parágrafo 3º, do mesmo artigo, estabelece a presunção de que o controle de parcela substancial de mercado relevante configura-se quando a participação de uma determinada empresa no mercado seja de ordem de vinte por cento, in verbis:

> "A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)"[165]

Da análise desse excerto, pode-se concluir que a posição dominante deriva do poder econômico que detém o agente, de forma tal que possui independência e indiferença em relação ao comportamento dos demais agentes, a exemplo, de seus adquirentes.[166]

No entanto, há de se considerar que a presunção estabelecida pelo dispositivo é relativa, tendo em vista que, comprovado que o agente econômico detém e abusa de poder que lhe garante a posição dominante, ainda que não detenha 20% do mercado, seu comportamento poderá vir a ser condenado. O contrário também procede. Nos casos em que o agente econômico detenha mais de 20% do mercado, não necessariamente há infração.[167]

Feitas tais considerações, é possível verificar que se deve levar em conta uma série de circunstâncias e elementos a fim de caracterizar uma infração à ordem econômica, notadamente o abuso de posição dominante.

---

164 BRASIL. **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. Brasília: Presidência da República, 1994.

165 BRASIL. **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. Brasília: Presidência da República, 1994.

166 DRAGO, Bruno de Luca. **Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015

167 TERRIN, Kátia Alessandra Pastori. **A garantia institucional da concorrência no direito econômico** moderno: análise da posição dominante e abuso de posição dominante. 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/12_1093.pdf. Acesso em: 28 out. 2023.

De forma sumária, pode-se dizer que posição dominante é aquela que confere a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência[168], principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume de oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporciona elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante.[169]

No entanto, também se faz necessária a convergência de várias outras evidências, além da parcela de mercado detida pelo agente econômico, para que se constate que o poder por ele detido é apto a lhe assegurar uma posição dominante.

3.2.5. *A necessária distinção do abuso de dependência econômica do abuso de posição dominante.*

A dependência econômica, sendo conceito misto de Direito Concorrencial (posição dominante) e de Direito Societário (controle externo), revela-se nas avenças em que uma das partes, ocupando posição inferior de barganha, sofre restrição de sua capacidade negocial por força dos elevados custos associados à eventual ruptura contratual, à ameaça no atraso da linha produtiva ou à litigância, cara e demorada.[170]

Assim, o abuso de dependência econômica, também conhecido como abuso de posição de negociação superior, é um conceito jurídico que aborda uma situação em que uma parte de uma transação que está numa posição de força, relativa em relação à outra, abusa dessa posição.[171]

Ao contrário do comportamento abusivo de empresas dominantes proibido por nosso ordenamento, o abuso de dependência econômica não exige uma posição dominante em qualquer mercado. Em vez disso, exige algum tipo de posição superior em relação à contraparte de uma transação e visa proteger a parte mais fraca do abuso de tal posição pela parte na posição superior.[172]

---

168 PEREIRA NETO, Caio Mário da; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva,
2016.

169 BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a conceituação do Abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.115.

170 OLIVEIRA, Natália Marques de e DINIZ, Gustavo Saad. **A dependência econômica nos contratos interempresariais e o Direito brasileiro. Revista de Direito Empresarial**, v. 16, n. ja/abr. 2019, p. 105-126, 2019 Tradução. Acesso em: 09 out. 2023.

171 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, 4a ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

172 FAVA, Mariana Dubois. **Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais:** a disciplina das cláusulas abusivas, p.55.

Por outras palavras, o conceito de dependência econômica foi aplicado apenas no caso de empresas que beneficiam de direitos legais exclusivos e não contra empresas cuja posição no mercado se baseava no mérito. Contudo, o direito da concorrência não fornece um teste ou um conjunto de critérios para identificar o que seriam os abusos no que diz respeito às transações de mercado entre empresas privadas.[173]

Uma primeira explicação para a negligência dos casos de abuso de dependência econômica nas práticas decisórias das autoridades da concorrência pode ser a relutância em lidar com questões que são consideradas mais ligadas ao direito contratual do que ao direito da concorrência.[174]

Segundo a jurisprudência, duas condições são normalmente utilizadas para descrever uma situação de dependência econômica: (i) os fatores de produção do fornecedor não podem ser utilizados ou adaptados para a produção de outros bens a um custo economicamente aceitável, (ii) para um determinado fornecedor, não existem varejistas comparáveis para os produtos que oferece.[175] Esses critérios referem-se a investimentos específicos em capacidade que os fornecedores são obrigados a fazer nas distribuidoras. No entanto, estes critérios originados na jurisprudência não coincidem com as propostas na literatura econômica.

Feitas tais considerações, o que se verifica, na realidade, é que não se pode confundir o comportamento abusivo de empresas dominantes com o abuso de dependência econômica. Tratam-se de dois institutos diferentes e independentes.

O abuso de dependência econômica distingue-se do abuso de posição dominante porque exige a qualidade de empresa tanto para o agente autor da exploração abusiva como para a vítima, enquanto aquele outro apenas exige essa qualidade para o agente.[176]

Portanto, a existência de dependência econômica entre o agente dominante e seus clientes/fornecedores pode ser considerada com um dos indicativos da existência de posição dominante. No caso, a relação de dependência econômica pode ser tal que o agente dominante passa a ser um parceiro comercial obrigatório.[177] No entanto, no

---

173 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

174 CORDEIRO, Rodrigo Aiache. **Poder econômico e livre concorrência: uma análise da concorrência na constituição da república federativa do Brasil de 1988**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

175 MIURA, Maira Yuriko Rocha. **Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira: uma visão de Direito Comercial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2010.

176 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

177 WHISH, Richard. **Competition Law**. 6th Edition, LexisNexis Buttersworths, 2008, p.186-187.

ilícito de abuso de posição dominante, a dependência econômica é tão somente um indício, não podendo ser configurado como elemento de caracterização do tipo.

3.3 Considerações finais

Novamente, destaca-se que a definição de abusividade buscada no presente trabalho é aquela que foge dos meros termos conceitualistas trazidos na legislação civil, e agora, concorrencial, de forma a evitar situações formalmente legais e simultaneamente opostas ao próprio valor jurídico do direito subjetivo.

Verificou-se que, da mesma forma que no Código Civil, o Direito Concorrencial optou por empregar uma cláusula geral, cuja indeterminação conceitual atribui ao operador do direito, a análise de caso a caso, a ocorrência do abuso.

Restou evidente que, assim como no Código Civil, a Lei concorrencial não tentou definir a abusividade através de um enunciado; em vez disso, novamente, elaborou uma lista de condutas exemplificativas.

Portanto, para que haja abusividade no Direito Concorrencial, a norma exige, pelo menos, três requisitos: primeiro, a existência de uma posição dominte do agente. O segundo, é o poder de mercado, e por fim, que esse mercado controlado seja relevante.

Assim, diante de todo o exposto, verifica-se que, apesar de não existir uma definição do instituto jurídico da abusividade, e seja pouco provável de encontrá-la, o direito de concorrência o regula através de cláusulas gerais e exemplificativas, que condicionam a sua ocorrência a situações específicas.

Em vista disso, conclui-se que, a Lei Concorrencial não permite a aplicação da abusividade na relação puramente comercial, tendo em vista que, seus requisitos exigem necessariamente a existência de uma disparidade entre os agentes, a exemplo da própria existência de posição dominante entre as partes envolvidas.

4. Abusividade no direito do consumidor

Em que pese a legislação aplicável aos contratos empresariais seja o Código Civil, o repúdio ao exercício abusivo de um direito não está limitado a este, encontrando-se também em outros diplomas legislativos, como no art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro ou nos arts. 79 e 80 do Código de Processo Civil, e, principalmente, no Código de Defesa do Consumidor.[178]

As cláusulas abusivas não constituem novidade alguma no Direito Brasileiro. Ao contrário, são conhecidas já há bastante tempo como cláusulas leoninas. Essas cláusulas têm sua origem no momento da celebração do contrato,[179] muito embora os efeitos só possam ser conhecidos quando da sua execução.

O nosso ordenamento jurídico nunca permitiu a prática de cláusulas abusivas na seara contratual, mas, é a partir do código de Defesa do Consumidor, que verificamos essa proibição de forma literalmente expressa e estruturada.

O presente capítulo tem por objetivo discutir a ausência de uma definição precisa do conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e como essa omissão impacta a aplicação do instituto como um todo.

Em 1990, a Lei 8.078 passou a disciplinar as relações de consumo, retirando da incidência do Direito Civil os contratos celebrados entre fornecedores e consumidores. Por meio desse dispositivo, o legislador elaborou um microssistema com uma diversidade de institutos jurídicos e normas trazidas de outros ramos do direito, configurando o Código de Defesa do Consumidor.[180] O artigo 6º desse diploma, ao tratar dos direitos básicos do consumidor, traz uma síntese dessas regras materiais e processuais.[181]

Entre os direitos enumerados no artigo 6º, tem-se, no inciso V, o direito à "modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". Ainda, o artigo 51 traz um rol exemplificativo de cláusulas contratuais nulas de pleno

178 BRASIL. **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. 2023.

179 SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. Pág.84. "A existência de uma cláusula abusiva em um contrato é atual, isto é, a sua estipulação é concomitante à celebração do negócio, situação diferente daquela que ocorre por motivos ulteriores à pactuação."

180 NERY JÚNIOR, Nelson. **Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.3, p.44-77.

181 BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 6º.

direito. No entanto, o próprio CDC não traz um conceito jurídico acerca do instituto da abusividade.[182]

A inovação que autorizou em contratos de consumo a alteração de cláusulas abusivas ou a revisão do contrato pelo juiz, trazida pelo CDC, é evidente. O problema é que o CDC tutela especificamente os contratos de consumo e, novamente, não há uma definição do que seja abusividade.

Ora, existem muitos outros contratos padronizados e de adesão que, embora não sejam de consumo, apresentam cláusulas abusivas no seu conteúdo, e o Código Civil, infelizmente, não traz o tratamento devido.[183]

Nesses casos, a solução encontrada pelo Judiciário é, muitas vezes, a aplicação analógica das normas do CDC.[184] Assim, diante da falta de um regime específico, utiliza-se o indicativo previsto na disposição do art. 29 do CDC, que traz o conceito de consumidor por equiparação, analisando precipuamente a vulnerabilidade do contratante.

Ocorre que, no caso dos contratos puramente empresariais, a Lei n. 13.874/2019[185] expressamente, em seu artigo 421-A, revisão contratual de maneira excepcional e limitada, bem como a paridade e simetria das partes. Portanto, não há que se falar em analogia. A extensão do regime instituído no Código de Defesa do Consumidor para as cláusulas abusivas de contratos empresariais se mostra inapropriada.

Ademais, não se pode precisar, mesmo com as disposições do CDC um conceito para cláusulas abusivas. Há tão somente um rol exemplificativo de situações em que a empresa possivelmente configura como destinatária final de produto ou serviço.

Em verdade, no próprio CDC, as expressões "abuso de direito", "abusos" e "abusivas" são utilizadas 14 vezes, mas nenhuma delas se presta a trazer uma definição do que seria esse instituto, vejamos:

---

182 BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 51.

183 NORONHA, Fernando. **Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas.** São Paulo: USP, 1991. Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 1991, p. 346.

184 BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB. Art. 4º.

185 BRASIL. **Lei Nº 13.874, de 20 de Setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado.

Artigo do CDC	Dispositivo
Art. 4º, VI, CDC	A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;
Art. 6º, IV, CDC	IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
Art. 28, CDC	O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
Art. 37, CDC	É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
Art. 37, §2º, CDC	É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
Art. 39, CDC	É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas
Art. 51, CDC	São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
Art. 51, §2º, CDC	A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.
Art. 60, CDC	A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.
Art. 60, §1º, CDC	A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.
Art. 67, CDC	Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva.

Dada a ausência de um conceito fechado de abusividade, também no Código do Consumidor, foi atribuída à doutrina e à jurisprudência a árdua tarefa de interpretar e aplicar o conceito de abusividade em casos concretos.

Este cenário demanda uma análise cuidadosa que considere os princípios gerais do Direito e as circunstâncias específicas de cada situação. Os princípios estabelecidos pelo CDC, como a vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé objetiva e a transparência, servem como norte para a identificação de práticas abusivas, mesmo na ausência de uma definição legislativa específica.

Assim, faz-se necessária uma análise do tratamento da abusividade em nosso ordenamento jurídico, a fim de tentar identificar diretrizes mais claras para a identificação de práticas abusivas e reduzir a margem de incerteza.

4.1. Fundamentos da Prevenção do Abuso de Direito no direito do consumidor

A relação de consumo é caracterizada pela presença do consumidor, parte tipicamente mais vulnerável, frente ao fornecedor, detentor de maior poder econômico e informacional.[186] Este desequilíbrio justifica a existência de normas específicas que visam a prevenir abusos.

A caracterização do abuso de direito no ambiente consumerista envolve a identificação de condutas que apesar de se enquadrarem em uma prerrogativa legal, são exercidas de maneira desproporcional, injusta ou com o intuito de prejudicar o consumidor. Exemplos comuns de abuso incluem a imposição de cláusulas contratuais excessivamente onerosas, práticas comerciais desleais e a negativa injustificada de garantia ou serviço pós-venda.[187]

O CDC estabelece uma série de princípios e regras que servem como fundamentos para a prevenção e repressão do abuso de direito. O princípio estabelece obrigações secundárias de comportamento, exigindo das partes atitudes essenciais, mesmo que não estejam explícitas nos contratos, que precisam ser seguidas para garantir a concretização das expectativas legítimas originadas pelo acordo e sua execução.[188] Ademais de

[186] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos nos Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

[187] GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas Abusivas.** São Paulo: Saraiva, 2001.

[188] DIMOULES, Dimitris; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

gerar obrigações, o princípio também restringe a forma como os direitos podem ser exercidos, proibindo sua utilização de maneira que viole o mútuo compromisso com a lealdade.[189]

Nesse contexto, o Código, para estabelecer o que configura abusividade, recorre não só ao uso de princípios e cláusulas gerais mas também se vale de uma lista que exemplifica as ocorrências mais frequentes ou severas, a exemplo dos seus artigos 39, 51 e 52.[190] Essa relação serve como ilustração e não é exaustiva, permitindo a identificação de práticas abusivas além das expressamente listadas.

Ainda nessa abordagem, é necessário afastar também a noção limitada de que as disposições dos artigos 51 e 52, referentes às cláusulas abusivas, se aplicam exclusivamente aos contratos de adesão. Não é esse o fundamento do Código.

Em momento algum a legislação sugere que sua proteção ao consumidor se restringe à participação deste em contratos que apresentem cláusulas gerais de negócio.[191] Tal interpretação reduziria drasticamente o alcance da nova legislação, a qual foi criada para ordenar as relações de consumo de forma ampla, e não somente para os casos de contratos de adesão, embora estes sejam comumente utilizados.

Na realidade, para o CDC, o abuso se caracteriza sempre que uma cláusula, mesmo que negociada, resultar em um prejuízo desproporcional para o consumidor. Assim, é possível que seus princípios se apliquem a todos os tipos de contratos, não se limitando apenas aos que emergem das relações de consumo ou, em um escopo ainda mais reduzido, unicamente aos contratos de adesão.

