

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, apps.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Vulnerabilidade e assimetria contratual

Vulnerability and contractual asymmetry

Hugo Ramos Alves*

Resumo: Neste estudo analisam-se as principais questões concitadas pela assimetria contratual no âmbito da contratação empresarial, procurando contribuir com pistas de resolução, por via da articulação com temas clássicos como a autonomia contratual, a justiça comutativa, o relevo da Moral ou a proporcionalidade obrigacional.

Palavras-Chave: Contratos comerciais; assimetria contratual, justiça comutativa, autonomia privada; proporcionalidade.

Abstract: This paper analyzes the key aspects that arise by contractual asymmetry in commercial contracts, aiming to give solutions to cease such situations, through the connection with classical themes such as freedom of contract, commutative justice or the role of Morals in Law, as well proportionality in Contract Law.

Keywords: Commercial contracts, contract asymmetry, commutative justice, freedom of contract; proportionality.

Sumário: 1. Introdução; 2. A autonomia privada; 3. Ordenamento jusconcorrencial e o conteúdo dos contratos; 4. O RCCG; 5. Proporcionalidade em contexto obrigacional?; 6. Paternalismo contratual?; 7. A assimetria contratual é uma questão moral?; 8. “*Terzo contratto*”?; 9. Em jeito de conclusão (provisória).

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado.

Abreviaturas mais utilizadas: Ac. – Acórdão; AUJ – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência; ASD – *Annali di Storia del Diritto*; BGH – *Bundesgerichtshof*; BMJ – Boletim do Ministério da Justiça; BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*; CC – Código Civil; CCG – Cláusulas contratuais gerais; CDP – Cadernos de Direito Privado; CRP – Constituição da República Portuguesa; DCFR – *Draft Common Frame of Reference*; DL – Decreto-lei; DIGESTO – *Digesto delle Discipline Privatistiche*; GG – Grundgesetz; HKK – *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*; Loy. U. Chi. L. – *Loyola University of Chicago Law Journal*; NJW – *Neue Juristische Wochenschrift*; RCCG – Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei número 446/85, de 25 de outubro); RDC – *Rivista di Diritto Civile*; RDCo – *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*; RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; RJC – Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio); RJuris – Ratio Juris; ROA – Revista da Ordem dos Advogados; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

1. Introdução

I. Como é sabido, o CC parte de um modelo contratual assente num arquétipo de contrato ancorado na igualdade das partes. A realidade desmente tal situação, pois a massificação das relações de consumo levou à aprovação de regimes legais destinados a conferir uma maior tutela do consumidor. Tendo presente esta realidade, é comum a asserção de que o modelo plasmado no CC é um modelo tradicional, que ignora a relação produtor-consumidor¹. Assim, paulatinamente foram surgindo novos modelos destinados a tutelar as partes mais débeis. Efetivamente, no ideário da codificação avulta a autonomia privada e a defesa da propriedade privada², falando-se igualmente em “ordem pública do liberalismo”, informada pela segurança jurídica e pela celeridade do negócio³, colocando na penumbra o consumidor, protagonista de relações massificadas.

Tradicionalmente, a situação de inferioridade/fragilidade contratual do consumidor é apontada como epicentro do surgimento do Direito do Consumo, a partir da verificação do facto de o ideário liberal não ser atreito à sua protecção, em função de reinar, de forma absoluta, o primado do princípio da liberdade e da igualdade, que obstava à concessão de qualquer privilégio ou protecção especial⁴. Com efeito, a este

¹ CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 239-241. Aliás, o autor salienta igualmente o facto de o modelo do CC estar orientado para o valor de troca e não para o valor de uso ou consumo. A situação não é essa no Direito Germânico, onde por força da *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, o BGB passou a adotar não só uma definição de consumidor (§ 13 BGB), como incorporou o regime das cláusulas contratuais gerais nos §§ 305 e seguintes do BGB.

² Cfr., por exemplo, STURM, *La formazione del BGB*, in *I Cento anni del Codice Civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana – Atti del Convegno di Ferrara 26-28 Settembre 1996*, Pádua, CEDAM, 2002, pp. 43-73 (p. 55), sublinhando o facto de o BGB ter bebido muitas soluções do *Allgemeines Deutsche Handelsgesetzbuch*, redundando na generalização de normas inicialmente pensadas para a realidade mercantil. No tocante ao *Code Civil*, ASTUTI, *Il “Code Napoléon” in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in ASD XIV-XVII (1970-1973), pp. 1-87. Para uma síntese dos antecedentes do *Code*, cfr. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 2.^a ed. (trad. de *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.^a ed., por A. M. BOTELHO HESPAÑHA), Lisboa, FCG, 1993, pp. 386-392. Para uma resenha histórica da legislação francesa prévia à entrada em vigor do *Code*, cfr., SEIGNAC, *La législation civile de la révolution française (1789-1804), Essai d’histoire sociale*, Paris, Librairie Hachette, 1898, *maxime*, pp. 21-47, relativamente aos princípios filosóficos reitores da unificação da legislação civil.

³ FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 25 ou ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 26-28, sublinhando a igualdade e a liberdade pressupostas pela adoção do princípio da autonomia privada.

⁴ Sobre esta questão, cfr., entre nós, FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, p. 11 e segs., FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo*, in BMJ 347 (1985), pp. 11-38 (p. 19 e

propósito – tal como noutros – o legislador atende à particular situação do consumidor, atribuindo-lhe uma tutela específica⁵. Tradicionalmente, esta tutela acrescida é justificada por três ordens de razão: (i) poder de mercado da contraparte, (ii) não sofisticação do consumidor e (iii) complexidade contratual⁶. Trata-se, aliás, de uma evolução já notada pela doutrina, que vem sublinhando o fenómeno da socialização do contrato⁷, consubstanciado, *inter alia*, não na análise atomística da justiça contratual, mas sim em considerações de ordem geral, justificadas na necessidade de tutela de certos sujeitos considerados vulneráveis. Ora, em rigor, no direito dos contratos tudo se resume à existência de contraentes débeis ou fortes e não tanto a uma leitura, digamos, social da justiça contratual⁸, sendo certo que mesmo esta expressão é polissémica, pois reporta-se a institutos vários⁹.

II. “Consumidor” é uma noção que abrange vários elementos, a saber: (i) o elemento subjetivo (a necessidade de se tratar de uma pessoa em sentido jurídico), (ii) um elemento objetivo (bens e/ou serviços adquiridos pelo consumidor), (iii) um elemento teleológico (finalidade dos bens ou serviços adquiridos pelos consumidores) e (iv) um elemento relacional (referente ao cocontratante, exigindo-se que seja uma empresa ou entidade profissional)¹⁰. Podemos, pois, assentar numa

segs), CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor* (reimp.), Coimbra, Almedina, 1999, pp. 31 e segs., ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 24 e segs.

⁵ Específico sobre a inferioridade do consumidor, SANDRA PASSINHAS, *O lugar da vulnerabilidade no direito do consumidor português*, in *Estudos de Direito do Consumidor* 15 (2019), pp. 255-311.

⁶ Para uma análise crítica a estes fundamentos, cfr., por exemplo, D’AGOSTINO, *Contracts of adhesion – Between law and economics – Rethinking the unconscionability doctrine*, Heidelberg, Springer, 2015, pp. 3-12.

⁷ Cfr., por exemplo, GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 200, asseverando que no domínio contratual assiste-se (i) à socialização, (ii) à publicização, (iii) à coletivização e (iv) especialização. Cfr. igualmente D’AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e diritto privato*, 2019, pp. 1-49 (pp. 4-5), sublinhando que o contrato apenas indiretamente pode realizar objetivos de carácter social.

⁸ ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 25-45 (p. 26): “*Nel diritto commune dei contratti non esistono ne consumatori ne professionisti; esistono bensì contraenti deboli e contraenti forti.*”

⁹ Cfr. o conspecto de CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *ED-Annali*, Vol. VII, Milão, Giuffrè, 2014, pp. 447-477 (pp. 448-449), bem como EADEM, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Turim, Giappichelli, 2011, 221 e segs., reportando-se ao “paradoxo da justiça contratual”.

¹⁰ Assim, por exemplo, já FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, pp. 206 e segs. Cfr. igualmente JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 32-46, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*, pp. 51-73 ou DAVID FALCÃO, *Lições de*

noção de consumidor em que este corresponde à pessoa singular que atua com fins estranhos ao âmbito da sua atividade empresarial, comercial ou profissional. Estaríamos, assim, diante de um segundo modelo contratual, o negócio jurídico de consumo, assente na qualificação de uma das partes.

Para além desta particular situação de inferioridade, a doutrina tem identificado uma (aparente) novel situação de inferioridade: a contratação entre empresários, caracterizada pela dependência económica de uma das partes face à outra. Trata-se do *terzo contratto*¹¹, pautado pela existência de uma situação de assimetria entre as partes, assimetria essa caracterizada ou pelo maior poder negocial (*“bargaining power”*), ou pelo maior poderio económico ou mesmo pelo melhor conhecimento do produto ou serviço objeto do contrato que uma das partes detém. Trata-se, pois, de abusos da liberdade estribados no poder económico¹². Na prática, esta assimetria reconduz-se à possibilidade de uma das partes poder determinar a constituição de relações contratuais desequilibradas, surgindo assim no epicentro de três vetores: a teoria geral do contrato, a eficiência económica inerente aos contratos comerciais e o Direito da Concorrência.

Independentemente dos problemas concitados pelo *nomen “terzo contratto”*¹³, a doutrina tem vindo a assinalar que esta categoria permite a reflexão crítica¹⁴, pois o intérprete-aplicador tem de indagar sobre a possibilidade de corrigir disparidades contratuais ou, em termos mais amplos, ponderar a eventual repressão de abusos contratuais¹⁵.

III. A partir da premissa da inferioridade de um contraente não qualificável como consumidor procuraremos analisar algumas questões suscitadas pela assimetria

direito do consumo, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2020, pp. 16-25, bem como CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, p. 58 e segs.

¹¹ Sobre este, cfr. o conspecto de GIANOLA, *Terzo contratto*, in DIGESTO – *Sezione Civile (aggiornamento)*, Turim, Unione Tipografico-Editrice, 2009, pp. 570-584, ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito con qualche elemento di novità*, in *La vocazione civile del giurista – Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma, Laterza, 2009, pp. 178-203. Sublinhando estamos diante de figura nova e desconhecida na História, CARUSI, *I precedenti*, in *Il terzo contratto*, Bolonha, Il Mulino, 2008, pp. 31-36 (p. 31).

¹² Cfr., já, por exemplo, RAISER, *Vertragsfreiheit heute*, in JZ 1958 pp. 1-8 (p. 6 e segs.)

¹³ Cfr., por exemplo, AMADIO, *Il terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, Bolonha, Il Mulino, 2008, pp. 9-30.

¹⁴ FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Pádua, CEDAM, 2011, p. 8.

¹⁵ Vincando este aspeto, ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa ed disciplina della concorrenza*, in RDC LIV (2008), pp. 515-541 (pp. 515-516).

contratual. Assim, sucessivamente, curaremos da autonomia privada e da respetiva articulação com o ordenamento jusconcorrencial, da proporcionalidade em contexto obrigacional, do paternalismo contratual e de eventuais questões de moralidade, de modo a tecermos algumas considerações sobre a figura do *terzo contratto* e avançar algumas conclusões, necessariamente provisórias, atento o carácter perfunctório deste escrito.

De modo a percorrer este itinerário, teremos como ponto de partida situações em que a assimetria contratual é determinada pelo recurso a CCG, estando a assimetria relacionada com a pré-elaboração do contrato pela parte com maior poder de negociação (“*bargaining power*”), o que obriga igualmente a ter de ponderar se estamos perante uma falha de mercado – sujeita à necessária correção pelo ordenamento jusconcorrencial – ou se estamos diante de uma questão eminentemente privada. Efetivamente, não é inaudito nesta sede encontrarmos autores sublinhando o facto de a assimetria contratual chamar à colação a disciplina jusconcorrencial, *maxime* as situações de abuso de dependência económica. Todavia, atenta a finalidade daquela disciplina, *i.e.*, assegurar o correto funcionamento do mercado, é igualmente comum a asserção de que a tutela da contraparte é meramente reflexa e, como tal, está disciplinada primacialmente pelo Direito Privado¹⁶.