Diante dessas nuances, verifica-se que para o direito consumerista é importante a questão do equilíbrio nas relações de consumo, pois é o núcleo do princípio da boa-fé, consagrado no art. 4º, III, e no art. 51, IV, do CDC.[192]

Assim, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a boa-fé objetiva como um princípio orientador das relações de consumo, reconhecida como um padrão de

---

189 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Cláusulas abusivas no Código do Consumidor**. Disponível em:https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/Cl%C3%A1usulas%20abusivas%20no%20C%C3%B3digo%20do%20Consumidor.doc. Acesso em: 24/12/2023.

190 BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Art. 39; Art. 51 e Art.52. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 24/12/2023.

191 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Cláusulas abusivas no Código do Consumidor**. Disponível em:https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/Cl%C3%A1usulas%20abusivas%20no%20C%C3%B3digo%20do%20Consumidor.doc. Acesso em: 24/12/2023.

192 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo.** Revista do Direito do Consumidor, n.6, abr./jun. 1993. p.32.

comportamento e configurando-se em uma obrigação de agir de acordo com padrões de retidão e lealdade, de modo a não decepcionar a expectativa legítima da contraparte.[193]

No entanto, para identificação das cláusulas abusivas no direito consumerista, não só o princípio da boa-fé é utilizado como balizador, de modo que se faz necessária a análise dos demais princípios do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis no combate ao abuso de direito.

4.1.1 Princípios do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis no combate ao abuso de direito.

Conforme exposto, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), consagra um conjunto de princípios que são fundamentais para a compreensão e aplicação do direito do consumidor, especialmente no que tange ao combate ao abuso de direito. Os princípios não apenas orientam a aplicação das normas, mas também funcionam como verdadeiros instrumentos de realização de justiça nas relações de consumo.[194]

Assim, embora não detalhe expressamente o conceito de abuso de direito, o Código o coíbe através da implementação de uma série de princípios que visam proteger o consumidor, parte reconhecidamente mais vulnerável na relação de consumo. Estes princípios não apenas direcionam a aplicação das normas, mas também imprimem um caráter de justiça social às relações de consumo, atuando como verdadeiras cláusulas gerais no combate ao abuso de direito.

A boa-fé objetiva, um dos principais princípios, insculpido no artigo 4º do CDC, é um princípio que permeia toda a relação de consumo, exigindo que fornecedores e consumidores pautem suas condutas por um padrão de honestidade, lealdade e respeito mútuo. Este princípio é aplicado de maneira a evitar que os fornecedores, valendo-se de sua posição, executem práticas que, embora não vedadas explicitamente pela lei, são contrárias à equidade e à justiça, como a venda casada ou a publicidade enganosa.

Tal princípio tem como função, ou como um dos deveres anexos, impor às partes contratantes os deveres de lealdade, de esclarecimento e de informação.[195] Assim, através deste, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Código Civil

---

193 SILVA, Agathe E. Schmidt da. **Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo**. Revista do Direito do Consumidor, jan./mar.1996, n.17, p.155.

194 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p.403.

195 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. **Acórdão 1797183**, 07324511720238070016, Relator: MARILIA DE AVILA E SILVA SAMPAIO, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 11/12/2023, publicado no PJe: 15/12/2023. Pág.: Sem Página Cadastrada.

contemplam limites à liberdade de contratar, impondo observância quanto à função social do contrato e aos deveres de boa-fé objetiva, probidade e lealdade pelas partes.[196]

Nos termos do artigo 422 do Código Civil, a boa-fé objetiva, como cláusula geral, norteia o negócio jurídico. Entre outras obrigações e deveres, a violação à boa-fé objetiva implica ferir a confiança que se gerou na outra parte.[197] Na visão do Código consumerista, a boa-fé objetiva impõe aos contratantes um padrão de conduta ético e leal, proibindo-os de agir em contradição com comportamentos anteriores, mesmo depois de exaurido o contrato (doutrina dos atos próprios).[198]

Vale destacar que esses atos próprios, como não poderia deixar de ser, são contrários ao princípio da boa-fé objetiva. São esses a vedação de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*), a vedação da surpresa por conduta inesperada (*tu quoque*), o dever de mitigar as próprias perdas (Enunciado 169 das Jornadas de Direito Civil - conhecido pelo brocardo anglo-saxão - *duty to mitigate the loss*),[199] a substancial performance (adimplemento substancial que evidencia abuso do direito do credor em retomar a coisa quando parcelas substanciais do contrato já foram quitadas) e a *supressio* e *surrectio.*[200] Tais atos servem de baliza para os magistrados decidirem acerca de eventual ocorrência de abusividade em face do consumidor.

Acompanhando o princípio da boa-fé objetiva, temos o princípio da transparência, inserido no art. 4º, caput[201] do CDC, que tem como fim reequilibrar as relações de consumo, harmonizando e dando maior transparência às relações contratuais, por meio da prestação de informação clara e correta sobre o produto a ser vendido ou contrato a ser firmado. A análise sob a ótica desse princípio permite que o consumidor

---

196 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. **Acórdão 1309711**. Processo n. 07402498220208070000, Relator: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 9/12/2020, publicado no PJe: 21/12/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

197 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. **Acórdão 1302100**. Processo n. 07075807020208070001, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 25/11/2020, publicado no DJE: 30/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada

198 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. **Acórdão 1253926**, Processo n. 07051345020188070006, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANNA, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 3/6/2020, publicado no DJE: 16/6/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

199 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível, **AC 1.071.07,183692-1/001**, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 11.03.2.009, DJ 17.04.2009.

200 SARTÓRIO, Rafaela Costa. **Boa-fé objetiva: De princípio a postulado**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

201 BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. "Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios".

tome decisões adequadas e evite ser induzido a erro, prevenindo o abuso de direito e protegendo as partes contra práticas desleais.

Enquanto o princípio da transparência busca assegurar que todas as informações relevantes sobre produtos e serviços sejam claramente comunicadas ao consumidor, o princípio da proibição de práticas abusivas, estipulado no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), visa coibir ações que se aproveitem da vulnerabilidade ou da falta de conhecimento do consumidor para impor condições injustas ou desproporcionais.

Ao elencar práticas consideradas abusivas e, portanto, proibidas, como a venda casada, a imposição de quantidades mínimas ou máximas sem justa causa, ou a execução de serviços sem prévia autorização expressa do consumidor, reforça a necessidade de transparência nas relações de consumo.[202] Isso ocorre porque muitas das práticas abusivas listadas no artigo 39 estão diretamente relacionadas com a ocultação ou distorção de informações, o que prejudica a clareza e a precisão demandadas pelo princípio da transparência.

Vale registrar que o princípio da transparência e a proibição de práticas abusivas se alinham na promoção da boa-fé objetiva nas relações de consumo. Juntos, eles formam um escudo contra a assimetria de informações e o poder desbalanceado que, historicamente, caracterizaram as relações entre consumidores e fornecedores.[203]

A relação entre esses princípios e o abuso de direito é estreita. O princípio da transparência ajuda a evitar que o direito de contratar e de vender seja exercido de maneira abusiva, pois garante que o consumidor tenha conhecimento pleno do que está contratando ou comprando.[204] Quando um fornecedor falha em ser transparente, ele pode estar, de fato, abusando de seu direito de contratar ao induzir o consumidor a uma relação contratual em termos que ele, se estivesse plenamente informado, possivelmente não aceitaria.

Da mesma forma, a proibição de práticas abusivas atua diretamente na prevenção do abuso de direito. Ao limitar certas condutas dos fornecedores, o CDC está impondo limites éticos e sociais ao exercício de seus direitos comerciais. Isso está em consonância

---

202 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I.

203 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Práticas abusivas, cobrança de dívidas e cadastro de consumo**. In LOPEZ, Teresa Ancona e AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). Contratos de consumo e atividade econômica. São Paulo: Saraiva, 2009.

204 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

com a ideia do Código Civil de que o exercício de um direito não deve ultrapassar os limites da boa-fé ou dos bons costumes.[205]

Em suma, os princípios acima citados, junto com o princípio da vulnerabilidade do consumidor que será analisado a seguir, são mecanismos que o Direito do Consumidor utiliza para equilibrar as relações de consumo e evitar que o exercício legítimo de direitos se transforme em um abuso. Eles buscam assegurar que as relações de consumo se desenvolvam em um ambiente equilibrado, onde os direitos de uma parte não sejam exercidos em detrimento da outra, caracterizando, assim, o abuso de direito.

Assim, através desses fundamentos, incluindo a promoção da transparência e a proibição de práticas abusivas, reforçando a importância da informação clara e adequada e estabelecendo padrões de conduta para os fornecedores, o CDC busca mitigar essas vulnerabilidades e proteger os consumidores, de modo a evitar que a vulnerabilidade do consumidor é um fator de risco que predispõe ao surgimento de abusividade nas relações de consumo.

4.1.2 A Vulnerabilidade do Consumidor como fundamento para Abusividade.

A vulnerabilidade do consumidor é reconhecida como um dos fundamentos do Direito do Consumidor, e é um conceito chave para entender a dinâmica das relações de consumo. A vulnerabilidade do consumidor é em si, um fato, cujo reconhecimento é definido como princípio, por lei.[206] Ela é um fator de risco inerente que amplifica as chances de ocorrência de práticas abusivas por parte dos fornecedores. A vulnerabilidade pode ser entendida sob várias dimensões: técnica, jurídica, econômica e até informacional.[207]

As razões concretas que fundamentam o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor foram categorizadas pela doutrina em uma classificação tríplice, abrangendo as vulnerabilidades técnica, jurídica e fática. Posteriormente, diante do advento das novas tecnologias da informação, esta classificação foi ampliada com a adição de uma quarta categoria: a vulnerabilidade informacional.[208]

---

205 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

206 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 58 e ss. Para os limites e diretrizes da conformação do legislador, veja-se: MÖLLERS, Thomas M. J. Juristische Methodenlehre, 2. ed. Munique: Beck, 2019, p. 235.

207 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor** [**livro eletrônico**] 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

208 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 58 e ss. Para os limites e diretrizes da conformação do legislador, veja-se: MÖLLERS, Thomas M. J. Juristische Methodenlehre, 2. ed. Munique: Beck, 2019, p. 235.

A classificação tríplice da vulnerabilidade resulta da doutrina inaugural do direito do consumidor brasileiro.[209] A vulnerabilidade jurídica se manifesta na carência de compreensão, por parte do consumidor, acerca dos direitos e obrigações que lhe são atribuídos na relação de consumo que firma, isto é, das implicações legais e consequências jurídicas que emergem da aplicação das normas e do conteúdo do contrato de consumo que é firmado.[210]

A vulnerabilidade fática representa uma categoria abrangente, englobando uma variedade de cenários específicos nos quais se identifica a fragilidade do consumidor, baseada em características pessoais que evidenciam sua inferioridade sistêmica diante do fornecedor. Esta pode se originar da disparidade econômica entre as partes, refletindo-se na desigualdade dos recursos disponíveis para a defesa de seus interesses e na atuação de seus direitos (vulnerabilidade econômica).[211]

Uma quarta categoria, referente à vulnerabilidade informacional,[212] detém-se nas implicações destas circunstâncias fáticas, ressaltando a complexidade enfrentada pelo consumidor para compreender as informações pertinentes à contratação em si ou em relação ao seu objeto, seja um produto ou serviço. Com o avanço da era digital, surgiu inclusive uma discussão uma posição própria do consumidor na internet: a vulnerabilidade digital. No entanto, essa não será objeto do presente estudo.

Fato é que, no Direito do Consumidor, este princípio está intrinsecamente ligado à noção de abuso de direito, uma vez que a vulnerabilidade do consumidor pode ser exacerbada quando o fornecedor excede os limites do exercício regular de seus direitos, agindo com má-fé ou desconsiderando a função social do contrato.

Assim, o abuso de direito ocorre quando o fornecedor se utiliza de sua posição privilegiada para impor condições desproporcionais ou para ocultar informações que seriam essenciais para uma escolha informada por parte do consumidor. Essas práticas desequilibram ainda mais a relação, já que o consumidor, por sua natureza vulnerável, não possui os mesmos recursos, conhecimentos técnicos ou poder de negociação que o fornecedor.

---

209 MARQUES, Claudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 324 e ss

210 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 58 e ss. Para os limites e diretrizes da conformação do legislador, veja-se: MÖLLERS, Thomas M. J. Juristische Methodenlehre, 2. ed. Munique: Beck, 2019, p. 236.

211 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 58 e ss. Para os limites e diretrizes da conformação do legislador, veja-se: MÖLLERS, Thomas M. J. Juristische Methodenlehre, 2. ed. Munique: Beck, 2019, p. 237.

212 MARQUES, Claudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 338 e ss.

É justamente essa disparidade de forças, aliás, somada à ausência de liberdade negocial concreta, que leva ao frequente reconhecimento da invalidade da manifestação de vontade da parte hipossuficiente no âmbito do Direito do Consumidor em virtude da abusividade de cláusulas impostas pelo lado mais forte, nos termos, por exemplo, do art. 51, IV do CDC:

> "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. "[213]

É importante notar que o princípio da vulnerabilidade não visa somente proteger o consumidor, mas também promover a equidade e a justiça no mercado de consumo, prevenindo o desequilíbrio nas relações e garantindo uma competição leal entre fornecedores.

Nesse contexto, a jurisprudência do STJ é no sentido de que, em regra, a determinação da qualidade de consumidor deve ser feita mediante aplicação da teoria finalista, a qual, repise-se, considera destinatário final somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.[214] Com isso, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço.[215]

Ocorre que, esse fundamento da vulnerabilidade abriu portas para diversas interpretações e até desvirtuamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como a teoria finalista mitigada, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).[216]

A jurisprudência do STJ, pautada em uma interpretação teleológica do dispositivo legal, adere à teoria finalista mitigada ou aprofundada, a qual viabiliza a aplicação da lei consumerista sobre situações em que, apesar de o produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, há vulnerabilidade técnica

---

213 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 762.932/SP**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 30/11/2022.

214 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.973.833/SP**, Quarta Turma, DJe de 18/8/2022; AgInt no AREsp n. 1.917.571/DF, Terceira Turma, DJe de 17/6/2022; AgRg nos EDcl no REsp 1.281.164/SP, Quarta Turma, DJe de 4/6/2012; AgRg no Ag 1.248.314/RJ, Terceira Turma, DJe de 29/2/2012.

215 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.195.642/RJ**, Terceira Turma, DJe de 21/11/2012.

216 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 1.454.583 - PE (2019/0049442-9)**, relator Ministro Luís Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 19/04/2018.

jurídica ou fática da parte adquirente frente ao fornecedor. Nessas situações, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor fica condicionada à demonstração efetiva da vulnerabilidade da pessoa frente ao fornecedor.[217] Se a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidor final nem se apresenta em situação de vulnerabilidade, não incidem as regras do Direito do Consumidor.[218]

Logo, segundo a jurisprudência do STJ, é possível reconhecer a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em situações nas quais o comprador não se configura como o destinatário final efetivo ou comercial do bem ou serviço, contanto que haja evidências claras de sua condição vulnerável em relação ao fornecedor.

No entanto, em razão da ausência da definição de critérios objetivos para a caracterização da abusividade no direito do consumidor, observa-se que tem ocorrido uma aplicação indiscriminada do CDC às relações empresariais com o surgimento de incertezas jurídicas, visto que a interpretação das normas de abusividade, feitas sob a perspectiva da proteção ao consumidor, não se mostram adequadas para resolver conflitos entre empresas.

Tal conduta fica evidente no julgado que abaixo se transcreve:

> "Diante desse cenário, sem adentrar na questão de a pessoa jurídica Autora ostentar ou não a condição de destinatária final, entendo verificada a vulnerabilidade da Requerente perante a Ré, hábil a atrair a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor. "[219]

Ocorre que, a aplicação das normas de abusividade do CDC nas relações entre empresas representa uma interferência desproporcional nas dinâmicas comerciais, limitando a autonomia contratual e a competição de mercado. Através dessa conduta indiscriminada do Judiciário, a vulnerabilidade da parte na relação jurídica passou a ser uma condição de aplicação quase que automática do instituto da abusividade, quando, na verdade, não é esse o objetivo.

---

217 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2020811/SP**, Terceira Turma, DJe 13/3/2017 e AgInt no AREsp 1215736/SP, Quarta Turma, DJe 15/10/2018.

218 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.297.956/RJ**, relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2022, DJe de 29/11/2022.

219 BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1332192**, Processo n. 07384824020198070001, Relator: Robson Teixeira de Freitas, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 8/4/2021, publicado no DJE: 22/4/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.

Esse raciocínio ignora integralmente a relevância do propósito da compra para definir o alcance da teoria finalista, ou seja, omite um componente fundamental que determina a aplicação dessa perspectiva. Isso resulta em uma abordagem que se assemelha muito mais ao maximalismo, onde a finalidade da aquisição torna-se irrelevante.

Diferentemente dos contratos de consumo, que exibem um desequilíbrio evidente, presume-se que os contratos empresariais sejam celebrados entre partes em condições de igualdade e equivalência. As partes envolvidas são empresários ou outros agentes participantes da cadeia produtiva ou comercial, dotados do conhecimento profissional e/ou técnico necessário, com o objetivo de obter lucro mediante a produção ou distribuição de bens ou serviços. Daí já é possível afastar a aplicação da noção de vulnerabilidade ao empresário.

Surge, assim, um equívoco a respeito da linha interpretativa adotada pela jurisprudência brasileira, que por si só já constitui uma adaptação da corrente finalista. Esta variação se desenvolveu a partir da necessidade de expandir a definição de consumidor para incluir empresários, visto que a prática jurídica vigente não se alinha com a teoria que serve de base para essa expansão.

Essa intervenção indiscriminada do Judiciário pode levar a uma redução da eficiência econômica, pois as empresas têm menor flexibilidade para inovar e adaptar suas práticas comerciais conforme as exigências do mercado, o que traz diversos impactos no próprio direito empresarial.

4.2. Análise Jurisprudencial da abusividade no direito do consumidor.

A jurisprudência, enquanto instrumento dinâmico de interpretação do direito, ocupa uma posição central na delimitação do conceito de abusividade nas relações de consumo.[220] No entanto, a ausência de uma definição clara e objetiva do que constitui uma prática abusiva gera uma significativa inconsistência nas decisões judiciais. Este segmento do estudo propõe-se a investigar criticamente como tal indeterminação afeta o tratamento da abusividade no âmbito do Direito do Consumidor. Ao examinar as decisões dos tribunais, torna-se evidente que a falta de critérios precisos pode levar

[220] KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Covid-19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade civil extracontratual.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual. Acesso em: 18 maio 2021

a interpretações divergentes, resultando em uma proteção ao consumidor que é, paradoxalmente, tanto imprevisível quanto variável.

A análise será focada em identificar as discrepâncias e distorções decorrentes dessa indefinição, evidenciando como a elasticidade do conceito pode, em alguns casos, favorecer a relativização de direitos do consumidor e, em outros, promover uma rigidez excessiva contra as práticas comerciais. Este olhar crítico busca contribuir para o debate sobre a necessária evolução dos parâmetros jurídicos, visando uma maior segurança jurídica e equilíbrio nas relações de consumo.

Assim, é fundamental revisar algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que exemplifiquem a aplicação do conceito de abusividade nas relações de consumo e como a ausência de uma definição precisa pode influenciar na interpretação da legislação.

A escolha dessas decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para a análise crítica da abusividade no direito do consumidor foi motivada por diversos fatores, que visam enriquecer o debate acadêmico e prático sobre a matéria, como relevância, diversidade de setores a dinâmica jurisprudencial e os desafios enfrentados.

As decisões selecionadas abordam temas que são recorrentes e polêmicos no direito do consumidor, como juros remuneratórios, cláusulas de planos de saúde, cobrança de tarifas e taxas, e cláusulas de fidelização. Essas questões são representativas dos desafios enfrentados pelos consumidores no mercado atual.

Além disso, as decisões refletem uma variedade de setores econômicos – financeiro, saúde, habitação e telecomunicações – proporcionando uma visão abrangente de como a abusividade é tratada em diferentes contextos de consumo. Isso permite uma análise mais ampla e diversificada, fundamental para um estudo crítico do tema. As questões tratadas nas decisões têm um forte impacto na vida cotidiana dos consumidores. A escolha visa abordar como a abusividade pode afetar direitos básicos como saúde, moradia e acesso a serviços essenciais, ressaltando a relevância social do debate jurídico.

Ainda, as decisões selecionadas mostram a evolução do entendimento do tribunal sobre o que pode ser considerado abusivo, evidenciando a dinâmica jurisprudencial e a influência de princípios como o da boa-fé e da função social do contrato. Também, ilustram a aplicação de conceitos jurídicos abstratos em situações concretas. Esta seleção visa estimular o pensamento crítico e a capacidade de aplicar a teoria à prática.

Por fim, cada uma dessas decisões destaca os desafios na aplicação do conceito de abusividade, reforçando a ideia de que não há uma fórmula simples para sua

determinação. Isso reafirma a necessidade de um estudo aprofundado e crítico sobre como a jurisprudência pode variar e quais os fatores que influenciam tais variações.

Essas decisões foram cuidadosamente escolhidas não só por seu conteúdo, mas também pela capacidade de fornecer um rico material para discussão e reflexão sobre a abusividade no direito do consumidor, mostrando a importância de uma análise crítica para o desenvolvimento de uma jurisprudência mais consistente e justa.

O primeiro caso trata-se do REsp 418.572/SP (2009). Este se tornou um marco na jurisprudência sobre alteração unilateral do plano de saúde.

A demanda cuidava em saber se a alteração contratual realizada pelo fornecedor podia ser oposta aos consumidores. Os autores alegaram que a modificação, realizada pela empresa sem a aquiescência do cliente, determinou que a assistência médico hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela, ao passo que o contrato original não estabelecia tais limitações.[221]

A cláusula contratual em questão foi declarada nula pelo Superior Tribunal de Justiça, que fundamentou sua decisão no sentido de que a operadora de plano de saúde é compelida a obedecer a uma conduta de boa-fé qualificada, isto é, uma boa-fé que implica obrigações de clareza na comunicação, colaboração e atenção para com o consumidor/segurado. Portanto, a cláusula foi declarada nula, visto que houve infração aos deveres essenciais de transparência e colaboração inerentes à boa-fé objetiva, assim como aos artigos 46 e 51, inciso IV e parágrafo primeiro, do Código de Defesa do Consumidor.

A nulidade parece ter decorrido, conforme análise do julgado, da contrariedade entre o comportamento do fornecedor, que modificou o contrato unilateralmente em prejuízo do consumidor, e o padrão de conduta exigido pela boa-fé. Note-se que aqui, em que pese haver dispositivos específicos que regulam a situação, o magistrado optou por fundamentar a sua decisão na cláusula geral da boa-fé. No entanto, o magistrado também poderia ter abordado a questão sob a perspectiva da eficácia contratual, pois de acordo com o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor,

---

221 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 418572/SP**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de julgamento: 10/03/2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863752&num_registro=200200255150&data=20090330&formato=PD. Acesso em 13/01/2023.

> "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. "[222]

Aqui, é possível perceber como o princípio da boa-fé, destinado originalmente a ser o alicerce para a construção de um ambiente contratual equitativo e justo, pode sofrer um desvirtuamento ao ser aplicado de forma genérica, sem a devida ponderação das circunstâncias específicas de cada caso.

Ademais, o fundamento da declaração de nulidade proferida na decisão foi de que "*foram violados deveres fundamentais de informação e cooperação decorrentes da boa-fé objetiva, bem como os arts. 46 e 51, IV e § 1º do CDC*".[223] No entanto, o conteúdo do inciso IV do art. 51 do CDC nada mais é do que uma previsão vaga, enunciando as hipóteses de nulidade das cláusulas contratuais, veja-se:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> (...)
>
> IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;[224]

A decisão mostra que em 2009, os magistrados já encontravam dificuldade ao tentar aferir a natureza abusiva de cláusulas contratuais e práticas comerciais, muito provavelmente em razão da ausência de critérios objetivos, optando então por aplicações amplas e genéricas.

---

222 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 418572/SP**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de julgamento: 10/03/2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863752&num_registro=200200255150&data=20090330&formato=PD. Acesso em 13/01/2023.

223 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 418572/SP**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de julgamento: 10/03/2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863752&num_registro=200200255150&data=20090330&formato=PD. Acesso em 13/01/2023.

224 BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, art. 51, IV.

Outra situação é o caso dos encargos abusivos,[225] discutido no AgRg no Ag 1394166/SC em 2012.[226] Trata-se de ação revisional de contrato bancário, em que o banco agravou contra decisão do próprio STJ que declarou que a cobrança cumulativa de comissão de permanência com correção monetária, juros remuneratórios,[227] juros moratórios e multa contratual[228] é abusiva.

Entretanto, mais uma vez, o fundamento para permitir a revisão contratual foi o *"fato de que o princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual. "*[229] Mesmo com a previsão específica e direta do Código do Consumidor (art. 51, inciso IV), o STJ preferiu fundamentar a nulidade da cláusula com relação a princípios gerais para solucionar a questão.

Outra situação interessante de ser analisada, é o REsp 1551951 / SP (2016).[230] Trata-se de Recurso Especial em que se discutiu a legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento de abusividade da transferência desses encargos ao consumidor (tema 939).

Na ocasião, o STJ declarou que a questão seria especialmente relevante, pois deve ser aferida a validade dessa cláusula na perspectiva do Direito do Consumidor, eis que se trata, em regra, de relação de consumo (artigos 2º e 3º do CDC). Nesse contexto, em princípio, é válida a cláusula que transfere para o consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem, exigindo-se apenas transparência nessa atribuição.[231]

---

225 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé objetiva no direito privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, 2ª Edição, p.640.

226 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. **AgRg no Ag 1394166/SC**. Segunda Turma. Relator Min. Herman Benjamin Julgamento 10.06.2014. Dj de 14.08.2013. No mesmo sentido: STJ. AgRg no REsp 838127/DF. Primeira Turma Relator Min. Luiz Fux Julgamento em 17.02.2009. DJ de 30.03.2009; e ST), AgRg no AREsp 37131/ SC. Quarta Turma. Relator Min. Raul Araújo, Julgamento em 24.04.2012. Dj de 31.05.2012.

227 Remetendo às Súmulas 30 e 296, respectivamente.

228 A decisão também eliminou a aplicação de juros compostos, dado que as circunstâncias fáticas não atendiam aos critérios exigidos, e ainda afastou a inadimplência do correntista, considerando que a abusividade advinha da imposição dos encargos do "período da normalidade", que são os juros.

229 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. **AgRg no Ag 1394166/SC**. Segunda Turma. Relator Min. Herman Benjamin Julgamento 10.06.2014. Dj de 14.08.2013. No mesmo sentido: STJ. AgRg no REsp 838127/DF. Primeira Turma Relator Min. Luiz Fux Julgamento em 17.02.2009. DJ de 30.03.2009; e ST), AgRg no AREsp 37131/ SC. Quarta Turma. Relator Min. Raul Araújo, Julgamento em 24.04.2012. Dj de 31.05.2012.

230 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1551951 / SP. Segunda Seção. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento 24/08/2016. DJe 06/09/2016.

231 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1551951 / SP. Segunda Seção. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento 24/08/2016. DJe 06/09/2016, p.21.

Contudo, considerando a perspectiva consumerista da relação em questão, ficou claramente enfatizado que, por conta dessa ótica, não só é direito do consumidor receber informações apropriadas sobre produtos e serviços, mas também é uma obrigação legal do fornecedor, como se depreende, entre outros, dos artigos 31, 46 e 52 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a fundamentação foi no sentido de que:

> O dever de informação constitui um dos princípios consectários lógicos do princípio da boa-fé objetiva, positivado tanto no Código Civil de 2002 (art. 422), como no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III), consubstanciando os deveres de probidade, lealdade e cooperação, que deve pautar não apenas as relações de consumo, mas todas as relações negociais.
>
> (...)
>
> Propõe-se, assim, acerca da comissão de corretagem cobrada em estande de vendas de imóveis sob o regime da incorporação imobiliária a seguinte tese: Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, **desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem**. (Grifo da Autora).[232]

Portanto, no caso em análise, a verificação da abusividade da cláusula no contrato de consumo foi condicionada tão somente ao cumprimento ou não do dever de informação do fornecedor perante o consumidor.

A informação adequada e clara está prevista no artigo 6º, inciso III, do CDC. No entanto, a violação desse direito enquadra-se na hipótese geral do art. 51, XV, do CDC, em que:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> (...)
>
> XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

[232] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial.. REsp 1551951 / SP. Segunda Seção. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento 24/08/2016. DJe 06/09/2016.

Note-se que não há análise da existência de desvantagem exagerada ou ainda, violação da boa-fé. Tendo em vista que o adquirente foi devidamente informado acerca do valor efetivo do imóvel e do preço final com o acréscimo da comissão de corretagem, o STJ reconheceu a validade da cláusula contratual.

Em que pese a decisão não tenha contribuído para definir o instituto da abusividade no âmbito do Direito do Consumidor, certo é que ela sublinha a necessidade de transparência e informação adequada para a não caracterização de abusividade. A jurisprudência tem reiteradamente enfatizado que o cumprimento do dever de informação é capaz de validar cláusulas que, de outra forma, poderiam ser consideradas abusivas.

No entanto, essa visão pode ser considerada redutora, uma vez que foca unicamente na transparência e não aborda outros elementos que podem influenciar a equidade do contrato. A abusividade pode residir em aspectos que vão além da informação, como a imposição de obrigações excessivamente onerosas ou a criação de barreiras desproporcionais para o consumidor exercer seus direitos, o que demonstra a evidente necessidade de uma delimitação do instituto.

Outro caso interessante é o da cobrança da taxa de conveniência na venda de ingressos na internet. A matéria foi discutida por meio do Recurso Especial Nº 1.737.428 – RS (2019)[233], de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que foi analisada a abusividade da cobrança da "taxa de conveniência", exigida sem ter como contrapartida qualquer comodidade ou vantagem aos consumidores.