Não será despidendo sublinhar que, em alguns instrumentos normativos, surgem previsões tendentes a regular as situações de assimetria ou, em termos mais latos, de iniquidade contratual. Efetivamente, o artigo 3.2.7. dos Princípios Unidroit admite a possibilidade de anulação em caso de manifesta desproporção, tal como os Princípios de Direito Europeu dos Contratos no artigo 4.109 ou o DCFR no II-7:207¹⁷. Adicionalmente, esta assimetria está bem documentada na *praxis*, mormente em contratos de distribuição, *maxime* no caso do contrato de franquia¹⁸,

¹⁶ GIANOLA, *Terzo contratto*, 571 (1.ª coluna), bem como ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, p. 519.

¹⁷ Preceitos que CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *ED-Annali*, 469 (2.ª coluna), associa a uma revolução lexical – de que o § 138 II BGB seria preceito inspirador –, pois estamos perante disposições que funcionam formalmente como uma regra, mas substancialmente como um princípio.

¹⁸ Numa primeira aproximação, cfr., FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*, Coimbra, Almedina, 2001, *passim*, PINTO MONTEIRO, *Contratos de distribuição comercial*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 117 e segs., PESTANA DE VASCONCELOS, *O contrato de franquia (franchising)*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, *passim*, bem como MENEZES CORDEIRO, *Do contrato de franquia («franchising»): autonomia privada versus tipicidade social*, in *ROA* 48 (1988), pp. 63-84. Para uma apreciação, do prisma jusconcorrencial, cfr., por exemplo, MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da concorrência*, 2.ª ed., AAFDL, 2018, pp. 573-580.

mas, também, no caso do contrato de instalação de lojista em centro comercial¹⁹, motivo pelo qual reputamos não ser despidendo efetuar uma reflexão de cariz perfunctório sobre o tema²⁰.

2. Autonomia privada

I. A autonomia privada é um dos vetores fundamentais do Direito Civil, tendo consagração expressa no artigo 405.º, a propósito da liberdade contratual, mas, também a montante, nos artigos 26.º, número 1 e 61.º da CRP²¹. Este princípio é igualmente um dos principais polos, quiçá o principal, que subjaz à discussão sobre o fundamento de vinculatividade dos acordos, *maxime* ao respetivo fundamento moral ou ao respeito pela autonomia das partes. Ponto assente é o de estarmos perante uma manifestação da autodeterminação individual²². No entanto, não estamos perante uma realidade absoluta, pois este individualismo cede perante a intersubjetividade, surgindo, assim, a questão dos limites da liberdade contratual²³,

¹⁹ Sobre estes, cfr. ANTUNES VARELA, *Centros comerciais, shopping centers: natureza jurídica dos contratos de instalação dos lojistas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, *passim*, MALTA DA SILVEIRA, *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos*, Coimbra, Almedina, 1999, *passim*, ANA AFONSO, *Os Contratos de instalação de lojistas em centros comerciais*, Porto, UCP Editora, 2003, bem como OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração empresarial e centros comerciais*, in RFDUL 1991, pp. 29-70 ou GALVÃO TELLES, *Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais*, in *O Direito* 123 (1991), pp. 521-534.

²⁰ Apenas nos reportamos à contratação entre entidades não qualificáveis como consumidor. Utilizando a terminologia de ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 195, em sede de RCCG, temos em mente apenas os contratos comerciais puros.

²¹ Cfr., por exemplo, o Ac. do Tribunal Constitucional 299/2020 (Lino Rodrigues Ribeiro), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>, onde se afirma cristalinamente: “O princípio da autonomia privada tem dignidade constitucional, podendo ser inferido dos preceitos que consagram a liberdade no desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º), a liberdade de iniciativa privada (artigo 61.º) e o próprio direito constitucional à propriedade, pois – como se refere no Acórdão n.º 421/2009 – a “propriedade” também é “um pressuposto da autonomia das pessoas”.

No Direito alemão, a autonomia privada não é reconhecida expressamente, sendo uma estatuição indireta, pois o BGB não a prevê, limitando-se a pressupô-la. Nestes termos, por exemplo, DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, Heidelberg, Springer Verlag, 2010, p. 25. Adicionalmente, observa-se que em certos ordenamentos jurídicos a autonomia privada não é um princípio fundamental, facto demonstrado por qualquer excursão histórico. Cfr., por exemplo, RAISER, *Verragsfreiheit heute*, pp. 1-2.

²² Cfr., por exemplo, FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichn Rechts*, Vol. II *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Heidelberg, Springer Verlag, 1992, p. 1.

²³ Desenvolvidamente, SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 52 e segs.

facto, aliás, expressamente reconhecido no próprio artigo 405.º, número 1 do CC²⁴. Subjacente à fundamentação deste princípio, deparamos, de forma mais ou menos expressa, com questões de natureza política, como é o caso de visões liberais ou coletivistas²⁵.

A priori, o princípio da liberdade contratual pode ser compreendido sob dois prismas distintos, a saber: (i) como liberdade contratual fáctica e (ii) como princípio normativo²⁶. Naturalmente, reportamo-nos a este último. Em termos amplos, conforme assinala Menezes Cordeiro, a autonomia privada equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica, enquanto em termos restritos corresponde ao espaço de liberdade jurígena, *i.e.*, a área reservada na qual as pessoas podem desenvolver a atividade jurídica que entenderem²⁷, ou, na expressão de Oliveira Ascensão, a possibilidade de os particulares construírem a sua própria ordem jurídica dentro dos quadros desta²⁸; se se preferir, trata-se de um aspeto da autonomia privada que redundará na concretização da autodeterminação da individualidade do estipulante²⁹.

O negócio jurídico, enquanto manifestação da autonomia privada, recorta-se dos restantes atos intencionais, caracterizando-se pela liberdade de celebração, *i.e.*, a possibilidade de praticar ou não um ato, e pela liberdade de estipulação, *i.e.*, a

²⁴ Cfr. o Ac. do Tribunal Constitucional 540/03 (Benjamim Rodrigues), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>, onde se ilustram algumas: “Desde razões de ordem pública, justificadas pela segurança do tráfego jurídico, até ao reconhecimento de uma diferenciada posição fáctica das partes, a justificar uma regulamentação de tutela dos interesses da “parte mais fraca” – não raras vezes, com a finalidade de realizar prático-normativamente a intenção material da liberdade contratual –, não é difícil encontrar no direito dos contratos exemplos típicos da imposição de um regime vinculinístico, insusceptível de modelação ex voluntate dos particulares, sendo essas derrogações – recte, limitações – da liberdade contratual acopladas de um potencial sancionatório, determinante da invalidade de qualquer disposição contratual que se lhes oponha, assim se inviabilizando uma “fraude à lei” orientada a contornar as imposições legais.”

²⁵ Cfr., por exemplo, MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, *The german law of contract*, 2.ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 44.

²⁶ HOFER, *vor §241. Das Prinzip Vertragsfreiheit*, in HKK – Tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 1. Teilband: §§vor 241-304, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, Nm. 1. Para uma apreciação das várias conceções do princípio da liberdade contratual, SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, pp. 63-176.

²⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, Vol. I, 4.ª ed. Coimbra, Almedina, 2012, p. 951. Sobre a tutela constitucional da autonomia privada, ainda que em termos datados, cfr. ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Almedina, 1982, *passim*. Em qualquer caso, cabe ter presente, conforme refere SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, pp. 132-153, que a abordagem constitucional tem resultados modestos, em face das conclusões já alcançadas pela doutrina privatista.

²⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria geral*, Vol. II – *Ações e factos jurídicos*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 80.

²⁹ HOFER, *vor §241. Das Prinzip Vertragsfreiheit*, in HKK, Nm. 4.

possibilidade de optar pela prática do ato e, igualmente, de selecionar o tipo de efeitos que se irão produzir³⁰. Postas as coisas nestes termos, estamos, ainda, a descrever o conteúdo da autonomia privada. Nas palavras de Ferri, o problema da autonomia privada é, sobretudo, um problema de limites, limites esses que são o reflexo de normas jurídicas³¹.

A configuração da autonomia privada está intimamente relacionada com a conceção adotada a propósito da juridicidade. Efetivamente, os defensores do positivismo consideram, por via de regra, que a autonomia privada não é um poder originário, mas um poder conferido pelo Estado ou, quando muito, uma delegação efetuada pela Lei³². Tal conceção contrasta, com a posição daqueles autores, como Manuel de Andrade, que admite a possibilidade de as partes poderem fazer nascer ou criar direitos e obrigações como lhes aprouver³³. Não negamos que somos tributários desta posição; todavia, em vez de proclamar a autonomia privada como princípio fundamental do Direito Privado, afigura-se mais avisado basear tal conceção na consecução de uma diretriz constitucional fundamental: o livre desenvolvimento da personalidade³⁴. Conforme referimos previamente, o problema da autonomia privada entronca nos seus limites e não numa mera delegação da Lei. Isto porque o sistema jurídico tem uma textura aberta, que não se limita à mera possibilidade de recorrer a argumentos morais. Consequentemente, resulta impossível para o Direito prever todos os efeitos concretos de uma determinada conduta³⁵. Ora, os perigos do abuso da autonomia privada não podem ser afastados integralmente por normas imperativas expressas. Por esse motivo, é comum o recurso a uma cláusula geral cominando com nulidade os negócios que briguem com os princípios fundamentais (inderrogáveis) da ordem jurídica e com os bons costumes³⁶.

³⁰ Assim, por exemplo, CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, Vol. II. – *Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 4.^a ed., 2007, p. 31. Similarmente, MOTA PINTO, *Teoria geral direito civil*, 4.^a ed., pp. 107-116.

³¹ FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno d'insegnamento*, Vol. IV, Milão: Giuffrè, 1958, pp. 118-193 (p. 122-123).

³² Assim, por exemplo, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 236-237.

³³ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica* (reimp.), Coimbra, Almedina, Vol. II, 2003, p. 27. Obviamente, esta liberdade de atuação será variável, em função de em alguns negócios jurídicos existirem limitações, dando como exemplo os negócios pessoais, *maxime*, o casamento.

³⁴ Sobre este, cfr., numa primeira aproximação, PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Portugal-Brasil – ano 2000*, Studia Iuridica, 40, Coimbra, 2000, pp. 149-246.

³⁵ Salientando este aspeto, entre nós, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, Vol. I, p. 951.

³⁶ Em termos próximos, pronunciou-se BAPTISTA MACHADO, *Do princípio da liberdade contratual – Anotação*, in *Obra dispersa*, Vol. I, Braga: Scientia Iuridica, 1991, pp. 623-646 (pp. 641-642).

A autonomia privada não poderá ser entendida nos termos liberais clássicos de que “*tudo o que não é regulado, é permitido*”, pois, neste âmbito, o papel regulador do Direito seria entendido como algo excepcional e anómalo. Em termos metodológicos, um entendimento deste jaez implicaria igualmente que (i) perante uma “não-previsão” do legislador, dever-se-ia considerar a existência de uma previsão do comportamento omissivo como uma permissão, tutelando-a contra comportamentos conflituantes e que (ii) tal norma genérica de liberdade é negada pela *praxis*, na medida em que perante um caso não regulado os juristas tendem a procurar regulá-lo³⁷. Em rigor, não existe um campo de liberdade plena de atuação dos privados, pois ora são impostos limites pelo ordenamento, ora são os próprios intérpretes a confrontar-se com uma aversão ao vazio legislativo³⁸.

II. A autonomia privada é uma manifestação da liberdade de ação humana e, como tal, é também uma manifestação do princípio do livre desenvolvimento da personalidade humana³⁹. Não negamos a adesão ao pensamento aristotélico, assente, por um lado, na virtude e, também, no facto de a cada ato corresponder necessariamente uma consequência. Em vez de considerarmos que a autonomia privada consiste numa forma de reconhecimento da liberdade de estipulação dos privados, *maxime* do campo de autorregulação de interesses que o ordenamento coloca à sua disposição⁴⁰, colocamos a tónica nos limites impostos pelo ordenamento.

A adesão à tradição aristotélica admite fundamentar moralmente (*latissimo sensu*) a noção de vinculação e de contrato. Com efeito, se se tiver em mente a

Similarmente, HENKE, *Die Leistung: Grundvorgang des sozialen Lebens und Grundbegriff des Schuldrechts*, Berlim, Duncker & Humblot, 1991, p. 63. Para uma apreciação crítica da solução do BGB, cfr. HOFER, *vor §241. Das Prinzip Vertragsfreiheit*, in HKK, Nm. 10 e segs..

³⁷ Para desenvolvimentos ulteriores sobre este ponto, cfr. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del Diritto*, pp. 45-51.