Na ocasião foi declarado que além da restrição da liberdade contratual bastante para macular a validade da cobrança da "taxa de conveniência", por violação da boa-fé objetiva, os diversos privilégios que os produtores e promotores têm de, no menor prazo possível, vender os espaços destinados ao público e realizar o retorno dos investimentos, modificam substancialmente o cálculo da proporcionalidade das prestações envolvidas no contrato, não sendo mais possível vislumbrar o equilíbrio pretendido pelas partes no momento da contratação ou eventual vantagem ao consumidor com o oferecimento conjunto dos serviços.

Assim, concluiu-se que, "*o desequilíbrio do "contrato, tornando-o desvantajoso ao consumidor enquanto confere vantagem sem correspectivo ao fornecedor", o que também acaba por vulnerar o princípio da vedação à lesão enorme, previsto nos arts. 39, V, e 51,*

[233] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1551951 / SP. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento 12/03/2019. DJe 15/03/2019.

IV, do CDC."[234] Aqui, já é possível notar uma maior preocupação acerca dos elementos capazes de configurar o instituto da abusividade.

A alteração no posicionamento do STJ, especialmente em decisões que consideram a cobrança da "taxa de conveniência" como abusiva, indica uma evolução na interpretação dos critérios de abusividade. Isso revela uma maior preocupação do tribunal em equilibrar as relações entre consumidores e fornecedores e em proteger o consumidor contra práticas que possam ser consideradas desleais ou injustas.

Essas decisões são apenas uma amostra de como o STJ aborda a abusividade, ressaltando a ausência de uma definição objetiva e como isso pode influenciar na variabilidade das decisões. Ao analisar esses precedentes, é possível perceber como os princípios de proteção ao consumidor são aplicados de maneira diversa, refletindo a complexidade e a necessidade de uma análise crítica e contextualizada das normas de defesa do consumidor.

No entanto, a linha tênue que separa práticas comerciais legítimas de cláusulas abusivas se tornou um campo minado, onde a falta de previsibilidade nas decisões judiciais alimenta uma crítica contundente quanto à atual postura do Superior Tribunal de Justiça.

A atuação do STJ, embora muitas vezes louvável na proteção ao consumidor, é vista por alguns como uma espécie de navegação em águas turvas, onde a ausência de balizas claras pode levar a um ativismo judicial que, em vez de assegurar uma proteção eficaz ao consumidor, acaba por gerar um ambiente de incerteza. Esta atuação, por vezes, pode ser interpretada como arbitrária, pois o que para um consumidor pode parecer uma taxa injusta, para outro pode ser vista como o custo de um serviço conveniente.

Portanto, a instauração de critérios objetivos para a delimitação da abusividade no direito do consumidor é uma demanda urgente e inadiável. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda que pautada pela proteção ao consumidor, carece de uma uniformização que transcenda a subjetividade e que atenda à previsibilidade legal necessária para a estabilidade das relações de consumo.

A urgência se dá não apenas pela necessidade de proteger o consumidor, mas também para propiciar um ambiente de negócios saudável e previsível, onde os fornecedores possam inovar e competir sem o receio de ultrapassar linhas jurídicas indefinidas.

---

[234] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1551951 / SP. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento 12/03/2019. DJe 15/03/2019.

4.3 A impossibilidade de aplicar a abusividade do direito do consumidor a relações empresariais.

Diante da análise jurisprudencial acima exposta, é possível verificar que o Judiciário, na maioria das vezes, não considera a incidência do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, que, ao proibir e sancionar a abusividade, também visa assegurar o equilíbrio contratual. Pelo contrário, recorre diretamente ao princípio do equilíbrio e aos institutos que o implementam.

Ademais, também foi possível verificar que algumas das análises casuísticas utilizam o critério da vulnerabilidade para aferição da ocorrência de abusividade.

Não obstante toda a dificuldade encontrada na identificação do instituto da abusividade nas relações propriamente consumeristas, ainda há a tentativa forçada de enquadrar uma pessoa jurídica como consumidora, invocando uma suposta vulnerabilidade para reconhecer abusividade no âmbito do consumidor, por meio da teoria finalista mitigada.

Fato é que a tentativa de enquadrar pessoas jurídicas como consumidoras vulneráveis, a fim de aplicar os conceitos de abusividade do CDC, não se sustenta diante de uma análise crítica do direito do consumidor. Tal prática forçada pode comprometer a eficácia da legislação consumerista e desestabilizar o equilíbrio que o CDC visa promover nas relações de consumo.

Ora, a proteção ao consumidor deve ser preservada para aqueles que realmente necessitam de tutela especial diante de sua vulnerabilidade, e não ser utilizada como uma ferramenta estratégica por entidades que, pela sua própria natureza, não se encaixam nessa categoria.

Há uma clara distinção entre a vulnerabilidade de um consumidor individual e a de uma entidade empresarial, mesmo quando esta está adquirindo produtos ou serviços fora de seu ramo de atuação. A atividade empresarial pressupõe uma dinâmica de mercado e uma acuidade na gestão de riscos que são alheias ao cotidiano do consumidor individual.[235]

A vulnerabilidade, no contexto do CDC, é entendida como a inferioridade do consumidor frente ao fornecedor, no que tange ao conhecimento técnico, à capacidade

[235] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

econômica, ou à informação.[236] Essas condições justificam a existência de um regime jurídico específico, que visa equilibrar as relações e evitar abusos.[237] No entanto, pessoas jurídicas, por sua natureza e estrutura, não se enquadram tipicamente nessa noção de vulnerabilidade.

A proteção ao consumidor deve ser preservada para aqueles que realmente necessitam de tutela especial diante de sua vulnerabilidade, e não ser utilizada como uma ferramenta estratégica por entidades que, pela sua própria natureza, não se encaixam nessa categoria.

As práticas comerciais consideradas abusivas no contexto do direito do consumidor estão frequentemente ligadas a essa disparidade de poder e informação. No ambiente empresarial, entretanto, presume-se um equilíbrio maior de forças e um nível de informação mais avançado, o que torna a aplicação direta dos critérios de abusividade previstos no CDC inapropriada e juridicamente insustentável.

---

236 BONATTO, Cláudio. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

237 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao código de proteção do consumidor** – coordenador: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

5. O abuso de direito nas relações empresariais.

As empresas, ao operarem no mercado, são presumidas ter um nível de expertise, recursos e aconselhamento que as coloca em uma posição substancialmente diferente daquela dos consumidores individuais.[238] Elas são capazes de realizar análises de mercado, avaliar riscos e tomar decisões com base em um conjunto de informações e conhecimentos técnicos que uma pessoa física comum, atuando fora de sua esfera profissional, não possui.

Dentro do contexto da relação jurídica entre empresas, as legislações específicas no ordenamento jurídico brasileiro que regulam o abuso de direito nas relações empresariais estabelecendo parâmetros para a atuação das empresas e individuais, visando preservar a livre concorrência, a lealdade comercial e o funcionamento adequado do mercado.

Além da cláusula geral do artigo 187, do Código Civil, como vimos, temos algumas outras legislações que complementam a regulação da conduta da empresa em relação à outra parte, a exemplo do Código do Consumidor e a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). Acrescente-se ainda a Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996), que pune o abuso de direito quando há exploração indevida de patentes, marcas ou outros ativos de propriedade industrial e a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976), contém regras sobre a governança corporativa e os deveres dos administradores, visando coibir o abuso de poder.

Entretanto, tais leis podem não oferecer instrumentos suficientes para regular todos os aspectos das interações entre empresas. Isto é, enquanto esses corpos legais são robustos na proteção do consumidor e na promoção de um ambiente concorrencial saudável, eles podem deixar lacunas quando se trata de regular as relações empresariais em si.

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Defesa da Concorrência são fortemente orientados para a proteção do consumidor e a preservação da ordem econômica, respectivamente. Isso pode levar a uma menor consideração das necessidades e desafios específicos das transações entre empresas, que muitas vezes envolvem questões complexas de direito contratual, responsabilidades e riscos compartilhados.

---

238 COELHO, Fábio Ulhoa. **O Empresário e os Direitos do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

O Código Civil, apesar de abrangente, possui princípios gerais que podem ser demasiadamente amplos e deixar margem para interpretações diversas. Em relações empresariais puras, a aplicação do conceito de abuso de direito pode ser menos clara, uma vez que as empresas costumam agir com base em interesses econômicos e estratégicos que nem sempre se alinham com a noção de função social ou boa-fé objetiva.

Não há, na legislação brasileira, um conjunto específico de normas destinado a regular exclusivamente as relações jurídicas empresariais. Isso pode ocasionar uma certa insegurança jurídica, uma vez que os operadores do direito precisam recorrer a princípios gerais ou a normas de outras áreas para preencher as lacunas, como podemos verificar da análise jurisprudencial.

Desse modo, há uma percepção de que o ordenamento jurídico brasileiro pode ser menos eficaz ao lidar com conflitos entre empresas que não se enquadram claramente nas categorias de proteção ao consumidor ou ordem econômica. Isso pode demandar uma maior intervenção judicial para interpretar e aplicar os princípios gerais a casos específicos, o que aumenta a incerteza e os custos associados à resolução de disputas empresariais.

Assim, verifica-se a necessidade de desenvolvimento de uma legislação mais especializada que contemple as relações empresariais com a mesma profundidade que as leis atuais contemplam as relações de consumo e a concorrência, dada a possibilidade de ocorrência de abusos dentro das relações empresariais.

5.1 A Dinâmica das Relações Empresariais e a Possibilidade de Abuso.

A dinâmica das relações empresariais é complexa e multifacetada, envolvendo uma teia de interações que vão desde contratos de fornecimento, parcerias estratégicas, *joint ventures*, até negociações de fusões e aquisições.[239] Essas relações são regidas por uma mistura de leis, princípios gerais do direito e, em muitos casos, pela autonomia privada das partes. No entanto, a possibilidade de abuso nessas relações existe e pode manifestar-se de várias formas, algumas das quais podem não estar explicitamente previstas em legislações específicas ou podem escapar da tutela efetiva da lei por várias razões.

[239] MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de Fradera (orgs.). **Critérios para Aplicação do Princípio da Boa-Fé Objetiva** (com ênfase nas relações empresariais), Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem à Clovis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189-229.

As relações empresariais são, por natureza, baseadas em interesses econômicos e na busca por vantagens competitivas.[240] Neste contexto, os limites entre a negociação agressiva e o abuso de direito, podem ser tênues. As empresas podem exercer seu poder de mercado, conhecimento, influência ou recursos de maneira que pressionem ou prejudiquem outras empresas, especialmente aquelas em posição menos favorecida. Aqui, as regras do jogo são outras.

Ainda assim, o abuso de direito se apresenta como uma realidade potencial, sendo necessário compreender suas manifestações, consequências e o tratamento jurídico aplicável. Este capítulo dissertará sobre as peculiaridades das relações empresariais e a possibilidade de abuso de direito, comparando-o com as disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), realizado uma análise fora do âmbito concorrencial.

Dentro do universo empresarial, as relações são pautadas pela autonomia privada, liberdade contratual e a busca por eficiência e lucratividade. Nesse cenário, o abuso de direito pode surgir em diversos contextos, como nas negociações contratuais, no exercício de direitos societários ou na gestão de obrigações empresariais.

Como visto, o Código Civil brasileiro aborda o abuso de direito sob uma ótica genérica, aplicável a todas as relações jurídicas. O artigo 187 do Código Civil menciona que a violação dos limites impostos pelo fim econômico ou social dos direitos, pela boa-fé ou pelos bons costumes, configura ato ilícito. Nas relações empresariais, isso se traduz na observância de deveres anexos à boa-fé objetiva, como a cooperação e a lealdade entre as partes, que devem nortear as práticas empresariais, evitando que um empresário tire vantagem indevida de outro.[241]

Por sua vez, o CDC foca especificamente na proteção do consumidor contra práticas abusivas de fornecedores e prestadores de serviços. Embora o escopo seja o das relações de consumo, certos princípios podem ser interpretados analogicamente nas relações empresariais, como a transparência, a equidade contratual e a vedação de práticas que impliquem em desvantagem exagerada para uma das partes.

Em que pese o direito concorrencial seja aplicável a empresas e preveja o abuso de direito em sua legislação, não é o escopo do presente trabalho. Aqui, busca-se analisar a possibilidade de configuração de abuso de direito em relações puramente

---

240 REVISTA DE DIREITO BANCÁRIO E DO MERCADO DE CAPITAIS. **Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios**. Abuso de Direito e Abusividade Contratual. Boa-fé Objetiva (Parecer)". São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, v. 55, jan./mar. 2012, p. 321-381.

241 REVISTA DO ADVOGADO. O Exercício Jurídico Disfuncional e os Contratos Interempresariais: notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil". São Paulo, ano XXVIII, n. 96, mar. 2008, p. 48-58.

empresariais. Portanto, desconsiderando o direito concorrencial, as preocupações no âmbito empresarial quanto ao abuso de direito podem envolver questões como a usurpação ou o uso indevido de ativos intangíveis (que não envolvam concorrência), a violação de acordos de confidencialidade e a manipulação de preços em contratos exclusivos. O abuso de direito pode também ser observado no exercício de direitos societários, como o uso de votos em assembleias para fins estranhos ao interesse social ou para prejudicar minoritários.[242]

A possibilidade de abuso de direito nas relações empresariais é uma realidade que transcendente o direito concorrencial.

Dentro do direito empresarial, o abuso de direito pode manifestar-se em várias situações que não tangenciam necessariamente questões de concorrência. Por exemplo, na gestão de uma sociedade, o abuso pode ocorrer quando um sócio majoritário utiliza seu poder de voto para aprovar deliberações que beneficiam seus interesses particulares em detrimento da sociedade ou dos interesses dos sócios minoritários.[243] Outra situação seria a manipulação de balanços para esconder a real situação econômica da empresa, afetando negativamente os sócios, credores e investidores.

Por outro lado, o direito concorrencial foca-se na proteção da competição de mercado, visando prevenir e sancionar práticas que restringem ou distorcem a concorrência.[244] Aqui, o abuso de direito estaria ligado a comportamentos como a fixação de preços entre concorrentes (cartel) ou o dumping, que é a venda de produtos abaixo do custo para eliminar a concorrência.[245]

Para tornar um pouco mais clara essa diferenciação, passemos para uma análise prática. Uma empresa pode estabelecer um contrato de exclusividade com um fornecedor, o que é legal e comum em relações empresariais. Contudo, se várias empresas do mesmo setor coletivamente acordam em não negociar com certos fornecedores para forçá-los a termos contratuais desfavoráveis, isso constituiria um cartel, uma prática condenada pelo direito concorrencial. Outro caso, é uma empresa poder defender vigorosamente suas patentes contra infratores, o que é um exercício legítimo de seus direitos no âmbito empresarial. No contexto concorrencial, entretanto, se a mesma

---

242 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. Vol. 1. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

243 RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização Administrativa de pessoas Jurídicas à Luz da Lei Anti-corrupção Empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

244 ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do direito concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

245 AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira**. Textos para Discussão, São Paulo, n. 264, 37 p., jul. 2010.

empresa utiliza suas patentes para impedir qualquer concorrência no mercado, inclusive por meio de litígios frívolos para cansar concorrentes financeiramente, este comportamento poderia ser considerado como um abuso de direito de propriedade intelectual com implicações antitruste.

A diferenciação entre o exercício legítimo de direitos empresariais e o abuso de direito exige uma análise detalhada do contexto e das práticas em questão. Enquanto o direito empresarial lida com a dinâmica interna das empresas e suas relações diretas com sócios, credores e clientes, o direito concorrencial foca nas práticas de mercado que afetam a competição de forma mais ampla. A compreensão dessas áreas e sua aplicação correta são fundamentais para a preservação da integridade das operações empresariais e para a manutenção de um ambiente de mercado justo e dinâmico.

Sendo assim, mostra-se perfeitamente possível a configuração do abuso de direito no âmbito empresarial. Entretanto, a ausência de definição do instituto também é algo que assombra esse campo. A análise detalhada da legislação empresarial revela que, embora não haja uma menção expressa ao termo "abuso de direito", os princípios e as regras que regem as relações empresariais fornecem o substrato necessário para a identificação e a repressão de tais práticas, visando assegurar a integridade e a sustentabilidade das atividades empresariais.

5.2 Aplicação dos Princípios do Direito Empresarial ao Abuso de Direito.

A interseção entre os princípios do direito empresarial e o fenômeno do abuso de direito requer uma análise criteriosa. Este capítulo disserta sobre como os princípios intrínsecos ao direito empresarial podem ser aplicados para identificar, interpretar e sancionar o abuso de direito nas relações empresariais.

Assim como as demais áreas já analisadas, o direito empresarial é guiado por princípios que buscam equilibrar a liberdade de empresa com a função social e responsabilidade perante terceiros. A aplicação dos princípios do direito empresarial ao abuso de direito não é meramente punitiva, mas visa também à prevenção de comportamentos que possam lesar a confiança no mercado e a integridade das relações empresariais.

Segundo Tomazette[246], os princípios do direito empresarial são: a simplicidade das formas, a onerosidade, a proteção ao crédito e o cosmopolitismo.

[246] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Volume 1 - Teoria Geral e Direito Societário**.

O princípio da simplicidade das formas é um alicerce do direito empresarial que visa à redução da burocracia nos negócios, permitindo maior fluidez nas relações comerciais. Contudo, a simplicidade não pode ser pretexto para a falta de transparência ou para a dissimulação de práticas que prejudiquem terceiros.[247] O abuso do direito surge quando a simplicidade formal é utilizada para ocultar atos ilícitos ou para prejudicar credores, sócios ou terceiros, desvirtuando a finalidade para a qual o princípio foi concebido.

Ademais, o princípio da onerosidade no direito empresarial está intrinsecamente relacionado à expectativa de lucro que motiva o empresário.[248] Este princípio reconhece que as transações comerciais são realizadas com o objetivo de obter uma contraprestação, o que é o cerne da atividade empresarial. A busca pelo lucro é legítima e necessária para a sustentabilidade do negócio, para o investimento em inovação e para a contribuição ao desenvolvimento econômico.

Ainda nessa seara, temos o princípio da proteção ao crédito. Trata-se de princípio essencial para a confiança nas relações empresariais e para o bom funcionamento do mercado. Ora, todo empresário precisa de crédito e trabalha com operações que o envolve, de modo que é fundamental proteger o crédito a fim de permitir o melhor desenvolvimento da atividade empresarial.[249]

Por fim, há o cosmopolitismo. Esse princípio reflete a natureza globalizada do comércio e da atividade empresarial moderna, que ultrapassa as fronteiras nacionais e se insere em um contexto internacional.[250] Esse princípio reconhece que as empresas não operam em um vácuo isolado, mas em um ambiente onde as fronteiras geográficas são cada vez menos significativas para a movimentação de capitais, bens, serviços e informações.

O cosmopolitismo implica na necessidade de os empresários compreenderem e respeitarem uma diversidade de regulamentos e práticas comerciais que variam entre diferentes jurisdições. Eles devem estar preparados para atuar em conformidade com leis internacionais, tratados e convenções, e também estar cientes das nuances culturais

13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.61.

247 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Volume 1 - Teoria Geral e Direito Societário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.63.

248 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Volume 1 - Teoria Geral e Direito Societário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.64.

249 TOMAZETTE, **Marlon. Curso de Direito Empresarial: Volume 1 - Teoria Geral e Direito Societário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.61.

250 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Volume 1 - Teoria Geral e Direito Societário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.63.

e comerciais de diferentes regiões. Isso requer uma abordagem flexível e adaptativa, ajustando estratégias de negócios para atender às exigências legais e às expectativas de mercado em vários países.[251]

Em suma, o princípio do cosmopolitismo no direito empresarial promove a integração e a eficiência econômica em escala global, mas exige que as empresas operem de forma ética e responsável, evitando práticas que se aproveitem indevidamente das discrepâncias entre sistemas legais e normativos para prejudicar concorrentes, consumidores, governos ou o ambiente.

Traçadas tais reflexões acerca dos princípios que integram o direito empresarial, passemos à análise quanto à aplicação desses princípios na caracterização do abuso de direito na seara empresarial.

O princípio da simplicidade das formas e o conceito de abuso de direito interagem de maneiras complexas no campo empresarial. O objetivo da simplicidade das formas é facilitar o exercício de atividades econômicas por meio da redução de formalidades e procedimentos desnecessários que podem retardar ou dificultar as operações comerciais. No entanto, essa simplificação também pode abrir espaço para que atores mal-intencionados explorem essas flexibilidades para fins ilícitos, configurando o que se entende por abuso de direito.

A desburocratização no processo de constituição de empresas é um exemplo claro da aplicação do princípio da simplicidade das formas. No entanto, a facilidade em registrar uma empresa sem a necessidade de muitas formalidades pode levar à criação de empresas de fachada ou "laranjas" para a prática de evasão fiscal, lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, o que representa um abuso de direito, por exemplo. Desse modo, pode-se dizer que o abuso de direito ocorre quando a liberdade concedida pelo princípio da simplicidade é utilizada para prejudicar terceiros ou para alcançar objetivos contrários aos originalmente previstos pela norma.

Quanto ao princípio de proteção ao crédito, este é vital nas relações comerciais entre empresas (relações interempresariais), pois garante que os empreendimentos possam obter financiamento e crédito para suas operações, investimentos e expansão. Dentro das relações empresariais, proteger o crédito é crucial para a saúde financeira das empresas e para a dinâmica do mercado.

---

[251] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Volume 1 - Teoria Geral e Direito Societário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.61.

Nas relações comerciais, o crédito é frequentemente estendido com base em contratos de empréstimo, linhas de crédito, emissão de títulos e instrumentos financeiros, ou mesmo através de créditos comerciais, como prazos de pagamento para bens e serviços.[252]

Enquanto isso, o abuso de direito se manifesta quando uma das partes se utiliza de sua posição para impor condições desproporcionais ou agir de maneira prejudicial à outra parte, indo além dos limites impostos pela função econômica e social do direito, como por exemplo, iniciar precipitadamente procedimentos de execução de garantias ou de cobrança sem respeitar os termos acordados, especialmente se feito de forma a prejudicar a continuidade das operações da empresa devedora. Desse modo, a caracterização do abuso de direito surge quando a proteção ao crédito é utilizada de forma a prejudicar o devedor ou terceiros de maneira injustificada, desproporcional ou contrária aos princípios que regem as transações comerciais.

No que diz respeito ao princípio da onerosidade, a visão de lucro do empresário não pode justificar práticas que desvirtuem a onerosidade equilibrada.[253] Abuso de direito ocorre quando esta busca pelo lucro resulta em enriquecimento sem causa, exploração abusiva de uma das partes ou imposição de condições excessivamente onerosas que possam levar a outra parte a uma situação de desvantagem excessiva.

Exemplos incluem cláusulas contratuais que impõem penalidades desproporcionais, preços exorbitantes em situações de dependência ou crise, e a manipulação de mercados para criar condições artificiais de escassez ou demanda. Embora este seja um conceito que tangencia o direito concorrencial, é possível analisá-lo sob a ótica do abuso de direito no direito empresarial, pois tal prática, mesmo que não configurando infração concorrencial, pode violar o princípio da onerosidade ao desequilibrar as relações comerciais e prejudicar o mercado como um todo. Portanto, enquanto o lucro é um componente essencial do empreendimento empresarial, ele deve ser perseguido de maneira que respeite o equilíbrio contratual e as expectativas legítimas das partes.

Por fim, a aplicação do princípio do cosmopolitismo pode ser complexa em relação à caracterização do abuso de direito. O abuso pode emergir quando as empresas exploram de forma inadequada as diferenças entre sistemas legais para obter vantagens competitivas. Isso pode incluir a prática de *forum shopping*, onde uma empresa escolhe estabelecer uma sede ou litigar em uma jurisdição específica, não por sua conexão

252 COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial.** São Paulo, Saraiva, 1994, 4ª ed.

253 COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo, Saraiva, 1994, 4ª ed.

genuína com o local, mas para aproveitar um regime legal mais favorável, muitas vezes em detrimento de terceiros ou da justiça.[254]

Outro exemplo seria a otimização fiscal agressiva, onde as empresas utilizam estruturas complexas para transferir lucros e minimizar obrigações fiscais em jurisdições de alta tributação, muitas vezes através de meios legais, mas que podem ser vistos como contrários à ética empresarial e ao espírito da lei.[255] Enquanto a gestão fiscal eficiente é uma prática legítima de negócios, a linha entre otimização e evasão pode ser tênue, e o abuso de direito ocorre quando essa linha é cruzada.

Como exposto, a aplicação dos princípios do direito empresarial ao abuso de direito é essencial para a manutenção de um ambiente de negócios justo, transparente e competitivo. Estes princípios servem como balizas para a aferição do comportamento dos agentes econômicos, e sua observância é crucial para a detecção e correção de abusos. O direito empresarial, portanto, reconhece a possibilidade do abuso de direito em seu âmbito, buscando promover uma operação de mercado que respeite tanto a liberdade empresarial quanto a ordem econômica e social.

Entretanto, a legislação comercial específica não contém previsão do instituto do abuso em seu conteúdo. Sendo assim, a análise de casos concretos revela que a doutrina e a jurisprudência têm sido capazes de adaptar os princípios para a realidade complexa das relações empresariais, balanceando os direitos e deveres dos envolvidos, na busca de identificação de elementos para sua caracterização.

5.3 Casos Emblemáticos e Análise Jurisprudencial.

A análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o conceito de abusividade no direito empresarial é um tema complexo, notadamente porque se situa fora dos contornos do direito do consumidor e do direito concorrencial. O Tribunal costuma aplicar um conjunto de princípios próprios do direito empresarial para avaliar situações onde possa existir abuso de direito em relações entre empresas que são consideradas paritárias, ou seja, entre partes que estão em igualdade de condições em termos de poder econômico e de conhecimento técnico e jurídico.

---

254 SALLES, Luiz Eduardo. **Forum shopping in international adjudication: the role of preliminary objections**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

255 ROTHMANN, Gerd Willi. **Afinal, o planejamento tributário pode ser criminoso?** In: PRETO, Raquel Elita Alves. **Tributação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa**. São Paulo: IASP, 2015.

A escolha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como recorte analítico justifica-se por diversos motivos estratégicos e metodológicos, mas principalmente em razão das decisões emanadas pelo STJ servirem como precedentes obrigatórios para os demais tribunais do país em matérias que não envolvem a Constituição Federal diretamente, o que confere um caráter de uniformidade e segurança jurídica às relações empresariais.

Portanto, a escolha do STJ como recorte para a análise do conceito de abusividade no direito empresarial proporciona uma justificativa metodológica sólida, coerente com a necessidade de compreensão aprofundada e atualizada da matéria, além de ser fundamental para a análise da realidade jurídica brasileira. Ademais, o recorte foi realizado visando decisões de 2013 a 2023, um recorte de 10 anos, que não abordassem contratos bancários, direito concorrencial ou relações consumeristas. A hipótese de enquadramento da empresa como hipossuficiente em razão da aplicação da teoria finalista mitigada também não foi objeto dessa análise, vez que o objetivo é analisar tão somente relações empresariais puras.

A análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a abusividade no direito empresarial, especialmente em relações consideradas paritárias, exige um exame detalhado das decisões que delineiam os contornos da atuação abusiva entre empresas.

Em situações de aplicação do conceito de abusividade a empresas, que encontram-se, em regra, fora do contexto do CDC, por exemplo, o STJ tem sido chamado a se pronunciar sobre a possibilidade de estender a aplicação do CDC para lidar com questões de abusividade.[256] A análise frequentemente se volta para a verificação da natureza da relação contratual estabelecida, distinguindo categoricamente as transações comerciais destinadas ao fomento da atividade empresarial das relações de consumo protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Na esteira dos precedentes jurisprudenciais e da busca pela segurança jurídica, enfatiza-se a necessidade de preservar a especialidade do CDC e reconhecer a capacidade das empresas de negociar e defender seus interesses, mantendo assim a autonomia contratual e a estabilidade econômica que são essenciais para a confiança no mercado e para o incentivo à inovação e ao empreendedorismo.

A jurisprudência também aborda casos onde negociações entre empresários são presumidas possuírem um nível de expertise e capacidade de negociação mais elevado,

[256] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial. **AIRESP 1667374**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Julgamento em 20/08/2019.

o que justifica um controle judicial mais restrito sobre as cláusulas contratuais.[257] Na ocasião, O reconhecimento da validade de uma cláusula contratual que prevê a duplicidade do aluguel em um determinado período (geralmente o mês de dezembro, por conta do aumento do fluxo de vendas devido às festas de final de ano) reforça a liberdade das partes em estabelecer acordos que atendam aos seus interesses mútuos.

A decisão é um reflexo do entendimento de que, em uma economia de mercado, as condições contratuais devem, em grande medida, ser determinadas pelas partes envolvidas, respeitando-se os limites da boa-fé e da função social do contrato.

Questões ligadas ao desrespeito promessa de compra e venda de imóvel celebrado entre duas sociedades empresariais, de valor elevado também são objeto de análise do STJ. De pronto, vale ressaltar que se trata de contrato entre duas sociedades empresariais, de valor elevado, não havendo que se falar em desigualdade entre as partes.

Trata-se, aqui, de compra e venda regida pelo Código Civil, tendo plena aplicação o instituto das arras, com o objetivo de reforçar a firmeza do contrato celebrado entre partes em igualdade jurídica de condições, somente devendo intervir o Poder Judiciário em caso de manifesto excesso e desproporção, o que não se vislumbra das circunstâncias da causa traçadas.

Sendo assim, as partes são dotadas de poder contratual presumidamente igualitário, de modo que as intervenções da lei no conteúdo do contrato são excepcionais e pontuais.[258]

Portanto, a intervenção do julgador na autonomia das partes deve ser efetuada em caráter excepcional, com cuidado, sempre visando ao equilíbrio. Na hipótese, em que não se trata de relação de consumo, nem de contrato de adesão, e não se cogita de hipossuficiência alguma das partes, foi acordado que a inexecução do contrato ensejaria à parte inocente o equivalente a 8,33% (oito inteiros e trinta e três centésimos por cento) do seu valor total a título de perdas e danos.[259]

Seguindo essa linha de raciocínio, o STJ decidiu por manter os termos do contrato, quanto ao perdimento do valor do sinal em prol do vendedor, em razão de não se

---

257 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1409849**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgamento em 26/04/2016.