³⁸ BAPTISTA MACHADO, *Do princípio da liberdade contratual*, p. 643-644, salientando que a ordem pública tem como função caracterizante a limitação da vontade. Cfr. igualmente, DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, p. 27, afirmando que a liberdade contratual decorre da vontade das partes, competindo ao ordenamento jurídico definir os limites à vinculação.

³⁹ Assim, *e.g.*, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10.^a ed., Berlim, De Gruyter Recht, 2006, p. 69 e BROX/ WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 34.^a ed., Munique, Verlag C. H. Beck, 2010, p. 30.

⁴⁰ Como parece efetuar LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Vol. I – *Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, pp. 40-41. O autor tem toda a razão quando salienta existir uma certa ambivalência da liberdade contratual, dado que se pressupõe a liberdade de atuação dos sujeitos económicos e, simultaneamente, se exige a regulação de tal liberdade, de modo que se possa fazer uso efetivo da liberdade contratual e não se veja forçado a renunciá-la, aceitando condições contratuais ditadas em consequência da maior força económica da outra parte.

noção de justiça distributiva, a qual implica que qualquer sujeito possa adquirir as coisas necessárias para a sua subsistência, deve igualmente ter-se em mente que, para Aristóteles, a noção de parte equitativa correspondente a cada sujeito dependerá do tipo de sociedade em que esse sujeito estiver inserido de acordo com uma proporção geométrica⁴¹. Ponto assente é o facto de a liberdade contratual estar sempre em tensão com a justiça contratual, devendo sempre ser reconhecida uma possibilidade de correção do conteúdo do contrato.⁴² Noutra perspetiva, é lícito afirmar que a defesa irrestrita da autonomia privada implica tolerar contratos iníquos, o que configura uma afronta aos valores da igualdade e da liberdade⁴³.

3. Ordenamento jusconcorrencial e conteúdo dos contratos

I. Por vezes, a autonomia privada é associada ao ordenamento económico, de modo a afirmar que a livre concorrência é um dos seus fundamentos legitimadores⁴⁴. Não obstante, esta perspetiva não é isenta de falhas, pois o exacerbamento do ideário liberal, *per se*, foi incapaz de prevenir a formação de monopólios ou oligopólios, mas, também, a imposição de cláusulas abusivas, fruto do mero poder de mercado de umas das partes⁴⁵.

Em rigor, a tentativa de correlação entre o ordenamento jusconcorrencial e a fundamentação da autonomia privada implica cortar as amarras ao pendor individualístico deste princípio, temperando com a necessidade coletiva relativa à

⁴¹ ARISTÓTELES, *Nicomachean ethics*, (trad. por ROGER CRISP), Cambridge: Cambridge University Press, 2004, IV, 1131b-1132b (pp. 86-88). Neste particular, GORDLEY, *Contract law in the aristotelian tradition*, in *The theory of contract law – New essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 265-334 (pp. 265-313), salienta que, no mundo hodierno, a noção de “parte justa” poderá ser subsumível à noção de “poder de compra”. Para uma crítica à leitura da justiça comutativa como preço, cfr. de CALDERAL, *Giustizia contrattule*, in *ED-Annali*, 457-458. Já WEINRIB, *The idea of private law*, Harvard, Harvard University Press, 1995, p. 56 e segs., mau grado considerar que a noção de justiça corretiva propugnada por Aristóteles consistir, em muitos aspetos, a forma mais acabada de uma descrição de uma relação jurídico-privada, considera que esta é incompleta, pois baseia-se numa noção bipolar de justiça.

⁴² LOOSCHELDERS/OLZEN, *Staudinger Kommentar/§ 242 BGB*, Berlim: Sellier de Gruyter, 2019, Nm. 458.

⁴³ Esta é a premissa básica do interessantíssimo estudo de FLANNIGAN, *Rethinking freedom of contract*, in *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 174 (2017), pp. 443-463.

⁴⁴ Por exemplo, FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Vol. II *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., p. 10.

⁴⁵ Cfr., por exemplo, ATIYAH, *Rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 697 e segs.

atuação do mercado⁴⁶. Na verdade, o ordenamento jusconcorrencial – conquanto fundamentado em premissas liberais – tem em vista o normal funcionamento dos mercados, procurando corrigir distorções indesejáveis no respetivo funcionamento. Tendo em consideração esta finalidade, as eventuais repercussões em relações jusprivadas são meramente reflexas, ou, se preferir, complementares⁴⁷, porquanto derivadas do objetivo precípua de garantir a neutralidade e eficiência das forças de mercado, *i.e.* de salvaguardar a promoção e defesa da concorrência, conforme resulta do artigo 1.º, número 2 do RJC.

II. Conforme referimos inicialmente, é comum a constatação de situações de poder *de facto* de uma das partes relativamente à outra. Não estamos aqui no domínio das práticas colusivas⁴⁸, nem do abuso de posição dominante⁴⁹, mas sim, tendencialmente, perante a figura do abuso de dependência económica⁵⁰, previsto no artigo 12.º, número 1 do RJC onde podemos ler: “*É proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.*”.

De modo a densificar esta proibição, o RJC ilustra como exemplos de abuso de dependência económica os casos de (i) imposição, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas, (ii) a limitação de produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores, (iii) a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse

⁴⁶ SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, p. 197.

⁴⁷ CAFAGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, Bolonha, Il Mulino, 2008, pp. 301-316 (p. 305). Cfr. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, Bolonha, Il Mulino, 2008, pp. 137-177 (pp. 156-159), asseverando que caso se conclua pela existência de abuso, esta tutela reflexa será, em rigor, o franquear de portas para afirmar a existência de uma conduta ilícita e, por conseguinte, recorrer à responsabilidade delitual. Cfr. ainda NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in RDC LI (2005), pp. 507-537 (pp. 515-516), sublinhando que a discussão em torno da iniquidade contratual é mais ampla do que o escopo do Direito da Concorrência.

⁴⁸ Cfr. o artigo 9.º do RJC, bem como os casos legalmente previstos de justificação (excecional) destas práticas no artigo 10.º do mesmo diploma.

⁴⁹ Cfr. o artigo 11.º do RJC. Monograficamente, cfr., por todos, MIGUEL MOURA E SILVA, *O abuso de posição dominante na nova economia*, Coimbra, Almedina, 2010, *passim*.

⁵⁰ Monograficamente, apesar não reportado à legislação vigente, MARIANO PEGO, *A posição dominante relativa no direito da concorrência*, Coimbra, Almedina, 2001, *passim*.

facto, em desvantagem na concorrência, (iv) a subordinação da celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos⁵¹ e (v) a rutura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas⁵².

Ao abrigo do RJC não foi proferida qualquer decisão relativa a situações de abuso de posição económica⁵³. Não é esse, todavia, o cenário a nível europeu onde, apesar de não previsto expressamente, no TFUE, o TJUE tem vindo a tomar algumas decisões tendo por base as situações de abuso de dependência económica, estribadas na noção de abuso de posição dominante. Assim, em contexto de crise, entendeu-se que a recusa de fornecimento de produtos petrolíferos a um cliente ocasional é justificada pois, caso se apliquem a estes clientes condições idênticas às oferecidas a clientes regulares, ocorreria uma diminuição das entregas contratadas/esperadas⁵⁴. Paralelamente, a recusa de fornecimento pode ser justificada (i) se se destinar a proteger interesses legítimos, (ii) se for idónea a tal proteção e (iii) se for pautada pela proporcionalidade⁵⁵.

III. Conquanto não pensado para a regulação direta de relações contratuais, podemos retirar do TFUE o mandamento fundamental da proporcionalidade: a partir do momento em que um determinado operador económico esteja dependente economicamente de outro, devem considerar-se precludidos comportamentos arbitrários e desproporcionados, mas, também, conforme assinala Engrácia Antunes, imposições unilaterais e verticais de determinadas condições contratuais desvirtuadoras da concorrência⁵⁶. Assim, devem, *inter alia*, considerar-se proibidas cláusulas impondo a celebração de contratos, alargando prazos de pagamento (pese embora se exija a prestação contínua de serviços), imposição da observância de campanhas

⁵¹ Sobre as vendas subordinadas, pelo prisma do abuso de posição dominante, CALAIM LOURENÇO, *As vendas subordinadas e agrupadas como estratégias de projeção de poder de mercado*, Coimbra, Almedina, 2013, *passim*.

⁵² Cfr. o artigo 12.º, número 2 do RJC, o qual é articulado com as alíneas a) a d) do artigo 11.º, número 2 do mesmo diploma, relativo ao abuso de posição dominante.

⁵³ No regime pretérito, foram proferidas duas decisões condenatórias pelo Conselho da Concorrência, no âmbito do processo nº 3/98 (caso Centralcer) e do processo nº 2/99 (caso Unicer).

⁵⁴ Cfr. os considerandos 33 e 34 do Caso 77/77, disponível *apud* <https://eur-lex.europa.eu/>

⁵⁵ Cf. o considerando 189 e 190 do Caso 27/76, disponível *apud* <https://eur-lex.europa.eu/>

⁵⁶ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, pp. 210-211.

comerciais determinadas por uma das partes, imposição de descontos, determinação de preços de revenda, limitação da contratação com concorrentes, ainda que estes apresentem preços mais competitivos, *et cetera*. Estas situações devem ser apreciadas casuisticamente pois, em casos circunscritos, pode existir uma justificação objetiva capaz de retirar o juízo de censura a estas condutas⁵⁷. Em qualquer caso, a questão do controlo de conteúdo ou da própria iniquidade do contrato é mais ampla: mesmo que não haja violação do Direito da Concorrência, a iniquidade do contrato deve ser sempre ponderada⁵⁸.

Como verificaremos em seguida, algumas destas práticas são, igualmente, previstas no RCCG. Existe, pois, alguma sobreposição entre estes diplomas. Todavia, apesar de, indiretamente, afetar o conteúdo dos contratos⁵⁹, o RJC não tem por finalidade precípua modelar relações contratuais, motivo pelo qual, *prima facie*, se deve recorrer ao catálogo de proibições vertido no RCCG para aferir da licitude do conteúdo do contrato, sendo certo que este *corpus* normativo não deixa igualmente de perseguir, pelo menos indiretamente, objetivos jusconcorrenciais, por via da correção de assimetrias.

4.O RCCG

I. Como é sabido, a contratação com base em condições ou cláusulas negociais gerais, previamente elaboradas, constitui uma faceta típica da sociedade industrial moderna⁶⁰. Estes contratos concitam problemas de três ordens: no plano da formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente desconhecer cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de cláusulas abusivas e no plano processual mostram a inadequação e insuficiência do normal controlo judiciário, que atua *a posteriori*, depende da iniciativa

⁵⁷ Cfr., por exemplo, o Ac. do STJ de 8 de outubro de 2013, Proc. 191/10.2TVLSB.L1.S1 (Azevedo Ramos), disponível *apud* www.dgsi.pt. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, p. 172-177, sustenta que o acordo traduzindo o abuso configura um exemplo de nulidade secundária, por incompatibilidade do objeto do contrato à luz do comando jusconcorrencial.

⁵⁸ NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, p. 515, observa certa-mente que a própria conformidade aos mandamentos jusconcorrenciais não é sinónimo de correção, nem de total congruidade com a boa fé objetiva.

⁵⁹ E sem prejuízo de o incumprimento desta proibição poder dar azo a situações de responsabilidade civil.

⁶⁰ Cfr., por exemplo, ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual* (reimp.), Coimbra, Almedina, 2005, pp. 325.

processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso concreto⁶¹. O regime do RCCG foi, ainda, influenciado pela Diretiva número 93/13, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Esta diretiva reporta-se, apenas, a cláusulas abusivas inseridas em contratos celebrados com consumidores, perspetivados como “a parte mais vulnerável do contrato”⁶². Nesta sede, cabe, ainda, indagar se esta pressuposição, conquanto corresponda a uma tentativa de correção de falhas de mercado – a ignorância ou fraco conhecimento do consumidor/aderente obsta a uma situação concorrencial perfeita –, não acaba por trazer custos acrescidos em sede de aplicação destas medidas, diminuindo os respetivos benefícios⁶³.