258 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp 626/627.

259 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial. **AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1.186.036 – DF (2017/0262050-9)**. Relator Ministro Marco Buzzi, 3ª Turma, Julgado em 16/02/2016.

evidenciar manifesto excesso na pactuação das arras; não se afigurar manifestamente excessiva a penalidade de retenção das arras dadas em confirmação do ajuste, porque não cumulada com nenhum outro encargo da mora; e, o contrato celebrado por duas pessoas jurídicas, em igualdade de condições.[260]

Assim, o analisar casos concretos, é possível perceber que o STJ tem sido cuidadoso para não interferir na autonomia privada e na liberdade de contratar das empresas. Essa postura reflete o reconhecimento da importância vital que a liberdade contratual representa no cenário econômico, como motor de incentivo à inovação e ao desenvolvimento de negócios. A autonomia privada é um dos pilares do direito contratual que sustenta a dinâmica do mercado, permitindo que as empresas ajustem seus interesses de maneira flexível e adaptativa às constantes mudanças do ambiente de negócios.

No entanto, a atuação do STJ não se limita a uma postura passiva de não intervenção. O Tribunal tem se colocado também em algumas ocasiões como um guardião da função social do contrato e da ordem econômica, intervindo quando há desrespeito aos limites impostos pela legislação, pela boa-fé e pelas regras de defesa do consumidor e da concorrência.

Tal postura ficou evidente no AgInt no Recurso Especial n. 1819498/PR, em que foi discutida a validade de cláusula que previa que a cobertura do seguro de responsabilidade civil não incidiria no caso de furto apenas das mercadorias, senão quando também furtado o veículo transportador.[261] Na ocasião, entendeu-se que a relação negocial em questão não está sujeita ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois foi contratada entre empresários, especificamente por um empresário com o objetivo de fomentar sua atividade econômica.

Nesse contexto, o transportador assume os riscos inerentes à sua atividade econômica e, portanto, não pode ser considerado tecnicamente vulnerável nesse âmbito contratual. Além disso, o Tribunal considerou inverossímil e inaceitável supor que um empresário, especialmente atuante no setor de transportes terrestres, firme contratos sem conhecer adequadamente suas particularidades. Ou seja, as cláusulas acordadas foram estabelecidas no exercício de sua autonomia privada.

---

260 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial, AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1.186.036 – DF (2017/0262050-9). Relator Ministro Marco Buzzi, 3ª Turma, Julgado em 16/02/2016.

261 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial. **AgInt no Recurso Especial n. 1819498/PR**. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, Julgamento em 25/10/2022.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as transações realizadas entre sociedades empresárias estão intrinsecamente ligadas ao risco e são orientadas pelos princípios da livre concorrência. Assim, nesses acordos, salvo em situações excepcionais, o Tribunal estabeleceu que se deve respeitar a autonomia da vontade e o princípio de que os acordos devem ser cumpridos ("pacta sunt servanda").[262]

No caso concreto, atuaram ambos os contratantes dentro do princípio da autonomia privada, poder de dispor acerca dos seus interesses, notadamente os econômicos (autonomia negocial), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.[263] Assim, o Tribunal entendeu pela não caracterização da abusividade, nesse caso.

Assim, verifica-se que, em sua jurisprudência, o STJ tem demonstrado uma aplicação criteriosa para a identificação de abusividade, valorizando o contexto em que os contratos são firmados e as expectativas legítimas que deles emergem. Por meio de uma análise detalhada dos aspectos fáticos e jurídicos de cada caso, o Tribunal verifica se há, de fato, um desequilíbrio contratual que justifique a intervenção.

Essa conduta do Tribunal pode ser claramente identificada no REsp 680.815/PR, em que foi reconhecido o abuso no lapso temporal de vigência "por prazo indeterminado" da cláusula de não restabelecimento, determinando a reforma desta para prevalecer pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do contrato mencionado na inicial.[264]

No caso concreto, discutia-se a validade do prazo "indeterminado" da cláusula de "não estabelecimento". Insta mencionar que o Código Civil de 2002 inovou ao trazer expressamente a "cláusula de não restabelecimento", no seu art. 1.147, *verbis*:

> "Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.
>
> Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato. "[265]

---

262 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1644890/PR**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020.

263 PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11

264 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 680.815/PR**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe de 03/02/2015.

265 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 1.147.

Em outras palavras, quando alguém vende o seu negócio (como uma loja, uma padaria, ou qualquer tipo de estabelecimento comercial), essa pessoa não pode abrir um negócio concorrente por um período de cinco anos após a venda, a menos que tenha um acordo escrito que permita fazer isso. Isso é feito para proteger o comprador, para que ele possa tocar o negócio sem se preocupar com a concorrência do antigo dono.

No caso em discussão, o Tribunal entendeu que quanto ao período de vigência dessa cláusula de "não restabelecimento", "por prazo indeterminado", deve ser reconhecida a abusividade,[266] sob o fundamento de que o ordenamento jurídico pátrio, salvo expressas exceções, não se coaduna com ausência de limitações temporais para vedação ao exercício de direitos ou com limitações por tempo indeterminado de tais vedações.

No mesmo sentido é o posicionamento doutrinário de Marlon Tomazette sobre o limite temporal à cláusula de não restabelecimento:

> "Trata-se de uma proteção do aviamento, que não viola qualquer liberdade constitucional, na medida em que limita no tempo tal proibição. Caso se tratasse de uma proibição por prazo indeterminado, não haveria dúvida da inconstitucionalidade desta. Todavia, com a limitação de cinco anos, se restringe uma liberdade para tutelar outra, sem destruir nenhuma das duas. Não se limita a liberdade de concorrência, mas se evita a concorrência desleal."[267]

Assim, foi reconhecido como abusivo o prazo "indeterminado" da cláusula de "não estabelecimento", fixando-se o limite temporal da vedação em 5 (cinco) anos, lapso de tempo que o Tribunal achou razoável, pois em relação à norma que o legislador veio a editar no já transcrito art. 1.147 do Código Civil de 2002.[268]

A jurisdição exercida pelo STJ, portanto, se alinha com a necessidade de se promover um ambiente de segurança jurídica, no qual as empresas possam se sentir confiantes para empreender, inovar e expandir seus negócios, sabendo que contratos celebrados de boa-fé serão respeitados e que eventuais exorbitâncias serão coibidas. Isso é essencial para a manutenção de um mercado equilibrado, no qual a concorrência possa prosperar sem que haja exploração ou prejuízos injustificados a qualquer das partes envolvidas.

---

266 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 680.815/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe de 03/02/2015.

267 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 2ª edição, Volume 1, São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 12

268 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 470/CJF**, V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, 2017.

Assim, a abusividade no direito empresarial, conforme interpretada pelo STJ, é um conceito dinâmico, que se adapta às circunstâncias de cada caso e se baseia em princípios gerais do direito e razoabilidade, justamente pela ausência de um conceito objetivo e com elementos bem definidos, com vistas a proteger a integridade das estruturas do mercado e o funcionamento saudável das relações empresariais.

5.4 Abuso de Direito nas relações empresariais

No âmbito do direito empresarial, a abusividade em contratos é um conceito que se refere à criação de obrigações ou à imposição de condições que sejam excessivamente onerosas ou desequilibradas para uma das partes, em detrimento da outra, violando os princípios de boa-fé e equilíbrio contratual. Essa noção de abusividade é particularmente importante no contexto empresarial, onde as partes geralmente possuem um maior grau de liberdade contratual e negociação.

O abuso de direito nas relações empresariais é uma conduta específica onde uma empresa utiliza seus direitos legais ou contratuais de forma prejudicial e desproporcional, não para alcançar o propósito para o qual esses direitos foram estabelecidos, mas para causar dano ou obter vantagem indevida sobre outros.

No entanto, a sua definição no âmbito do direito empresarial é ainda mais difícil do que nas outras esferas do direito. Isso se dá em razão do poder de inserir institutos jurídicos tradicionais em termos que reflitam a real dinâmica do negócio e dos contraentes.[269]

Essa liberdade é reforçada principalmente através do Art. 421-A, no qual seu inciso I reflete parcialmente o conteúdo do Enunciado nº 23 da I Jornada de Direito Comercial, cuja proposição foi feita pelo Professor André Luiz Santa Cruz Ramos. Este acadêmico não apenas contribuiu para a criação do enunciado, mas também teve um papel ativo no desenvolvimento da Medida Provisória nº 881, que, após sua conversão, resultou na promulgação da Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874, de 2019.[270]

---

269 **TARTUCE**, Flávio. **A "lei da liberdade econômica" (lei n° 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil**. Segunda parte: mudanças no âmbito do direito contratual. Portal Migalhas. São Paulo, 15 out. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte> Acesso em: 28 ago. 2023.

270 TARTUCE, Flávio. **A "lei da liberdade econômica" (lei n° 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil.** Segunda parte: mudanças no âmbito do direito contratual. Portal Migalhas. São Paulo, 15 out. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte> Acesso em: 28 ago. 2023.

O enunciado dispõe que "em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual".[271]

Assim, compreende-se que o cerne do inciso introduzido pela Lei nº 13.874 consagra uma interpretação, inicialmente formulada em doutrina, sobre a permissibilidade de as partes exercerem a autonomia para definir o conteúdo substancial que melhor se adapte ao contexto do contrato em que estão envolvidas, permitindo-lhes revisar e/ou resolver o pacto. Isso outorga aos contratantes a capacidade de incorporar conceitos jurídicos consagrados de uma maneira que espelhe a verdadeira dinâmica comercial e as particularidades dos envolvidos. A intenção foi trazer um caráter mais objetivo para a estipulação contratual.

De pronto, levando em conta o aspecto imperativo da boa-fé, o inciso I não admite a exclusão da aplicabilidade dos deveres acessórios, tais como lealdade, informação, razoabilidade, cooperação, colaboração e demais obrigações correlatas. Entretanto, isso não implica que as partes estejam impedidas de definir critérios que atribuam maior substância normativa aos deveres acessórios.[272]

Em um acordo de fornecimento de longo prazo, por exemplo, as partes podem acordar que determinadas informações relativas a inovações tecnológicas ou processos de produção proprietários não estejam sujeitas ao dever de transparência mútua; ou podem excluir o dever geral de não concorrência – frequentemente entendido como um dever de lealdade – em situações específicas, como no caso de uma das partes já estar engajada em negociações avançadas com um concorrente antes do início do contrato de fornecimento, permitindo-se assim o prosseguimento dessas negociações e a potencial concretização de um acordo com terceiros sem que isso constitua uma infração ao acordado.

Em termos práticos, o inciso analisado permite que as partes estabeleçam, por exemplo, a variação de valores que caracterizarão ou não a onerosidade excessiva. Ainda, podem estipular os parâmetros aos quais determinados eventos não serão considerados extraordinários, a depender da natureza negocial.[273] Ocorre que, se na

---

271 Justiça Federal: Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 23**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/48. Acesso em 12 out. 2023.

272 BUNAZAR, Maurício. **A declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum.** In: GOERGEN, Jerônimo (org.). Coletânea de Artigos Jurídicos - **Liberdade Econômica: O Brasil Livre Para Crescer**. Porto Alegre, 02 dez. 2019. p. 140 – 156. Disponível em: https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae-21477cb.pdf. Acesso em 05 nov. 2023, p.150.

273 BUNAZAR, Maurício. **A declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime**

escolha das partes, estas deixam de estabelecer cláusulas expressas, ou algum evento não esteja contemplado no acordo contratual, estarão sujeitas à normativa legal e à avaliação do poder judiciário.[274]

No caso dessa hipótese, verifica-se uma amplitude indeterminada do permissivo legal, de modo que cabe ao julgador ou ao árbitro diante do caso concreto realizar o controle da extensão, do conteúdo e da objetividade dos parâmetros de interpretação, de resolução e de renegociação da transação.[275] Ainda, tem-se que este dispositivo não permite às partes estipular cláusulas contratuais com o fito de afastar deveres decorrentes de cláusulas gerais, tais como a boa-fé objetiva e a função social.[276] De mais a mais, a liberdade das partes para interpretar o negócio jurídico, garantida pelo inciso I, é limitada tanto por normas de ordem pública e princípios do direito civil quanto pela natureza inalienável ou impenhorável do objeto contratual.[277]

Portanto, em que pese ficar evidente a intenção de reafirmação da autonomia privada nas relações negociais paritárias civis e empresariais que este dispositivo representa, esse novo dispositivo continua a apresentar uma ineficiência intrínseca. Esta ineficiência decorre, principalmente, da indeterminação e excessiva abertura interpretativa que o artigo confere.

Note-se que o problema permanece. A ausência de critérios claros e objetivos para aferir a abusividade nas cláusulas contratuais e práticas empresariais potencializa a insegurança jurídica. O poder judiciário e os árbitros são confrontados com o desafio de interpretar o artigo de maneira que proteja a liberdade contratual sem permitir condutas que ultrapassem o limiar da licitude e da justiça contratual. Isso pode levar

---

jurídico do contrato de direito comum. In: GOERGEN, Jerônimo (org.). Coletânea de Artigos Jurídicos - Liberdade Econômica: O Brasil Livre Para Crescer. Porto Alegre, 02 dez. 2019. p. 140 – 156. Disponível em: https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae-21477cb.pdf. Acesso em 05 nov. 2023, p.153.

274 BUNAZAR, Maurício. **A declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum**. In: GOERGEN, Jerônimo (org.). Coletânea de Artigos Jurídicos - Liberdade Econômica: O Brasil Livre Para Crescer. Porto Alegre, 02 dez. 2019. p. 140 – 156. Disponível em: https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae-21477cb.pdf. Acesso em 05 nov. 2023, p.147.

275 BUNAZAR, Maurício. **A declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum**. In: GOERGEN, Jerônimo (org.). Coletânea de Artigos Jurídicos - Liberdade Econômica: O Brasil Livre Para Crescer. Porto Alegre, 02 dez. 2019. p. 140 – 156. Disponível em: https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae-21477cb.pdf. Acesso em 05 nov. 2023, p.153.

276 COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Notas sobre certos aspectos da MP da "liberdade econômica".** Conjur, 15 mai. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/direito-comparado-notas-certos-aspectos-mp-liberdade-economica. Acesso em 06 nov. 2023.

277 MEDINA, José Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado - com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 235

a decisões divergentes e a uma falta de uniformidade no tratamento do tema, como exposto anteriormente, prejudicando a previsibilidade e a estabilidade das relações empresariais.

Portanto, a indeterminação do conceito de abusividade, atrelada à ineficiência do novo artigo, reflete a necessidade urgente de se estabelecer parâmetros mais claros e objetivos no direito empresarial para a identificação e controle de práticas abusivas, preservando a integridade das transações comerciais e o equilíbrio entre as partes envolvidas.

Nesse sentido, é fundamental estabelecer critérios que permitam diferenciar o exercício legítimo de direitos empresariais das práticas abusivas. Primeiramente, deve-se considerar a boa-fé objetiva como balizador das relações contratuais. Isso implica que as partes devem agir não apenas em conformidade com as regras expressas do contrato, mas também com honradez, lealdade e probidade, evitando a obtenção de vantagens exorbitantes ou desproporcionais que caracterizariam o abuso de direito.

Outro critério a ser utilizado é a função social do contrato, que exige que os efeitos de uma relação contratual empresarial não violem valores sociais e econômicos fundamentais. Transações que prejudiquem a livre concorrência, por exemplo, seriam consideradas abusivas, pois afetam negativamente o mercado e o bem-estar social.

Adicionalmente, é necessário que os contratos respeitem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Isso significa que cláusulas penais e medidas de segurança contratual devem ser proporcionais ao risco assumido e aos interesses das partes. Práticas que levem a um desequilíbrio contratual significativo ou que imponham prejuízos injustificados a uma das partes devem ser consideradas abusivas.

É indispensável, ainda, a promoção de uma interpretação sistemática das normas, de modo a assegurar que a autonomia privada nas relações empresariais esteja em consonância com o ordenamento jurídico como um todo. A interpretação de qualquer cláusula contratual ou prática empresarial deve ser feita à luz do sistema jurídico, de forma a evitar conflitos com normas imperativas e princípios gerais do direito.

Na prática jurídica, a identificação da abusividade é realizada por meio da análise concreta das circunstâncias do caso, levando em consideração a natureza do negócio, o contexto em que o contrato foi celebrado e as práticas comuns do mercado relevante. Tribunais, como o STJ, como já exposto, exercem controle sobre a abusividade contratual para assegurar que os contratos empresariais sejam justos e não imponham encargos desproporcionais a uma das partes, respeitando assim a função social do

contrato e a ordem econômica baseada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa conforme preconiza a Constituição Federal.

Os critérios para a identificação da abusividade em contratos empresariais, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não são necessariamente cumulativos. A constatação de abusividade pode decorrer da presença de um único critério forte o suficiente para desequilibrar as obrigações contratuais a ponto de caracterizar a abusividade, ou pode surgir da combinação de diversos fatores que, juntos, compõem um quadro de injustiça ou desequilíbrio contratual.

Em outras palavras, a presença de um único critério já pode ser suficiente para que o STJ entenda que há abusividade na relação contratual. Por exemplo, se uma cláusula violar diretamente uma norma imperativa, isso por si só poderia ser considerado abusivo, independentemente da análise dos demais critérios. Da mesma forma, uma violação clara do princípio da boa-fé objetiva em um contrato empresarial pode ser considerada abusiva, mesmo que os outros critérios não estejam presentes em grau significativo.

O que o STJ busca, de maneira geral, é a preservação do equilíbrio contratual e a proteção contra a exploração econômica desmedida. Portanto, a análise da abusividade é realizada caso a caso, com base em uma avaliação concreta das circunstâncias e das provas apresentadas. Ocorre que, apesar dos esforços do Superior Tribunal de Justiça em preservar o equilíbrio contratual e coibir a exploração econômica desmedida, persiste a ausência de balizas precisas e rigorosamente delimitadas para definir o que seria o abuso de direito no contexto empresarial.

Nessa perspectiva, faz-se necessária a definição mais concreta do instituto do abuso de direito aplicável ao direito empresarial, de modo que propõe-se aqui alguns critérios para sua caraterização. De pronto, registra-se que a prática é objetivamente abusiva quando resulta em danos mensuráveis a outras partes, seja por perdas financeiras diretas ou por limitações na capacidade de operar no mercado. Aqui, a proporcionalidade e a finalidade das práticas empresariais entram em jogo ao identificar a abusividade.

Práticas que excedem o necessário para a consecução de um objetivo legítimo empresarial, e que, na verdade, têm como resultado o prejuízo de terceiros ou a desconsideração de seus direitos, podem ser enquadradas como abusivas. Atos que negligenciam a função social da empresa ou que se centram exclusivamente no interesse próprio, em detrimento dos demais envolvidos, também reforçam essa percepção.

Assim, a intencionalidade é um aspecto relevante. Atos que, apesar de não parecerem prejudiciais a princípio, são realizados com o claro propósito de causar dano ou obter vantagem desproporcional, podem ser considerados abusivos. A análise das intenções por trás das ações empresariais é, portanto, um ponto crítico na avaliação do abuso de direito nessa esfera.

Outro critério a ser considerado é a desproporcionalidade entre as exigências de uma parte e o objeto do direito exercido revela-se abusiva quando, por exemplo, se demandam garantias que excedem significativamente o risco da operação. Essa prática evidencia a utilização do direito como instrumento de opressão ou de obtenção de vantagens desproporcionais, indo contra a função social do direito.

A alteração unilateral injustificada também deve ser analisada. Esta refere-se à modificação de termos contratuais significativos por uma das partes sem consentimento mútuo e sem fundamentação adequada. Essa ação viola a natureza acordada do contrato e subverte a expectativa de estabilidade e reciprocidade nas obrigações assumidas.

Estes critérios, quando identificados em qualquer relação contratual, apontam para a necessidade de um reequilíbrio nas obrigações e direitos das partes, buscando restaurar a justiça e a paridade do acordo estabelecido. Diante de tal identificação, podemos dizer que se está diante de uma abusividade empresarial.

Em termos, a abusividade no direito empresarial define-se como a prática de atos ou a imposição de condições que resultem em prejuízo a outras partes, ultrapassem os limites necessários para a realização de objetivos empresariais legítimos, ou que desconsiderem a função social da empresa. Caracteriza-se pela desproporcionalidade manifesta entre as exigências e os riscos da operação, pela alteração unilateral injustificada de termos contratuais, e pela intenção de causar dano ou obter vantagem excessiva, contrariando os princípios de equidade, boa-fé e justiça nas relações comerciais.

6. Conclusão

Neste estudo, aprofundamos a análise das nuances dos contratos empresariais, com atenção especial à abusividade e ao abuso de direito, explorando esses conceitos sob as perspectivas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), do Direito Concorrencial e, agora, incorporando a visão do Código Civil. Este exame tridimensional ofereceu uma compreensão mais holística dos mecanismos legais destinados a equilibrar as relações entre empresas e consumidores, além de fomentar um ambiente de mercado competitivo e justo.

A abusividade em contratos empresariais, vista pelo prisma do CDC, revelou este código como uma fortaleza de proteção ao consumidor, proibindo práticas comerciais desleais e cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exorbitante. No entanto, alegar vulnerabilidade de uma pessoa jurídica com o propósito de enquadrá-la como consumidora e, assim, aplicar o regime de abusividade previsto pelo CDC, é uma manobra que ignora a realidade das dinâmicas comerciais e empresariais.

Avançamos para a discussão sobre o abuso do direito no contexto do Direito Concorrencial, destacando como a manutenção de uma concorrência leal é essencial para a vitalidade do mercado. Exemplos de condutas abusivas por empresas, que visam eliminar concorrentes ou criar barreiras de mercado injustas, ilustram a necessidade crítica de entidades reguladoras, como o CADE no Brasil, para prevenir o abuso de posições dominantes e assegurar um mercado equitativo. No entanto, no direito concorrencial, o objeto de estudo é a concorrência no mercado, e não só os concorrentes.

Relações puramente empresariais, por outro lado, referem-se a interações e estratégias comerciais que empresas adotam em suas operações cotidianas, que não necessariamente têm impacto sobre a estrutura concorrencial do mercado. A menos que tais relações resultem em práticas que distorçam a concorrência (por exemplo, formação de cartéis ou acordos de exclusividade que excluam competidores do mercado), elas não são o foco principal do direito concorrencial. Desse modo, não é possível transpor o conceito de abuso de direito na esfera concorrencial para relações puramente comerciais.

Já a insuficiência do Código Civil em tratar do abuso de direito nas relações puramente comerciais pode ser destacada por várias razões fundamentais que sublinham a complexidade e especificidade das transações empresariais. Primeiramente, é essencial reconhecer que o Código Civil, embora seja um instrumento jurídico amplo

e fundamental para a regulação das relações privadas, é forjado sob uma ótica mais generalista, abrangendo uma vasta gama de relações civis.

As relações comerciais, por sua vez, têm características próprias que demandam uma abordagem específica. O direito empresarial lida com transações de natureza econômica, envolvendo empresas, sociedades, contratos comerciais, propriedade intelectual, entre outros aspectos. Essas transações muitas vezes envolvem grandes volumes de recursos financeiros, negociações complexas e interesses comerciais que podem ser conflitantes.

Dessa forma, a regulamentação do abuso de direito nas relações empresariais requer uma análise mais aprofundada e especializada, que leve em consideração as particularidades desse contexto. A ausência de normas específicas nesse sentido pode gerar insegurança jurídica e dificultar a proteção dos direitos das partes envolvidas.

Outra razão para essa insuficiência do Código Civil é a rápida evolução do ambiente empresarial. O mercado está em constante transformação, impulsionado pela tecnologia, inovação e globalização. Novas formas de negócio surgem, novas práticas comerciais são adotadas e novos desafios jurídicos surgem. O Código Civil, por sua natureza mais estática e geral, pode não acompanhar essas mudanças com a mesma agilidade.

Isso se deve ao fato de que as relações comerciais possuem características únicas que frequentemente transcendem os princípios gerais do direito civil. Por exemplo, a velocidade com que as transações são realizadas no ambiente empresarial, a complexidade das operações comerciais e a necessidade de proteção à livre concorrência e inovação demandam uma abordagem jurídica que contemple essas especificidades. Além disso, o direito empresarial envolve uma dinâmica de riscos e responsabilidades que muitas vezes não se encaixa perfeitamente nos moldes do abuso de direito tal como concebido pelo Código Civil. As práticas de mercado, a ética empresarial e as relações de poder dentro do ambiente comercial também requerem uma análise cuidadosa e específica, que vá além da simples aplicação de normas civis.

Portanto, para lidar com o abuso de direito de forma eficaz no contexto empresarial, seria adequado o desenvolvimento de um corpo normativo específico, que considere os interesses coletivos em jogo, a importância da manutenção de um ambiente de negócios saudável e a promoção de um equilíbrio justo entre competição e cooperação empresarial. Isso poderia incluir a criação de órgãos de regulamentação especializados, procedimentos de resolução de disputas adaptados às necessidades das empresas e

diretrizes claras sobre práticas comerciais aceitáveis e inaceitáveis, sempre visando a sustentabilidade das atividades empresariais e a proteção dos interesses dos stakeholders. Dessa forma, seria possível assegurar uma tutela mais efetiva contra o abuso de direito no âmbito empresarial, contribuindo para um mercado mais justo e equilibrado.

Portanto, é fundamental que o direito empresarial desenvolva mecanismos eficazes para tratar do abuso de direito nas relações comerciais. Isso pode ser feito por meio da criação de normas específicas, jurisprudência consolidada e doutrina especializada nessa área. A regulamentação adequada do abuso de direito contribuirá para um ambiente empresarial mais justo, transparente e propício ao desenvolvimento econômico.

Em suma, embora o Código Civil seja uma base importante para a regulação das relações privadas, sua aplicação no âmbito empresarial pode ser insuficiente para tratar do abuso de direito. É necessário que o direito empresarial se aprofunde nessa questão, desenvolvendo normas e mecanismos específicos para proteger os direitos das partes envolvidas e promover a justiça nas relações comerciais.

Este estudo refletiu sobre a necessidade de legislações que acompanhem as transformações econômicas e tecnológicas, mantendo-se dinâmicas e adaptáveis. O papel do Direito como instrumento de justiça social e promotor de um ambiente de negócios inovador e saudável foi reconhecido, destacando a importância de um diálogo contínuo entre juristas e agentes do mercado.

Concluímos que o conjunto de leis brasileiras, composto pelo CDC, pelas leis de defesa da concorrência, e pelas disposições do Código Civil sobre o abuso de direito, desempenha um papel crucial na proteção contra práticas abusivas e na promoção de um mercado competitivo e justo. Contudo, é imperativo que tais leis sejam revisadas e atualizadas periodicamente para enfrentar os novos desafios impostos pela evolução do mercado.

A interação entre o Direito e a economia deve ser vista como uma relação simbiótica, onde ambas as partes se influenciam mutuamente em busca de desenvolvimento sustentável e justiça social. Através desta simbiose, aspiramos a um sistema legal eficaz que contribua para um mercado equitativo, transparente e competitivo, promovendo a proteção dos direitos dos consumidores e estimulando a inovação e o crescimento econômico.

7. Referências bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito, Editora Almedina, 2006.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: **As Obrigações e os Contratos**. São Paulo: RT 775/23, maio 2000.

ALVIM, Arruda. **Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 20, p. 25-70, out./dez.1996.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo.** Revista do Direito do Consumidor, n.6, abr./jun. 1993.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207/208

AMERICANO, Jorge. ***Do abuso do direito no exercício da demanda***, 1932.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do direito concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. Ed. Milano: Giuffrè.

ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Revista do Advogado. **Temas atuais sobre Direito Comercial**. Ano XXVIII, março de 2008, n.º 96.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil:** teoria geral dos contratos, v. III. 4° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AZEVEDO, Antonio Junqueira De. **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas:** homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira**. Textos para Discussão, São Paulo, n. 264, 37 p., jul. 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao código de proteção do consumidor** – coordenador: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor** [**livro eletrônico**] 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BODART, Bruno e TOMAZETTE, Marlon. **MP 881 e a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil.** JOTA, 2019. Disponível em: < https://www.jota.

info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-eanalise/colunas/pensando-direito/mp-881-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil23052019 >. Acesso em: 04 de nov. de 2019.

BONATTO, Cláudio. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BOULOS, Daniel M. **Abuso do direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

BOULOS, Daniel Martins. **A Autonomia Privada, a Função Social do Contrato e o Novo Código Civil**. In: ARRUDA ALVIM; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (orgs.) aspectos Controvertidos do Novo Código Civil – Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03**. Voto – Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, 2021.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.004720/2016-34**. Voto Relatora Paula Azevedo, 2022.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03**. Voto – Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n. 1.799.039/SP**, relator Ministro Moura Ribeiro, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 7/10/2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno**, SEC (Sentença Estrangeira Contestada) 5.847-1**, Rel. Min. Maurício Corrêa, 01/12/99, veja a integra da decisão in Revista Direito do Consumidor, nº 34 (abr.-jun.2000).

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, **Conflito de Competência nr. 32.270-SP**, j. 10.10.2001, Min. Ari Pargendler.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). **Acórdão n.1188548**, 07104893320178070020, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/07/2019, Publicado no DJE: 02/08/2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1620126**, 07300543520208070001, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 28/9/2022, publicado no DJE: 4/10/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1411624**, 07060701320208070004, Relator: Roberto Freitas Filho, 3ª Turma Cível, data de

julgamento: 24/3/2022, publicado no DJE: 6/4/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1332192**, Processo n. 07384824020198070001, Relator: Robson Teixeira de Freitas, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 8/4/2021, publicado no DJE: 22/4/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Medida Provisória nº 881**, DE 30 DE ABRIL DE 2019 - Exposição de Motivo. Câmara dos Deputados, Brasília, 30 de abril de 2019. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037exposicaodemotivos-157846-pe.html >. Acesso em: 18 de ago. de 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: < https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntasfrequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004720/2016-34.** Voto Relatora Paula Azevedo, 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012740/2007- 46**. Representantes: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Representados: Isdralit Indústria e Comércio Ltda., Bourbon Administração Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda., Companhia Zaffari Comércio e Indústria, Mercúrio S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, Nacional Iguatemi Administração Ltda., Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas, Iguatemi Empresa de Shopping Centers, Administradora Gaúcha de Shopping Centers S/C Ltda. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009082/2013- 03**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005422/2003- 03.** Representantes: Transportadora Simas Ltda. e Multi Armazéns Ltda. Representados: Tecon Rio Grande S.A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 23 do CJF/STJ**, I Jornada de Direito Civil, 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 470 do CJF/STJ**, V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB. Art. 4º.