A resposta será, naturalmente, negativa. Efetivamente, os perigos concitados pelos contratos de adesão são múltiplos, sendo de destacar, por exemplo, as matérias atinentes a deveres de informação e de esclarecimento, mas, também, as particulares questões relativas à inserção de cláusulas de exoneração. Na verdade, a adoção de cláusulas de exoneração em contratos nos quais a liberdade de estipulação da contraparte não existe ou está fortemente reduzida tende a favorecer a negligência da contraparte, embora, concomitantemente, possam servir para tornar possível ou mais fácil a realização de certos contratos⁶⁴. A estes fundamentos deve acrescentar-se ainda, o objetivo de atender à diminuição dos riscos de redistribuição de riqueza (“*Risikoumverteilung*”), pois visa-se diminuir os abusos perpetrados pelos oferentes⁶⁵. Em suma, nas palavras de Nuno Pinto Oliveira, o regime das cláusulas contratuais gerais procura funcionar como contrapeso de uma situação em que o aderente, facticamente, não pode fazer uso da liberdade de estipulação, situação que pode levar ao desconhecimento do conteúdo do contrato pelo aderente e, si-

⁶¹ PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão – O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, instituído pelo D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in ROA 46 (Dezembro 1986), pp. 735-769 (p. 742-745). Similarmente, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 59, salienta que a lei portuguesa submete as condições gerais do contrato a um apertado sistema de controlo, que funciona a vários níveis, em primeiro lugar, ao nível da inclusão das cláusulas no contrato singular; depois, ao nível da interpretação e, finalmente, ao nível do próprio conteúdo das condições gerais. Cfr. igualmente o Ac. da Relação de Coimbra de 12 de janeiro de 2010, Proc. 2791/08.1TBPBL.C1 (Isaías Pádua), disponível *apud* www.dgsi.pt

⁶² Assim, por exemplo, NEBBIA, *Unfair contract terms in European Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 3. Sobre as origens da Diretiva, EADEM, *op cit.*, pp. 3-22.

⁶³ Sublinhando o ponto, ATIYAH, *Rise and fall of freedom of contract*, p. 703.

⁶⁴ VAZ SERRA, *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros* in BMJ 79 (1958), pp. 105-159 (p. 119).

⁶⁵ Similarmente, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10.ª ed., p. 98.

multaneamente, permite a transferência dos riscos do contrato para o aderente⁶⁶. Face a esta situação, parece ser ainda atual a observação de Saleilles ao sublinhar o facto de nos contratos de adesão estarmos mais próximos de uma lei do que de um vero contrato, atenta a pré-disposição das cláusulas⁶⁷, motivo mais do que suficiente para concitar a questão do controlo do conteúdo material dos contratos, assente no teor das próprias cláusulas⁶⁸. Em função deste constrangimento, não causa surpresa que a tutela do contraente débil tenha sido enquadrada através do recurso à boa fé, à violação da ordem pública ou, inclusive, à causa do contrato⁶⁹. Em qualquer caso, neste particular, o recurso à boa fé enquanto critério hermenêutico tem um efeito destrutivo, pois permite remover cláusulas iníquas⁷⁰. Numa perspetiva mais ampla, sempre se poderia dizer que, por via do recurso à boa fé e do catálogo de cláusulas absoluta e relativamente proibidas, o RCCG, através da seleção de contraentes mais eficientes, contribui para um melhor funcionamento do mercado. Todavia, tal seria sinónimo de colocar na sombra o facto de, *in radice*, estarmos perante um regime destinado a corrigir desequilíbrios contratuais⁷¹.

II. Como é sabido, o RCCG adotou uma série de cláusulas consideradas proibidas em termos absolutos (artigos 18.º e 21.º) e de cláusulas proibidas em termos relativos (artigos 19.º e 22.º), sendo que, de igual modo, foi efetuada a destriça entre as relações entre empresários ou entidades equiparadas e as relações com consumidores finais. Tendo presente o teor do RCCG, podemos afirmar que este não deixa de se inscrever num movimento de intervenção legislativa pautado pelo teor analítico e metuculoso, sempre sujeitos ao risco de derrogar vetores fundamentais do ordenamento jurídico, como é o caso da própria autonomia privada⁷².

⁶⁶ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 234.

⁶⁷ SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 a 144)*, Paris, LGDJ, 1929, pp. 229-230, afirmando igualmente estarmos diante de um pretenso contrato.

⁶⁸ Cfr. as observações de MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* (reimp. da ed. de 1984), Coimbra, Almedina, 2001, p. 655.

⁶⁹ Cfr., por exemplo, GUIDO ALPA, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in RTDPC LIII (1999), pp. 1173-1200 (p. 1175).

⁷⁰ Sublinhando a força *destruens* da boa fé a propósito da Diretiva 93/13, NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, p. 511.

⁷¹ Neste sentido, tendo por base o Direito italiano, D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, pp. 23-24.

⁷² Assim, por exemplo, BUONOCUORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in RDC XLI (1995), pp. 1-41 (p. 27).

Na verdade, em função de as cláusulas contratuais gerais se pautarem pela pré-elaboração, generalidade e rigidez, o legislador deixou menor campo de manobra nas relações com consumidores finais, sendo erigida a boa fé a critério-reitor para aferir da validade das cláusulas gerais, podendo, inclusive, determinar outras proibições que não estejam previstas no próprio RCCG⁷³.

Conquanto não discordemos desta solução, julgamos certa a observação de Westermann, Bydlinski e Weber quando salientam que o fundamento do regime das cláusulas contratuais gerais assenta num modelo de sociedade onde os indivíduos devem estar dotados de toda a informação relativa a um determinado produto, justificando-se a tutela dos aderentes pela adoção de uma cláusula flexível de controlo da licitude do respetivo conteúdo⁷⁴. Aliás, a este respeito reputamos igualmente por correta a asserção de Brox e Walker, asseverando que as normas referentes a cláusulas contratuais gerais são baseadas, sempre, nos fundamentos da base negocial em que as partes contrataram, uma vez que só existe vinculação quando houver perfeita consciência de todas as implicações que o conteúdo do contrato a celebrar envolve⁷⁵.

Assim, enquanto nas relações entre empresários, as cláusulas absoluta ou relativamente proibidas são apenas as que constam dos artigos 18.º e 19.º, tratando-se de relações com consumidores serão igualmente proibidas, de modo absoluto ou relativo, as que constam dos artigos 21.º e 22.º, conforme decorre do disposto no artigo 20.º do RCCG. Trata-se, pois, de um catálogo mais assaz mais amplo, o que se justifica pela maior assimetria nas relações de consumo.

III. O regime das cláusulas contratuais gerais é informado pelo princípio da boa fé, (artigo 16.º RCCG), o que implica que, em face de um situação concreta, devem ponderar-se valores fundamentais do direito, designadamente a confiança suscitada pelas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis, bem como o objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato

⁷³ Em sentido contrário, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in ROA 50 (2000), pp. 573-595 (p. 589), considera que o critério da boa fé é uma aparência de critério, uma “etiqueta vazia” (sic). Sobre este aspeto, com maiores pormenores, cfr., JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, p. 557 e segs., salientando que o critério da boa fé permite uma ponderação objetiva de interesses que opera no exercício da liberdade contratual.

⁷⁴ WESTERMANN/BYDLINSKI/WEBER, *BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 7.ª ed, Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 14.

⁷⁵ BROX/ WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 34.ª ed., Munique, Verlag C. H. Beck, 2010, pp. 34-35.

utilizado (artigo 17.º do RCCG)⁷⁶. Dito de outro modo, a listagem de cláusulas absoluta e relativamente proibidas é afetada por esta suspeição, *rectius*, proibição, porque, num plano abstrato, briga com o princípio da boa fé⁷⁷.

Relativamente à distinção entre cláusulas absoluta e relativamente proibidas, esta terá como principal efeito o facto de as cláusulas sujeitas a uma proibição relativa permitirem ao tribunal a sua apreciação em cada caso concreto, ainda que segundo um modelo objetivo, enquanto as cláusulas absolutamente proibidas são proibidas em qualquer caso. Ou seja, umas só são proibidas após valoração judicial, que dependerá, naturalmente do caso concreto, enquanto outras são-no imediatamente, contanto que constem do elenco de cláusulas proibidas⁷⁸.

IV. No tocante ao elenco de cláusulas absolutamente proibidas, verifica-se que o RCCG veda (i) cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade (artigo 18.º, alíneas a) a d)) e (ii) cláusulas exclusão ou limitação de recurso aos meios de cumprimento (artigo 18.º, alíneas f) a h)), bem como (iii) cláusulas diversas, seja porque relativas à interpretação do contrato (artigo 18.º, alínea e), seja porque imponham obrigações duradouras ou perpétuas (artigo 18.º, alínea j), ou porque facilitam a cessão da posição contratual (artigo 18.º, alínea l)⁷⁹.

A casuística decisória dos tribunais superiores nesta matéria é considerável. A título meramente exemplificativo, podem ilustrar-se casos em que foram consideradas nulas (i) cláusulas limitadoras – sem fazer uso de juízos de proporcionalidade – do *quantum respondeatur* independentemente da conduta do agente e dos danos dela

⁷⁶ ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 39 salientam que o artigo 16.º reporta-se à boa fé objetiva, não se fornecendo ao julgador uma regra apta a aplicação imediata, mas apenas uma proposta ou plano de disciplina, exigindo a sua mediação concretizadora. ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, pp. 70-71, sublinha que não há uma total sintonia entre a lei portuguesa e a Directiva comunitária sobre cláusulas abusivas, pois a Directiva exige que uma cláusula abusiva cause um desequilíbrio dos direitos e obrigações das partes, que surgirá em consequência de uma perturbação do processo formativo do contrato, sendo certo que essa perturbação será exposta pela ausência de negociação individual. Ou seja, enquanto a Directiva se apoia no binómio boa fé e significativo desequilíbrio de direitos e obrigações, a lei portuguesa convoca, em exclusivo, o princípio da boa fé.

⁷⁷ Neste sentido, à luz do Direito Alemão, pronunciam-se LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., Munique: Verlag C.H. Beck, 2004, § 43 Nm. 54.

⁷⁸ PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão*, pp. 754-755, ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais*, p. 50 e 52 e ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, pp. 256-257.

⁷⁹ Seguimos a tripartição de ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, pp. 199-201.

derivados⁸⁰, (ii) cláusulas que esvaziem os riscos assumidos por uma contraparte⁸¹, (iii) cláusulas coartando o direito de retenção⁸² (iv) cláusulas impondo responsabilidade ilimitada por todas e quaisquer despesas e honorários em que a contraparte incorra, em caso de incumprimento contratual⁸³ ou (iv) cominação de nulidade de cláusulas admitindo a cessão, total ou parcial, da posição contratual do proponente para outras entidades do grupo a que este pertence sediadas em Portugal ou no estrangeiro⁸⁴.

V. O leque de cláusulas relativamente proibidas é bastante amplo. Estão aqui abrangidas cláusulas relativas a prazos (artigo 19.º, alíneas a) e b) RCCG), cláusulas penais desproporcionadas (artigo 19.º, alínea c) RCCG), ficções de manifestação de vontade (artigo 19.º, alínea d) RCCG), bem como cláusulas que atribuam a uma das partes a faculdade de denúncia (artigo 19.º, alínea f) RCCG), a faculdade de *ius variandi* (artigo 19.º, alínea h) ou a faculdade de interpretar o contrato (artigo 19.º, alínea i) RCCG).

A casuística dos tribunais superiores é, uma vez mais, expressiva. Assim, podemos encontrar casos em que se conclui estarmos perante cláusulas inválidas em casos de (i) fixação de cláusulas penais desproporcionadas, fixadas no valor de 25% do valor da totalidade de prestações previstas até ao termo do prazo contratado⁸⁵, (ii) fixação de cláusulas penais, em caso de incumprimento do volume de vendas, no montante dos produtos não adquiridos⁸⁶ ou de (iii) fixação de cláusulas penais no montante das quantias devidas até final do contrato⁸⁷, bem como (iv) a estipulação de foro obrigatório⁸⁸.

⁸⁰ Ac. do STJ, de 14 de dezembro de 2016, Proc. 20054/10.0T2SNT.L2.S1 (Fonseca Ramos), disponível *apud* www.dgsi.pt.

⁸¹ *In casu*, um segurador. Cfr. Ac. do STJ de 24 de janeiro de 2018, Proc. 534/15.2T8VCT.G1.S1 (Graça Amaral), disponível *apud* www.dgsi.pt.

⁸² Ac. da Relação de Lisboa de 24 de setembro de 2009, Proc. 4477/05.0TVLSB.L1-6 (José Eduardo Sapateiro), disponível *apud* www.dgsi.pt.

⁸³ Ac. do STJ de 16 de outubro de 2013, Proc. 2476/10.9YXLSB.L1.S1 (Lopes do Rego), disponível *apud* www.dgsi.pt.

⁸⁴ Cfr. o AUJ 2/2016, disponível *apud* https://dre.pt/home/-/dre/73051019/details/maximized?p_auth=4dv3IzDr.

⁸⁵ Em virtude de tal configurar uma forma de fidelização encapotada. Cfr. o Ac. do STJ de 9 de novembro de 2017, Proc. 26399/09.5T2SNT.L1.S1 (Rosa Tching), disponível *apud* www.dgsi.pt.

⁸⁶ *In casu*, bebidas. Cfr. o Ac. do STJ de 9 de novembro de 2017, Proc. 2041/13.9TVLSB.L1.S1 (Roque Nogueira), disponível *apud* www.dgsi.pt.

⁸⁷ Ac. do STJ de 11 de setembro de 2018, Proc. 652/16.0T8SNT. L1-7 (Luís Espírito Santo) disponível *apud* www.dgsi.pt.

⁸⁸ Desde que tal foro envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra parte o justifiquem. Cfr., por exemplo, o Ac.do STJ de 13 de dezembro de 2015, Proc.2475/10.0YXLSB.L1.S1-A (Salreta Pereira), disponível *apud* www.dgsi.pt.

A este propósito não deixa de ser sintomático o apelo realizado em muitos dos arestos à noção de *proporcionalidade*, mormente nos casos relativos a cláusulas penais, motivo pelo qual temos por necessário um brevíssimo *Blitz* sobre este tema, tendo, naturalmente, como ponto cardeal a disciplina plasmada no CC.

5. Proporcionalidade em contexto obrigacional?

I. A debilidade de uma das partes pode ser contrabalançada através do recurso a cláusulas gerais, como a boa fé, mas, também, o princípio do Estado Social (“*Sozialstaatsprinzip*”)⁸⁹. Efetivamente, o BVerfG, a propósito de uma fiança⁹⁰, já avançou com diretrizes interpretativas, asseverando que nos contratos em que uma das partes possa pré-determinar a conduta da outra, nomeadamente pela imposição de condições particularmente onerosas, o direito fundamental à autonomia privada admite a possibilidade de correção do conteúdo contratual (§ 2 I GG), sendo tal correção igualmente justificada pelo princípio do Estado Social (§ 20 I e § 28 I GG). Esta correção seria facultada através do recurso a cláusulas gerais de Direito Privado⁹¹. Este *stare decisis* seria ainda objeto de afinação pelo BGH, sustentando que nos casos de sobregarantia, *i.e.* nos casos em que a garantia ultrapassa em muito o montante de crédito garantido, se o garante estiver relacionado com o devedor, pode presumir-se que a garantia foi concedida por razões emocionais e, como tal, que o credor retirou vantagens moralmente injustificadas⁹².

Não sendo esta a sede para apreciar a bondade desta solução, sublinharemos o facto de se procurar corrigir a assimetria contratual, *in casu*, o poder de negociação

⁸⁹ MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, *The german law of contract*, 2.^a ed., p. 40.

⁹⁰ Sobre o caso específico da sobregarantia, cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Segurança, subgarantia e sobregarantia entre os três “S” do direito das garantias*, in Revista Jurídica AAFDL 30 (2016), pp. 71-95.

⁹¹ BVerfG 89, 214, in NJW 1994, 36, onde se pode ler: “(...) *Allerdings kann die Rechtsordnung nicht für alle Situationen Vorsorge treffen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt ist. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit darf ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden. Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG). (...).*”

⁹² Decisão do BGH de 14 de maio de 2002, in NJW 2002, p. 2634. Para uma síntese das críticas, LOOSCHELDERS/OLZEN, *Staudinger Kommentar/§ 242 BGB*, Nm. 461. *Amplius*, cfr. o estudo de COLOMBI CIACCHI; *Non-legislative harmonisation of private law under the European Constitution: the case of unfair suretyships*, in *European Review of Private Law* 3-2005, pp. 285–308.

de uma das partes, através da leitura conforme à Constituição, de cláusulas gerais de direito privado. Nesta sede, procuraremos apenas vincar o facto de, *in radice*, a mera vinculação contratual assentar numa noção de proporcionalidade ou, se se preferir, de justiça comutativa, sendo curial referir os pontos cardeais de regime, suscetíveis de autorizar esta leitura⁹³. Noutro prisma, sempre se diria que o recurso a preceitos constitucionais pretende corporizá-los, funcionalmente, numa regra substantiva para regular as relações das partes⁹⁴.

II. A obrigação, enquanto produto da autorregulação de interesses de credor e de devedor, é, necessariamente, a tradução de um concreto equilíbrio contratual. Temos por assente que a obrigação apenas se concebe como a realização do resultado através da mediação da conduta do devedor⁹⁵. Neste particular, “resultado” será sinónimo de satisfação do interesse creditório, facto que, aliás, é consentâneo com o destino genético da obrigação. Destarte, não fica posto em xeque o perfil funcional da obrigação⁹⁶. No entanto, em vários passos, o legislador cura de fornecer pistas para corrigir eventuais distorções do equilíbrio contratual, através do recurso a cláusulas gerais ou, até, à própria noção de equidade.

A título meramente exemplificativo, podemos ilustrar com o regime da alteração anormal das circunstâncias (artigo 437.º, número 1 do CC)⁹⁷, a proibição do pacto

⁹³ Específicos sobre a proporcionalidade no Direito Privado, ANDRÉ FIGUEIREDO, *O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado*, in Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 23-51, RUI PINTO DUARTE, *O equilíbrio contratual como princípio jurídico*, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra, 2014, pp. 1331-1345, BRANDÃO PROENÇA, *Da “justa medida” (proporcionalidade) no Título I (Das obrigações em geral) do Livro II do Código Civil de 1966*, in *Estudos de direito das obrigações*, Lisboa, UCP, 2018, pp. 133-171, bem como CARNEIRO DA FRADA, *Autonomia privada e justiça contratual – duas questões, nos 50 anos do código civil*, in *Forjar o direito*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 13-29.

⁹⁴ RIZZO, *Note minime sull’uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti. Rileggendo Dworkin e Hart*, in RDC LXV (2019), 912-939 (932).

⁹⁵ HENKE, *Die Leistung*, p. 43.

⁹⁶ Em termos similares, HENKE, *Die Leistung*, p. 44 e p. 46.

⁹⁷ Sobre esta, para além da manualística, cfr., por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias – a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, Lisboa: AAFDL, 1987, *passim* e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade da prestação por “alteração das circunstâncias”*, in ROA 65 (2005), pp. 625-648 ou CARNEIRO DA FRADA *Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs contratos de gestão de carteiras*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III – *Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 453-503, bem como MARIANA FONTES DA COSTA, *Da alteração superveniente das circunstâncias – Em especial nos contratos bilateralmente comerciais*, Coimbra, Almedina, 2019, *passim*.

comissório (artigo 694.º do CC)⁹⁸, o dever de atuação segundo a boa fé (artigo 762.º, número 2 do CC)⁹⁹ ou a redução por equidade da cláusula penal (artigo 812.º do CC)¹⁰⁰, sendo igualmente de assinalar, em sede geral, a norma interpretativa vertida no artigo 237.º, onde se determina que, estando em causa negócios onerosos, prevalece o sentido negocial que conduzir ao maior equilíbrio das prestações, contudo, também, a proscrição do negócio usurário (artigo 282.º do CC)¹⁰¹, porém, igualmente, a própria proibição do pacto leonino (artigo 994.º do CC)¹⁰², situação que permite interrogar se, em rigor, em detrimento da autonomia contratual, não se deve pugnar pela afirmação do princípio da justiça contratual¹⁰³. Independentemente da bondade da questão, as pistas interpretativas vertidas no CC permitem apelar à proporcionalidade ou, se se preferir, à ideia de equilíbrio contratual, não sendo, por conseguinte, necessário alancardar a *sanctity of contract* ou o princípio *pacta sunt servanda* a princípios intangíveis e inelutáveis¹⁰⁴.

III. Uma das vias de controlo do conteúdo do contrato reside na contrariedade à ordem pública e os bons costumes, asseverando-se nesta sede que “*um contrato iniquamente desproporcionado atenta, afinal, contra os bons costumes, sendo por isso,*

Sobre a alteração das circunstâncias e sua relevância no caso julgado material, cfr. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação do caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, Coimbra, Almedina, 2018, *passim*.

⁹⁸ Na literatura portuguesa, cfr., por exemplo, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida – Sobre o sentido e âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 90 e segs., ANDRADE DE MATOS, *O pacto comissório – contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Coimbra, Almedina, 2006, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação em garantia*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 249 e segs., HUGO RAMOS ALVES, *Dação em cumprimento*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 637-659 ou JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto autónomo e o pacto marciano – Ac. do STJ de 30.1.2003, Rec. 3896/02*, in CDP 8 (outubro/dezembro 2004), pp. 57-72.

⁹⁹ Cfr., por todos, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, *passim*.

¹⁰⁰ Cfr., por todos, PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, bem como IDEM, *Sobre o controlo da cláusula penal*, in “*Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*”, III. “*Direito das obrigações*”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 189-208.

¹⁰¹ Monograficamente, cfr. o clássico PEDRO EIRÓ, *Do negócio usurário*, Coimbra, Almedina, 1990.

¹⁰² Cfr., por exemplo, VASCONCELOS DE ABREU, *A sociedade leonina (artigo 994.º do Código Civil)*, Lisboa, AAFDL 1996, *passim*.

¹⁰³ Fazemos eco da interrogação (geral) de ZWEIGERT/KÖTZ, *An introduction to comparative law*, 3.^a ed. (tradução de TONY WEIR), Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 333.

¹⁰⁴ Aliás, o próprio artigo 406.º, número 1 do CC nega essa intangibilidade, ao admitir a modificação nos casos previstos na lei.

*enquanto tal, proscrito e ineficaz*¹⁰⁵. Uma preocupação deste jaez foi, conforme verificámos no início deste número, igualmente afirmada pelo BVerfG. Tendo em mente, apenas, os contratos comutativos, não será despidendo sublinhar o facto de uma mera desproporção permitir a alteração do conteúdo do contrato, pois a liberdade contratual acarreta responsabilidade e, como tal, a mera, digamos, má negociação não autoriza a correção do clausulado *ope legis*¹⁰⁶. Assentando o sinalagma na existência de umnexo entre as prestações, que advém da celebração do contrato – sinalagma genético –, tal implica que a obrigação assumida por um dos contraentes constitui a razão do surgimento da prestação contraída pelo outro, que se apresenta, assim, como sua contraprestação. Deste modo, o sinalagma reporta-se ao dever de prestar primário, o qual permite identificar a pretensão ao cumprimento¹⁰⁷. O nexofuncional entre as prestações traduz, necessariamente, uma ideia de equilíbrio, a qual, no domínio da contratação comercial, redunda numa tendencial racionalidade económico-financeira¹⁰⁸.

Naturalmente, chamar à colação a violação da ordem pública é um expediente de último recurso, devendo ficar reservada para casos extremos¹⁰⁹, mormente quando a iniquidade seja por de mais evidente, sendo, para o efeito, necessária uma avaliação do complexo contratual como um todo e, desse modo, não basta uma análise atomística ou parcelar do mesmo¹¹⁰. Neste particular, reveste particular importância a interpretação do negócio¹¹¹, a qual, conforme referido previamente, tem como critério orientador, o equilíbrio das prestações no caso dos contratos onerosos (artigo 237.º do CC), sendo certo que, como critério orientador, o intérprete-aplicador poderá recorrer a critérios baseados em padrões de mercado, *maxime*, o preço obtido em mercado comparável mas perfeitamente competitivo.

¹⁰⁵ CARNEIRO DA FRADA, *Autonomia privada e justiça contratual*, p. 26.

¹⁰⁶ Cfr. as justas e certas observações de DIOGO COSTA GONÇALVES, *Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões*, in RFDUL LXI (2020/1), pp. 149-185 (p. 176).

¹⁰⁷ UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, p. 241, referindo-se à “pretensão primária” (“Primäranspruch”).

¹⁰⁸ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 35.

¹⁰⁹ Recurso parcimonioso e apenas caso seja violado o padrão ético-social mínimo. Cfr. LOOSCHELDERS/OLZEN, *Staudinger Kommentar*/§ 242 BGB, Nm. 464.

¹¹⁰ Cfr., por exemplo, o Ac. do STJ, de 30 de abril de 2019 (Processo N.º 261/14.8TBVCD.P1.S1) (Nuno Pinto Oliveira), disponível *apud* www.dgsi.pt.