BRASIL. Lei da liberdade econômica. **Lei n° 13.874/2019**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em:

22 mai. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Brasília, 1 dez. 2011.

BRASIL. **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 20 de ago. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Seção 1, p. 1.

BRASIL. **Lei Nº 13.874, de 20 de Setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Art. 39; Art. 51 e Art.52. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 24/12/2023.

BRASIL. **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.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial. **AgRg no AREsp n. 1819498/PR**. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 25 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 1.454.583 - PE (2019/0049442-9)**, relator Ministro Luís Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 19/04/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.973.833/SP**, Quarta Turma, DJe de 18/8/2022; AgInt no AREsp n. 1.917.571/DF, Terceira Turma, DJe de 17/6/2022; AgRg nos EDcl no REsp 1.281.164/SP, Quarta Turma, DJe de 4/6/2012; AgRg no Ag 1.248.314/RJ, Terceira Turma, DJe de 29/2/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial. **AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1.186.036 – DF (2017/0262050-9)**. Relator Ministro Marco Buzzi, 3ª Turma, Julgado em 16/02/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial. **AgInt no Recurso Especial n. 1819498/PR**. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, Julgamento em 25/10/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial. **AIRESP 1667374**, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, Julgamento em 20/08/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. **AgRg no AREsp 201.904/MS**, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 30/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. **AgRg no Ag 1394166/SC**. Segunda Turma. Relator Min. Herman Benjamin Julgamento 10.06.2014. Dj de 14.08.2013. No mesmo sentido: STJ. AgRg no REsp 838127/DF. Primeira Turma Relator Min. Luiz Fux Julgamento em 17.02.2009. DJ de 30.03.2009; e ST), AgRg no AREsp 37131/ SC. Quarta Turma. Relator Min. Raul Araújo, Julgamento em 24.04.2012. Dj de 31.05.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Cláusulas abusivas no Código do Consumidor**. Disponível em:https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/Cl%C3%A1usulas%20abusivas%20no%20C%C3%B3digo%20do%20Consumidor.doc. Acesso em: 24/12/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 762.932/SP**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 30/11/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1409849**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgamento em 26/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1551951/SP**. Segunda Seção. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento 24/08/2016. DJe 06/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1644890/PR**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 680.815/PR**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe de 03/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n. 476.428**, Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 09 de mai. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n. º 1.112.796 – PR**. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe 08 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n° 1.447.082/TO**. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma. Julgado em 10 mai. 2016, DJe 13 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n° 936.741/GO**. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma. Julgado em 03 nov. 2011, DJe 08 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 418572/SP**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de julgamento: 10/03/2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863752&num_registro=200200255150&data=20090330&formato=PD. Acesso em 13/01/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2020811/SP**, Terceira Turma, DJe 13/3/2017 e AgInt no AREsp 1215736/SP, Quarta Turma, DJe 15/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.195.642/RJ**, Terceira Turma, DJe de 21/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.297.956/RJ**, relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2022, DJe de 29/11/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível, **AC 1.071.07,183692-1/001**, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 11.03.2.009, DJ 17.04.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. **Acórdão 1797183**, 07324511720238070016, Relator: MARILIA DE AVILA E SILVA SAMPAIO, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 11/12/2023, publicado no PJe: 15/12/2023. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. **Acórdão 1309711**. Processo n. 07402498220208070000, Relator: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 9/12/2020, publicado no PJe: 21/12/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. **Acórdão 1302100**. Processo n. 07075807020208070001, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 25/11/2020, publicado no DJE: 30/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. **Acórdão 1253926**, Processo n. 07051345020188070006, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANNA, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 3/6/2020, publicado no DJE: 16/6/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a conceituação do Abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.115.

BUCHAIN, Luiz Carlos. **Intervenção do estado na economia e direito da concorrência**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 178-198, ago. 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.EA67E161&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em 22 abr. 2023.

BUNAZAR, Maurício. **A declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum.**

BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. **El abuso del derecho**, p. 31.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **A ilicitude e as fontes obrigacionais**: análise do artigo 187 do novo Código Civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 838, ago. 2005.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **O Abuso do Direito e o Novo Código Civil**. Revista dos Tribunais, vol. 830/2004, p. 27 – 45, dez. 2004.

CARPENA, Helena. **Abuso de direito à luz do novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo. Coord. **A Parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, 2º, Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil decorrente do abuso de direito**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). Questões controvertidas no novo código civil: responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006, v.5.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito**, Curitiba: Juruá, 2005, pp. 76-77.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**, Coleção Manuais, Coimbra: Gestlegal, 2021, 4 ed, p. 44.

CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. **Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil**. Revista do IBRAC. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 20, p.148-173, jul./dez. 2011.

CHARMONT. **L`abus du droit**. *Revue trimestrielle de droit civil*, t. 1º, p. 121.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p.82.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial.** São Paulo, Saraiva, 1994, 4ª ed.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O Empresário e os Direitos do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO. Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 63, pp. 71-79, 1986.

CONDORELLI, Epifanio L. **El abuso del derecho**, Imprenta: La Plata, Platense, 1971. p. 22.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. **Poder econômico e livre concorrência: uma análise da concorrência na constituição da república federativa do Brasil de 1988**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Notas sobre certos aspectos da MP da "liberdade econômica".** Conjur, 15 mai. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-

mai-15/direito-comparado-notas-certos-aspectos-mp-liberdade-economica. Acesso em 06 nov. 2023.

COVIELLO, **Manuale di diritto civile italiano**, Milano, 1915, 2.ª ed., § 153, pág. 492. Na pág. 493, na nota 1, escreve COVIELLO: «ir: bene pero notare che in iure condendo sarebbe utile porre all'esercizio de diritti que limiti che sono reclamati dall'esigenze della convivenza sociale».

DIMOULES, Dimitris; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 6. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120.

DRAGO, Bruno de Luca. **Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Direito concorrencial e regulação**. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 9-41, 2003. Disponível em:<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741145/mod_resource/content/1/alexandre %20ditzel%20faraco%20-%20direito%20concorrencial%20e%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 07 set 2023.

FARIAS, Talden; AQUINO, Vinícius Salomão de. **A Elevação Injustificada de Preços como Prática Abusiva:** Fundamentação e Critérios para Sua Identificação. R. Jur. FA7, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 13-25, Jul./Dez. 2018.

FAVA, Mariana Dubois. **Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais:** a disciplina das cláusulas abusivas, p.55.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

FORGIONI, Ana Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, 4a ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas Abusivas.** São Paulo: Saraiva, 2001.

GICO Junior, I. T., Cartel, **Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: LEX, 2007.

GOERGEN, Jerônimo (org.). Coletânea de Artigos Jurídicos - **Liberdade Econômica: O Brasil Livre Para Crescer**. Porto Alegre, 02 dez. 2019. p. 140 – 156. Disponível em: https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae21477cb.pdf. Acesso em 05 nov. 2023.

GÓES, Maria Claudia Chaves de Faria. **Breves considerações acerca da doutrina do abuso do direito**. Universidade Clássica de Lisboa, Portugal.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I.

GUERRA, Alexandre. **Responsabilidade civil por abuso do direito:** entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Estudios en honor dei Dr. Luis Recasens Siches**, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas, da Faculdad de Derecho da Universidad Nacional Autónoma de México.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

IHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**, Tradução de Rafael Benaion, Vol. III, Alba Editora, Rio de Janeiro, 1943.

JOSSERAND, **Cours de Droit Civil Positif Français**, v. II, p. 231, nº 436 apud DANTAS JR., 2006, p. 278-279. DANTAS JR., Aldemiro Rezende. **A Teoria dos Atos Próprios: Elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados**. Tese de Doutorado – PUCSP. São Paulo, 2006.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits e de leur relativité:** théorie dite de l'abus des droits. Librairie Dalloz, Paris, 1927.

JOSSERAND, Louis. **Théorie de l´abus du droit**, p. 90, traduzido por BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. El abuso del derecho, p. 126.

JOSSERAND. **Les mobiles dans lês actes juridiques du droit privé**, p. 24; AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução.

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Covid-19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade civil extracontratual.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19- fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual.

Acesso em: 18 maio 2021

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. C. **Abuso de direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/478/edicao-1/abuso-de-direito.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Anotações sobre o abuso de direito**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 667, p. 44-50, maio. 1991

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Responsabilidade civil e abuso de direito. São Paulo: Revista do Advogado, 1985.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.46.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Exercício do Direito e suas Limitações: abuso do direito**. Revista dos Tribunais, vol. 885/2009, p. 49 – 68, jul. 2009.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para Interpretação dos Contratos por Adesão nas Relações Interempresariais Regidas pelo Código Civil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para Interpretação dos Contratos por Adesão nas Relações Interempresariais Regidas pelo Código Civil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

MARQUES, Claudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. "**Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC**", Revista de Direito do Consumidor, n. 36 (out.-dez. 2000).

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**.

2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé.** Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro). Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de Fradera (orgs.). **Critérios para Aplicação do Princípio da Boa-Fé Objetiva** (com ênfase nas relações empresariais), Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem à Clovis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, Leon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile: délictuelle et contractelle, vol.1, 1934.**

MEDINA, José Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado - com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: ilicitude objetiva no Direito Privado brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 842/2005, dez. 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário:** concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal Comentário de jurisprudência. Revista de direito do consumidor, v. 62. São Paulo: RT, abr.-jun. 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 58 e ss. Para os limites e diretrizes da conformação do legislador, veja-se: MÖLLERS, Thomas M. J. Juristische Methodenlehre, 2. ed. Munique: Beck, 2019, p. 235.

MIURA, Maira Yuriko Rocha. **Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira: uma visão de Direito Comercial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2010.

MÜLLER-ERZBAH, Rudolf. ***Die rechtswissenschaft im umbau. Ihr vordringen zu den bestimmenden elementen des zusammenleben***, pp. 116 e s.; SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Reimp. ed. 1973. Coimbra: Almedina, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.3.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante:** atualizado até 2 de Maio de 2003/ 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. **Contratos de Consumo padronizados e de adesão**: Revista de Direito do Consumidor Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NORONHA, Fernando. **Direito do consumidor**: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor. (MIMEO), Florianópolis: UFSC, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988, p. 318-319. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NORONHA, Fernando. **Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas.** São Paulo: USP, 1991. Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 1991.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Natália Marques de e DINIZ, Gustavo Saad. **A dependência econômica nos contratos interempresariais e o Direito brasileiro. Revista de Direito Empresarial**, v. 16, n. ja/abr. 2019, p. 105-126, 2019 Tradução. Acesso em: 09 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO [OCDE,2018]. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, http://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm.

PASQUALATTO, Adalberto. **O destinatário final e o "consumidor intermediário".** Revista Direito do Consumidor. São Paulo n.74, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consumidor hipervulnerável:** análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 113, p. 81-109, set.-out. 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e legislação**, pág. 137-138. São Paulo, Saraiva, 2016.

PEREIRA NETO, Caio Mário da; CASAGRANDE, Paulo Leonardo**. Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva,

PEREIRA, Caio Mário da SILVA. **Instituições de Direito Civil**, Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1991.

PERES, Tatiana Bonatti. Abuso do Direito. Revista de Direito Privado, v. 43/2010, p. 9 – 71, jul./set. 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 734.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Práticas abusivas, cobrança de dívidas e**

cadastro de consumo.

PLANIOL, MARCEL ET GEORGE RIPERT. **Traité Pratique de Droits Civil Français**, 2 Édition, Tome VI, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, Paris, 1952, p. 802 e ss.

PLANIOL, **Traité élémentaire de droit civil**, Paris, dixieme ed., vol. II, 1926, n. 871.

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

REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

REVISTA DE DIREITO BANCÁRIO E DO MERCADO DE CAPITAIS. **Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios**. Abuso de Direito e Abusividade Contratual. Boa-fé Objetiva (Parecer)". São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, v. 55, jan./mar. 2012.

REVISTA DO ADVOGADO. O Exercício Jurídico Disfuncional e os Contratos Interempresariais: notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil". São Paulo, ano XXVIII, n. 96, mar. 2008.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização Administrativa de pessoas Jurídicas à Luz da Lei Anticorrupção Empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RIBEIRO, Patrícia Pereira de Assis Duarte. **Vulnerabilidade Da Pessoa Jurídica Nos Contratos De Adesão E Aplicação Do Código De Defesa Do Consumidor**.

Revista do CAAP | Belo Horizonte n. 2 | V. XVII | p. 177 a p. 195 | 2011.

ROGRON, J. R. **Les codes français expliqués**, p. 463; MARTINS, Pedro Baptista Martins. O abuso do direito e o ato ilícito.

ROTHMANN, Gerd Willi. **Afinal, o planejamento tributário pode ser criminoso?** In: PRETO, Raquel Elita Alves. **Tributação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa**. São Paulo: IASP, 2015.

ROTONDI, «**L'abuso del diritto**» (Rh1ista di Dlritto Civile, 1923, págs. 105-128, 209-352 e 417-457).

SÁ, Fernando Augusto Cunha de**. Abuso do direito**. Reimp. ed. 1973. Coimbra: Almedina, 1997.

SALLES, Luiz Eduardo. **Forum shopping in international adjudication: the role of preliminary objections**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SARTÓRIO, Rafaela Costa. **Boa-fé objetiva: De princípio a postulado**. Escola da

Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. Editora. Revista dos Tribunais; Data da publicação. 1 janeiro 2008.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Quando o bom é o melhor amigo do ótimo**: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. Revista de Direito Administrativo, v. 1, 2007.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. **Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo**. Revista do Direito do Consumidor, jan./mar.1996, n.17.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **Abuso do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em: 30 nov. 2023.

TARTUCE, Flávio. **A "lei da liberdade econômica" (lei n° 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil**. Segunda parte: mudanças no âmbito do direito contratual. Portal Migalhas. São Paulo, 15 out. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte> Acesso em: 28 ago. 2023.

TARTUCE, Flávio. **A "lei da liberdade econômica" (lei n° 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil.** Segunda parte: mudanças no âmbito do direito contratual. Portal Migalhas. São Paulo, 15 out. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte> Acesso em: 28 ago. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único -11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; Método - 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TERRIN, Kátia Alessandra Pastori. **A garantia institucional da concorrência no direito econômico** moderno: análise da posição dominante e abuso de posição dominante. 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/12_1093.pdf. Acesso em: 28 out. 2023.

TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. 1 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2022, v.1.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 2ª edição, Volume 1, São Paulo: Editora Atlas, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. Vol. 1. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Volume 1 - Teoria Geral e Direito Societário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** Versão consolidada, 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>. Acesso em: 27 out. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Abuso de direito**, Curitiba: Juruá, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005.

WHISH, Richard. **Competition Law**. 6th Edition, LexisNexis Buttersworths, 2008, p.186-187.