¹¹¹ Sobre a interpretação do negócio jurídico, entre nós, cfr., por todos, SANTOS JÚNIOR, *A interpretação dos negócios jurídicos*, Lisboa, AAFDL, 1989, *passim*, bem como o clássico FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico* (reimp.), Coimbra, Almedina, 2001, *passim* e RAQUEL REI, *Da interpretação negocial no direito civil português (diss.)*, Lisboa, 2010, *passim*.

Em suma, a justiça contratual, muitas vezes dissimulada através do recurso a fórmulas tabeliônicas como “contrato livremente aceite”, deve ser objeto de filtragem através do recurso à razoabilidade e à boa fé, surgindo os critérios de normalidade de mercado como porto seguro para aferir do equilíbrio contratual¹¹², pois, para além de balizados objetivamente, permitem chamar à colação princípios jusconstitucionais como o princípio da proporcionalidade¹¹³.

Adicionalmente, não basta um mero desequilíbrio. Teremos de estar perante uma situação significativa, *i.e.*, pautada pela gravidade, pelo excesso, o que obriga o intérprete-aplicador a avaliar não apenas o teor do contrato, mas também as condições da respetiva celebração. Ponto assente é o facto de tal iniquidade ter de ser aferida em termos objetivos, não sendo, naturalmente, despidendo chamar à colação a boa fé em sentido objetivo. *A priori*, no contrato iníquo é reprimida uma conduta contrária à boa fé (o abuso da autonomia privada) e não um concreto resultado, *i.e.*, o conteúdo do contrato¹¹⁴. Todavia, tal contrariedade deverá ter em consideração várias circunstâncias, nomeadamente o contexto de celebração do contrato, tendo por referência o objeto do contrato¹¹⁵. Deve sempre, no entanto, atender-se em primeira linha ao conteúdo material do contrato, não podendo ser a decisão corretiva de cariz meramente procedimental¹¹⁶, sendo necessário aquilatar quais as situações que, pela sua gravidade, permitam lançar mão da correção da iniquidade. *A priori*, a assimetria contratual poderá ser objeto de correção sempre que uma das partes possa controlar o comportamento externo da outra¹¹⁷. Em paralelo, mesmo que o contrato não seja flagrantemente iníquo, será possível equacionar o recurso ao abuso do direito, sempre que do contrato resultem situações de exercício inadmissível de uma posição jurídica¹¹⁸.

Na eventualidade de o abuso provir do aproveitamento de uma situação de dependência, deverá ser chamado à colação o regime da usura, plasmado no artigo 282.º do CC.

¹¹² Neste sentido, por exemplo, BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale – Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Turim, Giapichelli, 2006, pp. 282-284.

¹¹³ FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, 135.

¹¹⁴ NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, p. 523.

¹¹⁵ Sublinhando este aspeto, D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, pp. 5-6.

¹¹⁶ Pese embora ambas as visões possam ser combinadas. Cfr., com interesse, CSERNE, *Freedom of contract and paternalism*, Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2012, p. 120 e segs.

¹¹⁷ LOOSCHELDERS/OLZEN, *Staudinger Kommentar/§ 242 BGB*, Nm. 459.

¹¹⁸ LOOSCHELDERS/OLZEN, *Staudinger Kommentar/§ 242 BGB*, Nm. 465.

6. Paternalismo contratual?

I. A propósito dos limites da atuação dos privados, encontramos a intervenção do legislador tendente a proteger as partes consideradas mais vulneráveis, surgindo o consumidor como exemplo paradigmático. Trata-se, pois, de um exemplo do dito “paternalismo contratual” (“*contract paternalism*”). Independentemente da bondade e correção desta fórmula¹¹⁹, podemos assentar no facto de esta descrever o conjunto de intervenções do Estado (*scilicet*, o legislador), destinadas a permitir a alteração de um determinado contrato celebrado, livremente e de boa fé, pelas partes. Em suma, trata-se do conjunto de limites impostos a contratos celebrados por privados, seja por se considerar que tal contrato é contrário ao bem-estar de uma das partes, seja por se pretender tutelar direitos de terceiros¹²⁰. No essencial, o paternalismo redundará na interferência na atuação de um determinado indivíduo, com o fundamento de tal visar o benefício da pessoa em questão¹²¹.

O paternalismo pode ser dividido em paternalismo fraco (“*soft paternalism*”) e em paternalismo forte (“*hard paternalism*”), caracterizando-se o primeiro pelo facto de serem impostas medidas injuntivas, enquanto na faceta fraca a interferência estadual visa, através de medidas de cariz informativo, influenciar as preferências do destinatário das normas¹²². Mais recentemente, por via do influxo dos estudos de economia comportamental, tem vindo a ganhar relevo o dito paternalismo liberal, assente na premissa de que os indivíduos são maus decisores, motivo pelo qual devem ser dirrecionados – através de *nudges* – para adotarem decisões tendentes à obtenção de objetivos sociais¹²³.

Intervenções deste teor colocam dois tipos de objeções, a saber: (i) objeções de teor moral e (ii) objeções relativas à eficiência económica. No essencial, a fun-

¹¹⁹ Sobre este aspecto, cfr. GORDLEY, *Morality and contract: the question of paternalism* in William and Mary Law Review 48 (2006-2007), pp. 1733-1772 (p. 1743), que concede na utilização da expressão, apesar de esta sugerir que adultos são tratados como crianças.

¹²⁰ Neste sentido, KRONMAN, *Paternalism and the Law of Contracts* in Yale L. J. 92 (1982-1983), (pp. 763-798 (pp. 763-764)). Para mais pormenores sobre o paternalismo contractual, cfr., igualmente, FARNSWORTH, *Promises and paternalism*, in William and Mary Law Review 41 (2000), pp. 385-409.

¹²¹ RONALD DWORKIN, *Paternalism*, disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>. Criticando a definição, NEUNER, *Paternalismus im Privatrecht*, in JZ 2020, pp. 269-276 (pp. 269-270), sublinhando o facto de intervenções estatais indesejadas determinarem o espoliar da proteção conferida pelos direitos fundamentais. Cfr. igualmente KIRSTE, *Harter und weicher Rechtspaternalismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik*, in JZ 2020, pp. 805-814 (p. 806): “*Rechtspaternalismus ist das Handeln einer Person zugunsten einer anderen, das in deren rechtlich geschützte Autonomie eingreift.*”

¹²² Assim, por exemplo, NEUNER, *Paternalismus im Privatrecht*, p. 270.

¹²³ Cfr., por exemplo, EIDENMÜLLER, *Liberaler Paternalismus*, in JZ 2011, pp. 814-821.

damentação de atitudes paternalistas radica na definição do âmbito da autonomia: quanto maior for a prevalência dada à autonomia, menor será o relevo da atitude paternalista¹²⁴.

No tocante às objeções relativas à eficiência económica, não é despidendo salientar que a análise económica do contrato assenta na noção de eficiência. Assim, por exemplo, Posner, ancorado em Hobbes, salienta que a principal função do contrato é a de impedir que as pessoas ajam de forma oportunista de modo que seja incentivado o ótimo económico, sendo, por conseguinte, desnecessário recorrer a medidas autoprotetoras¹²⁵. Conquanto esta análise seja meritória, a compreensão do Direito por via de postulados económicos, mais não é do que procurar entender o Direito Privado enquanto realidade destinada a atingir certos resultados. Em suma, mais do que procurar entender a *ratio* do Direito (*in casu*, do Direito Privado), passar-se-ia a pensar por objetivos, colocando na penumbra o método específico do Direito Privado¹²⁶. Noutra ordem de ideias, sempre se poderia dizer que os alicerces de certos paternalismos apresentam um modelo fechado, ancorado em premissas históricas imutáveis, olvidando que o mundo é composto de mudança¹²⁷.

No tocante às objeções de teor moral, apesar de se poder afirmar que qualquer exemplo de paternalismo mais não é do que uma proibição camuflada de normas violadoras de direitos alheios. Tal atitude redundante, inclusive, numa atitude paternalista, obrigando a ter de, casuisticamente, explicar casuisticamente a admissibilidade das proibições¹²⁸. Ademais, a adoção irrestrita de posturas paternalistas implica fazer tábua rasa da autonomia dos sujeitos, motivo pelo qual deve ser sempre devidamente ponderado o recurso a esta mundividência.

II. A expressão “paternalismo contratual”, conquanto coloque em plano de destaque a situação de favor, *rectius*, de tutela acrescida de um determinado sujeito, tem uma conotação pejorativa, fruto do recurso à metáfora das relações entre pai

¹²⁴ KIRSTE, *Harter und weicher Rechtspaternalismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik*, p. 806.

¹²⁵ POSNER, *Economic analysis of law*, 3.^a ed., Boston e Toronto, Little, Brown and Company, 1986, p. 81.

¹²⁶ WEINRIB, *The idea of private law*, pp. 3-5.

¹²⁷ Cfr. a crítica de SPERGEL, *Paternalism and Contract: A Critique of Anthony Kronman*, *Cardozo Law Review* 10 (1998), pp. 593-634 (pp. 599-601), sublinhando igualmente que a dogmática é ignorada por Kronman.

¹²⁸ KRONMAN, *Paternalism and the law of contracts*, pp. 764-765. Para uma defesa do paternalismo, cfr., por exemplo, GARZON VALDÉS, *On justifying legal paternalism*, 3 *RJuris* 173 (1990), pp. 173-184 ou SCOCCIA, *In defence of hard paternalism*, in *LaP* 27 (2008), pp. 351-381.

(legislador) e crianças (parte vulnerável), o que não só denota o tom pejorativo, bem como a forte componente liberal que lhe está associada¹²⁹. Em qualquer caso, mesmo no campo do Direito do Consumo, esta visão peca pelo excesso, pois a tutela do consumidor não deixa de ser reconduzível a ditames liberalistas: sendo o correto funcionamento do mercado uma das premissas do pensamento liberal, a regulação do Direito do Consumo vai ao encontro deste ideário. Numa primeira fase, as normas jusconcorrenciais foram o instrumento primário, mas, em face da verificação de situações em que alguns participantes do mercado (os consumidores) não podiam exprimir a respetiva autonomia privativa, foi criado um *corpus* normativo destinado a corrigir assimetrias, mormente informativas¹³⁰.

Ademais, apesar de, por vezes, se assinalarem as questões morais que esta tutela coloca, *maxime* porque se realça o facto de o legislador imiscuir-se no processo decisório entre as partes, parece igualmente olvidar-se da (tendencial) intersecção entre Direito e Moral. Se um mero observador se limita a indagar sobre o modo pelo qual as decisões jurídicas são tomadas, um participante na ordem jurídica indaga sobre a solução correta, tendo de ter de considerar não só dados sociais, mas, também, a correção moral. Assim, a argumentação jurídica terá, direta ou indiretamente, uma componente moral que não pode ser obliterada pelo intérprete¹³¹. Em suma, não poderemos bastar-nos com um determinado aspeto de regime, mas, outrossim, com uma visão tendencialmente alargada do mesmo, de modo a aferir os termos em que foi efetuada a composição de interesses pelo legislador na formulação de normas legais. No caso concreto da assimetria contratual, a eventual correção do conteúdo iníquo do contrato não corresponde a uma substituição das partes. Trata-se, apenas, de corrigir situações que, flagrantemente, violem princípios reitores da ordem jurídica¹³², sendo certo que esta correção não é motivada por preocupações paternalistas, mas, em última, análise com o regular funcionamento do mercado e, sobretudo, com a observância do mandamento da proporcionalidade obrigacional. Não se trata, pois, de uma tentativa de melhorar a conduta dos destinatários da norma, mas, outrossim, corrigir contratos flagrantemente iníquos.

¹²⁹ Exemplo paradigmático desta faceta prende-se com a atenção dada às distorções do mercado que as disposições “paternalistas” colocam, uma vez que mais não seriam do que entraves à eficiência económica.

¹³⁰ SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale de contratto*, in RDC L (2004), pp. 787-823 (pp. 794-796).

¹³¹ ALEXY, *On the concept and the nature of law*, in RJuris 21, n.º 3 (2008), pp. 281-299 (p. 297).

¹³² Conforme refere ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale*, pp. 44-45, o paternalismo (idealmente o liberal) pode redundar num instrumento apto a valorizar a autonomia das partes e a assegurar o correto funcionamento do mercado.

7. A assimetria contratual é uma questão moral?

I. Tradicionalmente, distingue-se Direito e Moral através do binómio exterioridade-interioridade. Enquanto o Direito seria dotado de exterioridade, a Moral seria pautada pela interioridade, pois apenas regularia as condutas interiores dos homens¹³³. Este critério é falível, pois o estado anímico do agente não é irrelevante para o Direito. Não obstante, este critério teria a virtualidade de identificar as situações em que o Direito intervém: enquanto uma intenção não for exteriorizada, a conduta não releva juridicamente¹³⁴.

Sem prejuízo da discussão relativa à distinção entre Direito e Moral, tem vindo a ser assinalado que, apesar das diferenças, ambas as ordens normativas estão profundamente interligadas, dado que as condições de vida da comunidade num Estado democrático implicam a observância da moral e dos bons costumes. Ademais, sendo a Justiça um valor ético, cabe às normas jurídicas realizar esse valor¹³⁵. O Direito tem um sentido: trata-se da realidade que tem por missão servir a justiça¹³⁶.

A aceitação desta última afirmação implica não só o repúdio do positivismo¹³⁷ enquanto construção teórica, mas, também, a defesa de uma conceção substantiva com consequências práticas diretas. O principal ponto de discórdia entre positivistas e não positivistas radicar-se-á, no essencial, na forma como os argumentos morais poderão ser interpretados no discurso jurídico¹³⁸. Enquanto os positivistas defendem uma separação radical entre Direito e Moral, os não-positivistas defendem a sua conexão: mesmo no seio do positivismo, algumas versões moderadas apenas rejeitam

¹³³ Sobre este aspeto, Cfr. RADBRUCH, *Filosofia do direito (trad. de Rechtsphilosophie por LUÍS CABRAL DE MONCADA)*, 6.ª ed., Coimbra: Arménio Amado – Editor – Sucessor, 1997, p. 98.

¹³⁴ Cfr., por exemplo, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao direito*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 75-76.

¹³⁵ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador (reimp.)*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 62.

¹³⁶ RADBRUCH, *Filosofia do direito*, 6.ª ed., p. 99. Similarmente, CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do direito e do Estado*, Vol. II – *Doutrina e crítica (reimp.)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 293, afirmando que o Direito vai buscar à Moral o princípio da sua própria obrigatoriedade e que boa parte dos preceitos do Direito se acham carregados duma substância de eticidade. Ou seja, a Moral seria o mínimo ético do Direito. Em termos análogos, FULLER, *The morality of law*, New Haven e Londres, Yale University Press, 1976 (reimp. da ed. de 1969), p. 145 segs..

¹³⁷ *Brevitatis causa*, não nos podemos deter sobre os vários matizes do positivismo jurídico, como é o caso, designadamente, do positivismo inclusivo. Sobre este, cfr. BRITO BASTOS, *Positivismo jurídico inclusivo: sobre a possibilidade da relevância de critérios morais no reconhecimento do direito*, in *Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 901-936.

¹³⁸ ALEXY, *On the concept and the nature of law*, in *RJuris* 21, n.º 3 (2008), pp. 281-299 (pp. 282-283).

a necessidade de incorporação de juízos morais nas decisões jurídicas. No entanto, a conceção da ordem jurídica como realidade dotada de textura aberta¹³⁹ implicaria a total impossibilidade de fazer uso de uma aplicação não arbitrária do Direito sem argumentação de teor moral¹⁴⁰.

II. Em função da adesão a uma tradição aristotélica, será necessário procurar fundamentar moralmente (*latissimo sensu*) a própria vinculação e o contrato. Com efeito, se se tiver em mente a noção de justiça distributiva, a qual implica que qualquer sujeito possa adquirir as coisas necessárias para a sua subsistência, deve igualmente ter-se em mente que, para Aristóteles, a noção de parte equitativa correspondente a cada sujeito dependerá, no essencial, do tipo de sociedade em que esse sujeito estiver inserido de acordo com uma proporção geométrica¹⁴¹. Trata-se, aliás, de uma conceção que seria confirmada por S. Tomás de Aquino, ao afirmar que o cálculo da preponderância de cada sujeito para efeitos de distribuição da riqueza seria efetuado por via da virtude na sociedade aristocrática, por via da riqueza na sociedade oligárquica e por via da liberdade em sistema democrático¹⁴². Aplicando estes postulados ao contrato, seremos obrigados a afirmar que o contrato não terá força vinculativa se contiver termos injustos (*“unfair terms”*), devendo-se entender que a justiça (*“fairness”*) não é um elemento intrínseco do contrato: o preço justo a pagar por uma parte deverá ser sempre obtido tendo por referência um mercado competitivo¹⁴³.

¹³⁹ Sobre esta, cfr. HART, *O conceito de Direito* (trad. do inglês de ARMINDO RIBEIRO MENDES), Lisboa, FCG, 1996. pp. 137-149.

¹⁴⁰ ALEXY, *On the concept and the nature of law*, p. 283.

¹⁴¹ ARISTÓTELES, *Nicomachean ethics*, IV, 1131b-1132b (pp. 86-88). Neste particular, GORDLEY, *Contract law in the aristotelian tradition*, pp. 265-313, salienta que, no mundo hodierno, a noção de “parte justa” poderá ser subsumível à noção de “poder de compra”. Para o autor deverá ser tido em consideração o facto de as pessoas tenderem a adquirir coisas que valem mais do que o poder de compra que elas representam, motivo pelo qual em caso de perda da coisa, o seu proprietário terá perdido mais do que o montante despendido. Já WEINRIB, *The idea of private law*, p. 56 e segs., mau grado considerar que a noção de justiça corretiva propugnada por Aristóteles consiste, em muitos aspetos, na forma mais acabada de uma descrição de uma relação jurídico-privada, coloca a tónica na sua incompletude, pois é baseada numa noção bipolar de justiça. Sobre este aspeto, cfr. WEINRIB, *The idea of private law*, p. 51 e p. 64 e segs.

¹⁴² S. TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teologia II – Parte II-II*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, Q. 61. a. 2 (p. 512).

¹⁴³ Sempre suscetível a flutuações diárias, em função do local da celebração do contrato, da necessidade, da escassez de recursos ou dos custos envolvidos, conforme refere GORDLEY, *The moral foundations of private Law*, in AJJ 47 (2002), pp. 1-23 (p. 18). Para desenvolvimentos ulteriores, cfr. GORDLEY, *Contract law in the aristotelian tradition*, pp. 318-323.

Mau grado a aplicação dos postulados aristotélicos implicar o sopesar de vários elementos, *maxime* no tocante às circunstâncias que envolveram a celebração do contrato, no essencial, estamos ainda perante um modo suscetível de fundamentar a vinculatividade – e, *summo rigore*, a sua moralidade – do contrato, em função de uma aplicação estrita da teoria da vontade ser incapaz de explicar o *porquê* da vinculação. Isto porque, de acordo com os seus corifeus novecentistas, a vontade seria o fundamento último da vinculação negocial, cabendo ao ordenamento determinar a aplicação de determinadas normas relativas ao tipo contratual em questão, salvo se as partes dispusessem em contrário¹⁴⁴.

Não sendo esta a sede para nos alongarmos sobre esta temática, diremos, na esteira de Unberath, que, no essencial, as normas de Direito dos Contratos são normas práticas, procurando regular, de forma prescritiva, as ações humanas¹⁴⁵. Com efeito, mais do que nos centrarmos na querela entre positivistas e jusnaturalistas, que, como acentua o autor, redundam no valor das normas e na normatividade da ciência do Direito¹⁴⁶ – e, acrescentamos nós, na própria relevância da moralidade –, devemos concentrar-nos na normatividade do Direito positivo. A iniquidade do contrato não é, em primeira linha, uma questão moral, mas, outrossim, de limites imanentes do ordenamento jurídico, pois, conforme referimos, resultado do próprio CC o apelo à proporcionalidade em contexto obrigacional, apelo esse que é objeto de particular atenção no âmbito dos contratos de adesão, fruto da tendencial assimetria das partes aquando da celebração do contrato. Todavia, a adesão a postulados aristotélicos determina que, na demarcação de tais limites, o intérprete-aplicador tenha em consideração a fundamentação moral inerente à vinculatividade dos acordos e, como tal, a moral joga ainda um papel nesta sede¹⁴⁷, pelo que, em última análise a eventual iniquidade do conteúdo contratual, por concitar o recurso a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados, implica igualmente o recurso a juízos ético-valorativos.

8. “*Terzo contratto*”?

I. Aqui chegados, importa afrontar a utilidade da categoria do *terzo contratto* para resolver as questões de assimetria contratual. Conforme resulta das páginas antecedentes, a assimetria contratual ou, em termos mais latos, a repressão de desequilíbrios contratuais

¹⁴⁴ Assim, por exemplo, PUCHTA, *Pandekten*, 12.^a ed. por TH. SCHIRMER, Lipsia, Barth, 1877, pp. 74-75.

¹⁴⁵ UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, p. 6.

¹⁴⁶ UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, pp. 9-10.

¹⁴⁷ Embora, naturalmente, não seja um papel de primeira linha.

não é ignota da doutrina. Como podemos verificar, no ordenamento alemão, o BVerfG forneceu diretrizes interpretativas, advogando o recurso à cláusula de violação dos bons costumes e da ordem pública. Aliás, mesmo nos ordenamentos de *Common Law*, habitualmente propensos à defesa férrea da *sanctity of contract*, o tema é clássico. Se em Inglaterra temos o recurso à doutrina do *inequality of bargaining power*, nos Estados Unidos da América, a questão é arbitrada por via da *unconscionability*.

Como exemplo da *inequality of bargaining power*, podemos ilustrar com o caso *Loyds Bank, Ltd v Bundy*¹⁴⁸, onde Lord Denning sustentou que um contrato pode ser anulado com base em assimetria de poder negocial, exemplificando com casos em que (i) alguém, por via legal, esteja na posse de um bem da contraparte e, beneficiando dessa situação, imponha condições iníquas para a restituição dos bens (“*duress of good*”), (ii) alguém, numa situação de vulnerabilidade, veja tal situação explorada por outrem, obtendo bens por um valor irrisório (“*expectant heir*”) ou (iii) a parte mais forte seja responsável por fraude ou ato ilícito, de modo a obter uma vantagem para a parte vulnerável, estando aqui igualmente abrangidas situações em que não é cometido qualquer ilícito, mas em que, por via das relações existentes entre as partes, a parte mais forte obteve uma vantagem para si própria (“*undue influence*”). Este *stare decisis* não é aceite acriticamente, sublinhando-se o facto de ser questionável a existência de um princípio geral conforme sustentando em *Loyds Bank, Ltd v Bundy*¹⁴⁹, bem como a circunstância de a asserção de Lord Denning não fazer parte da *ratio decidendi* do caso¹⁵⁰.

Nos Estados Unidos da América, é comum o recurso à *unconscionability*, *i.e.*, situações em que existe um abuso por parte da parte com maior poder negocial, sendo certo que tal abuso pode traduzir-se em situações díspares, como a inserção de termos contratuais dificilmente apreensíveis para o homem médio ou, até em contratos de adesão, bem como nos casos de contratos oferecidos numa perspetiva “pegar ou largar” (“*take it or leave it*”), impedindo a correta apreensão do respetivo conteúdo¹⁵¹.

¹⁴⁸ *Lloyds Bank Ltd v Bundy* [1974] EWCA Civ 8, disponível *apud* <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1974/8.html>.

¹⁴⁹ Cfr., por exemplo, PEEL, *Treitel on the law of contract*, 14.^a ed., Londres, Swett and Maxwell, 2015, Nm. 10-051.

¹⁵⁰ FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's on the law of contract*, 16.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 394. Conforme decorre do texto, a *inequality of bargaining power* tem similitudes com a usura. Para uma breve comparação entre o Direito Inglês e o Direito Norte-Americano, cfr., por exemplo, QI ZHOU/DI MATTEO, *Three sales law and the law of contracts*, in *Comparative contract law – British and american perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 347-380 (pp. 362-364).

¹⁵¹ O *leading case* é caso *Williams v. Walker-Thomas Furniture Company*, 350 F. 2d 445 – Court of Appeals, Dist. of Columbia Circuit 1965, disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/>

II. Tendo em mente situações deste jaez, a doutrina italiana individualizou, sob o *nomen* “*terzo contratto*”, situações de contratação empresarial em que uma das partes se encontra em situação de debilidade e, por via dessa debilidade, a contraparte, disposto de maior poder negocial, abusa do respetivo poder de mercado para impor condições contratuais iníquas. Um dos exemplos comumente apontados diz respeito à Lei 192/98, relativa ao subfornecimento (“*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*”), onde é disciplinado, em termos assaz detalhados, o contrato de subfornecimento. Aliás, o facto de este diploma visar reprimir abusos levou alguns autores a identificar neste regime e na disciplina do Direito do Consumo traços comuns, motivo pelo qual o empresário débil deveria ser objeto de tratamento análogo ao do consumidor¹⁵². Com efeito, é comum serem destacadas as assimetrias em contratos celebrados com empresários débeis, seja porque existem assimetrias informativas, seja porque, pura e simplesmente, existe um défice de poder negocial diante de uma contraparte dominante economicamente¹⁵³. Se a Lei 192/98 foi o epicentro habilitante para o surgimento da figura, atualmente o *terzo contratto* abrange realidades díspares como, por exemplo, o Direito dos Seguros¹⁵⁴.

Identificada a situação fáctica, a doutrina desde logo apontou o carácter “mágico” do *nomen*¹⁵⁵, alvitrandose soluções díspares para a situação de desequilíbrio, como a aplicação das normas relativas ao contrato de adesão para as relações com consumidores finais, a cominação de nulidade por violação de norma jusconcorrenciais¹⁵⁶ ou, até, a correção da iniquidade do contrato através da filtragem pelo abuso de dependência económica¹⁵⁷, bem como, inclusive, de integração do contrato através da equidade¹⁵⁸. Adicionalmente, assinala-se o valor metafórico: o *terzo contratto*

appellate-courts/F2/350/445/74531/. Para maiores desenvolvimentos, cfr FORT, *Understanding Unconscionability: Defining the Principle*, in Loy. U. Chi. L. J 9 (1978), pp. 765-822.

¹⁵² PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in RDCo CVIII (2010), pp. 409-446 (pp. 415-416). Sublinhando estarmos diante de uma regulação de conteúdo em face da verificação de situações de assimetria contratual, D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, p. 30.

¹⁵³ ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito con qualche elemento di novità*, p. 179.

¹⁵⁴ Cfr., por exemplo, BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze “claims made” tra “primo”, “secondo” e “terzo” contratto*, in *Europa e diritto privato* 2018, pp. 525-593.

¹⁵⁵ AMADIO, *Il terzo contratto*, p. 9 ou FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, p. 14.

¹⁵⁶ Em abono desta solução, ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, 176-177.

¹⁵⁷ Cfr. o conspecto de GIANOLA, *Terzo contratto*, pp. 571-572 ou de FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, 83-90.

¹⁵⁸ Considerando esta solução como uma via possível, VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, Bolonha, Il Mulino, 2008, pp. 113-136 (p. 135).

corresponderia à terra de ninguém entre o modelo plasmado nos códigos civis e as relações jurídicas de consumo¹⁵⁹. Perante esta disparidade, assinala-se a função destrutiva do *terzo contratto*, pois este agrega, indistintamente, índices normativos diversos com o escopo de controlar a justiça contratual¹⁶⁰, sendo certo que, por via de regra, o consumidor padece de assimetria informativa, ao passo que o empresário não sofisticado se encontra numa situação de debilidade por inexistência de alternativas de mercado¹⁶¹. Por este motivo, é correta a observação de que o abuso nos contratos celebrados com consumidores está centrado na própria fase de contratação, ao passo que, nos contratos celebrados entre empresários, o abuso tendencialmente ocorre na execução do contrato¹⁶². Em qualquer caso, é sempre necessário aferir, em concreto, da existência de assimetrias. Conforme ilustra Roppo, as assimetrias informativas não são privativas dos contratos de consumo, pois a celebração de contratos bancários com fórmulas complexas ou a aquisição de sistemas informáticos, colocam o contraente empresarial numa situação em tudo análoga à de um consumidor, fruto da especificidade das matérias objeto do contrato¹⁶³. Aliás, em virtude de o *terzo contratto* ficar num limbo entre o Direito do Consumo e a contratação empresarial, assinala-se igualmente o facto de o discurso em torno da figura primar, por vezes, pelo paternalismo, fruto da “*insanável miopia que popula nos mercados*”¹⁶⁴.

Em rigor, a construção do *terzo contratto* mais não é do que um *nomen* para descrever um particular caso de contratação desequilibrada: o empresário débil¹⁶⁵. Trata-se, pois, de uma descrição¹⁶⁶. Por este motivo, em vez de procurar construir uma figura geral, algures entre o Direito do Consumo ou, em termos mais latos,

¹⁵⁹ FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto*, Bolonha, Il Mulino, 2008, pp. 265-299 (p. 266), bem como PARDOLESI, *Conclusioni*, in *Il terzo contratto*, Bolonha, Il Mulino, 2008, pp. 331-349 (p. 346).

¹⁶⁰ NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, Bolonha, Il Mulino, 2008, pp. 317-329 (p. 318).

¹⁶¹ NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, p. 319.

¹⁶² CAFAGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, p. 306.

¹⁶³ ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito con qualche elemento di novità*, p. 197. Em sentido contrário, ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, pp. 536-537, sustentando que os pressupostos subjacentes às normas de Direito do Consumo obstam a uma extensão aos casos de contratação com empresários em posição de debilidade, *rectius*, assimetria contratual.

¹⁶⁴ PARDOLESI, *Conclusioni*, cit., p. 346.

¹⁶⁵ PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, p. 441.

¹⁶⁶ BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *ED-Annali*, Vol. V, Milão, Giuffrè, 2012, pp. 370-389 (p. 387, 2.^a coluna).

o Direito Comercial e o Direito da Concorrência, alvitra-se ser necessário filtrar, por via da *analogia legis* soluções destinadas a tutelar a assimetria contratual¹⁶⁷ ou, inclusive, que a figura mais não é do que uma tentativa de resposta à questão da proporcionalidade da relação obrigacional, assente no abuso da disparidade de poder de uma das partes do contrato¹⁶⁸. Paralelamente, afirma-se que o recurso à analogia é próprio daqueles que enveredam pela categoria “contrato assimétrico”, pois o *terzo contratto* parte da identificação de um dado socioeconómico, destinando-se a integrar as lacunas de tal situação fáctica através de “*una interpretazão orientada para o tipo*”¹⁶⁹. Em termos convergentes, assinala-se ainda o facto de a debilidade de umas das partes não ser genética, mas sim revelada durante a execução do contrato, o que distinguiria o *terzo contratto* do núcleo duro dos negócios de consumo, assentes numa situação de contornos bem definidos¹⁷⁰.

Apesar de existir unanimidade acerca da situação fáctica subjacente ao *terzo contratto*, verifica-se uma grande flutuação discursiva, motivo pelo qual temos reservas acerca da importação, *hic et nunc*, da figura, sem prejuízo das interessantíssimas pistas de reflexão oferecidas e das inúmeras veredas argumentativas utilizadas, as quais entroncam na magna questão da justiça contratual. Por este motivo, optamos pela fórmula “assimetria contratual”, pois esta não só identifica claramente o núcleo problemático, como permite identificar situações análogas e, eventualmente, aplicar, onde a analogia colha, normas de Direito de Consumo a situações de debilidade manifesta de contraentes empresariais¹⁷¹. Partindo de dados normativos e, em face da *praxis* e da realidade, recorre-se ao processo analógico, não se enveredando por apriorismos concetuais¹⁷². Trata-se, pois, de fazer conviver círculos concêntricos, *i.e.*, a articulação entre as normas gerais do CC e a miríade de disciplinas especiais, por via da identificação de traços comuns reclamando regime

¹⁶⁷ PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, p. 441.

¹⁶⁸ FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, pp. 127-136.

¹⁶⁹ NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contratto e impresa* XXXII (2016), pp. 979-1021 (pp. 988-989): “(...) *il terzo contratto muovendo dall'identità del dato socio-economico di riferimento per le discipline su cui si fonda, mira a colmare le lacune proprie di queste ultime secondo un'interpretazione orientata al tipo.*”

¹⁷⁰ CARUSI, *I precedenti*, cit., p. 35.

¹⁷¹ ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale*, p. 33, sublinhando que a diferenciação entre “*primo*”, “*secondo*” e “*terzo contratto*” é apresentada de forma estanque.

¹⁷² Subscrevemos o pensamento de ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale*, pp. 36-37.

unitário, competindo, designadamente, à boa fé um papel central na identificação e repressão de abusos¹⁷³.

Não encontramos razões de fundo para negar nestas situações uma tutela análoga à do consumidor, contanto que exista assimetria, seja ela informativa ou mesmo de poder negocial¹⁷⁴. Isto porque, mesmo aceitando a tripartição dos momentos do contrato, é forçoso reconhecer que o modelo “clássico” e o modelo dos negócios jurídicos de consumo são arquétipos ideais, admitindo um conjunto assinalável de situações intermédias, de que o *terzo contratto* seria um exemplo¹⁷⁵. Sabendo-se que o contrato corporiza uma operação económica, um ato produtivo e um ato jurídico, torna-se necessário congregar sistemas diversos para retirar o respetivo significado¹⁷⁶, de modo a, por via da ponderação, avaliar da potencial aplicabilidade de alguns complexos normativos às situações de assimetria¹⁷⁷. Ponto assente é não afirmar em exclusivo uma leitura economicista do contrato. Esta deve estar presente de modo a compreender o contexto da operação, mas sem nunca descurar a ponderação de eventuais abusos de autonomia privada¹⁷⁸. Trata-se, pois, de perante a tensão suscitada pela autonomia privada e o conteúdo iníquo de um contrato ou em que este se pautar pela assimetria, ponderar uma eventual correção do abuso por parte do aplicador do Direito¹⁷⁹. Para o efeito jogarão um papel central as cláusulas gerais como a boa fé ou, mesmo, a lesão enorme¹⁸⁰.

¹⁷³ Em termos análogos BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, p. 389 (1.ª coluna).

¹⁷⁴ Cfr. igualmente as considerações de AUGUSTO PAULINO, *A tutela dos consumidores de produtos e serviços financeiros no Direito Moçambicano*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 86-87.

¹⁷⁵ Cfr. as observações de FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, cit., pp. 270-271.

¹⁷⁶ FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, cit., pp. 280-281.

¹⁷⁷ FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, cit., p. 287 e segs, asseverando não ser necessário criar novos vícios, mas, outrossim, ponderar a aplicação ou mesmo articular a aplicação de vários remédios, como a invalidade, a restituição de locupletamentos ou mesmo remédios específicos para certas situações.

¹⁷⁸ FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, cit., p. 297, negando que o moderno direito dos contratos seja um produto híbrido criado por economistas estribados no teorema de Coase.

¹⁷⁹ Sublinhando a necessidade de estarmos diante de situações *legally cognizable*, PARDOLESI, *Conclusioni*, cit., p. 348.

¹⁸⁰ Para maiores desenvolvimentos, cfr. as reflexões de MACARIO, *Soppravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, Bolonha, Il Mulino, 2008, pp. 179-222 (p. 203 e segs).

9. Em jeito de conclusão (provisória)

I. A particular situação de vulnerabilidade de um determinado sujeito justifica uma tutela acrescida, sendo certo que o facto de a liberdade contratual estar em tensão com a justiça contratual implica reconhecer a possibilidade de correção do conteúdo do contrato.

II. O ordenamento jusconcorrencial apenas tutela reflexamente o conteúdo dos contratos. Por conseguinte, é forçoso que o intérprete-aplicador assente na ideia de proporcionalidade obrigacional para aferir da iniquidade contratual.

III. A iniquidade contratual, enquanto produto de um abuso da liberdade contratual, é proscribida pela proibição de violação da ordem pública e dos bons costumes

IV. Por via do apelo à boa fé, o RCCG tem em consideração a necessidade de equilíbrio contratual, pois o legislador consagrou um catálogo amplo de cláusulas absoluta e relativamente proibidas, como forma de mitigar *ex ante* assimetrias.

V. O paternalismo contratual, no essencial, é um moralismo legal, pois procura conformar a atividade dos agentes (*maxime*, o consumidor), presumindo que determinada solução lhe é mais favorável, ao passo que a correção da assimetria contratual é motivada pela supressão de distorções flagrantes da proporcionalidade obrigacional.

VI. Na demarcação dos limites à autonomia privada, *maxime* em sede de controlo da iniquidade contratual, o intérprete-aplicador deve recorrer a juízos ético-valorativos, não sendo, pois, estanque a considerações de ordem moral.

VII. Temos por supérflua a construção do *terzo contratto*. Não obstante, a identificação de situações de vulnerabilidade e de assimetria contratual em contexto de contratação empresarial em tudo análogas à vulnerabilidade do Direito do Consumo é manifesta, sendo necessário ponderar a aplicação analógica de tais complexos normativos àquelas situações particulares.