

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial

Rafael Belitzck Ferreira

CONSUMIDOR-EMPRESÁRIO: uma figura jurídica possível?

Nova Lima

2012

Rafael Belitzck Ferreira

CONSUMIDOR-EMPRESÁRIO: uma figura jurídica possível?

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: A empresa na contemporaneidade

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Marcelo de Oliveira Milagres

Nova Lima

2012

Rafael Belitzck Ferreira

CONSUMIDOR-EMPRESÁRIO: uma figura jurídica possível?

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Marcelo de O. Milagres (Orientador) – Faculdade Milton Campos

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Nova Lima, de de .

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a Jesus e aos irmãos espirituais, por me proporcionarem a serenidade nos momentos de aflição e a benção indispensável nos estudos e elaboração da presente dissertação.

Aos meus pais, José Luiz Ferreira e Maria Auxiliadora Belitzck Ferreira, por serem o que são: meus pais, meus amigos, meu porto seguro.

Aos meus irmãos, André, Fernando e Roberta, pelo apoio incondicional.

Aos meus familiares, em especial, aos meus amados avós, Paulo e Erica.

Ao meu orientador, Dr. Marcelo de Oliveira Milagres, pelo apoio, auxílio e norte na elaboração deste trabalho.

À Dani, por acreditar no meu potencial e incentivar-me na realização de um sonho.

À Maria Isabela, pelo apoio e solidariedade.

Aos meus amigos da Mesa 1, à Valéria; e aos do mestrado, em grande estima e consideração, ao Marcelo, pelo incentivo.

Aos meus colegas da FUNCESI e alunos, pela compreensão.

A todos que de alguma forma contribuíram para a realização de um sonho.

Creio que cada um deve a si mesmo sua sorte, que cada um cria as suas alegrias como as suas penas; que o homem é seu próprio algoz; que se remunera e se pune a si mesmo; que colhe o que semeia e nutre-se do que colhe, debilitado ou fortalecido pelos alimentos que ele próprio produziu; que a alma transporta em si mesma o seu próprio castigo, em todo o lugar em que possa encontrar; que o inferno não é um lugar, mas uma condição de ser, um estado da alma; que pertence a cada um de nós sair dele ou aí nos manter (BARSANULFO, Eurípedes).

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas entre empresários, demonstrando, por meio de análise do instituto dos contratos, do mercado e de precedentes jurisprudenciais, bem como do conceito de consumidor, ser inviável a incidência das normas consumeristas. Assim, aborda-se, inicialmente, o exame do mercado e dos contratos, partindo-se deste último, de uma análise histórica e dos diversos ramos do direito em que os contratos se verificam. Posteriormente, estudam-se os contratos empresariais, os contratos civis e os contratos consumeristas, partindo-se do âmbito normativo a que competem. Analisa-se, também, a unificação do direito obrigacional e seus efeitos no âmbito do direito civil, empresarial e do consumidor. Sobre a definição do consumidor, esta é estudada em seu fenômeno histórico, tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos da América, realizando-se algumas referências à Alemanha e à Itália, para estabelecer algumas conclusões acerca de seu conceito. Finalmente, deduz-se que o empresário não pode ser considerado consumidor nas relações jurídicas em que ambas as partes são empresários. Além disso, as relações jurídicas entre empresários, não comportam a aplicação das normas consumeristas, por incompatibilidade dos ramos do direito.

Palavras-chave: Consumidor. Empresários. Contrato. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

This work aims the implementation of the Consumer Protection Code on legal relationships between entrepreneurs, demonstrating through analysis of the institute of contracts, market and precedents as well as the concept of the consumer, be unfeasible incidence standards consumeristas. Thus, it approaches initially examining the market and contracts, starting from the latter, and a historical analysis of the various branches of law in which contracts are verified. Subsequently, we study business contracts, civil contracts, and consumer contracts, starting from the normative framework that competes. It analyzes also the unification of the law and its effects on obligatory civil law, business law and consumer law. The definition of consumer is studied in its historical phenomenon, in Brazil and in the United States, performing some references to Germany and Italy, to conclude about its concept. Finally, it appears that the entrepreneur can not be considered in consumer legal relationships in which both parties are businessmen. Moreover, the legal relationships between entrepreneurs, not involving the application of standards consumeristas by incompatibility of legal branches.

Keywords: Consumer. Entrepreneurs. Contract. Consumer Protection Code.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	Código Civil
CC/2002	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNDC	Conselho Nacional de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EUA	Estados Unidos da América
IDEC	Instituto de Defesa do Consumidor
IPI	Imposto sobre produtos industrializados
MG	Minas Gerais
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UE	União Européia
US. UCC	<i>United States Uniform Commercial Code</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O MERCADO E OS CONTRATOS PRIVADOS	15
2.1	Mercado.....	15
2.2	Contratos	19
2.2.1	<i>A função social dos contratos e a boa-fé.....</i>	<i>25</i>
2.2.2	<i>Perspectiva econômica dos contratos e os contratos privados.....</i>	<i>28</i>
3	CONTRATOS DE CONSUMO E CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	35
3.1	O direito obrigacional e sua unificação.....	38
3.2	Efeitos da unificação do direito obrigacional	47
3.3	Análise normativa e as decisões judiciais	54
4	O CONSUMIDOR NO SÉCULO XXI.....	59
4.1	Evolução do conceito de consumidor.....	59
4.2	Posição do Superior Tribunal de Justiça.....	65
4.3	O consumidor-empresário.....	70
5	O CONSUMIDOR NO DIREITO NORTE-AMERICANO	74
5.1	Conceito de consumidor	76
5.2	Os contratos e o direito do consumidor	82
5.3	Consumidor-empresário.....	85
6	CONCLUSÃO	89
	REFERÊNCIAS.....	94

1 INTRODUÇÃO

Os questionamentos acerca do direito do consumidor e sua aplicação nas diversas relações contratuais existentes podem permitir interpretações dúbias, arraigadas num sistema protecionista, que pode gerar insegurança jurídica e prejuízos à livre iniciativa.

O estudo do consumidor, na doutrina e na jurisprudência, denota uma análise conceitual do art. 2º da Lei nº 8.078/90 quanto à expressão “destinatário final”. Encontram-se diversas teorias, a finalista e a maximalista, passando pela interpretação do Superior Tribunal de Justiça (finalismo mitigado) e pelo projeto de alteração do Código de Defesa do Consumidor.

Certo é que nenhum dos conceitos encontrados foi capaz de justificar a aplicação do direito do consumidor nas relações contratuais entre empresários, em que pese a consideração de ser ele hipossuficiente, quando informar desconhecimento técnico acerca do objeto do contrato.

Destarte, o problema entre empresários se subsume na aplicação das normas protetivas do consumidor em relações jurídicas anteriormente tidas como puramente empresariais, em que ambas as partes são submetidas a um tratamento isonômico, alheio a qualquer interferência estatal.

Sob este contexto, a dissertação foi realizada tendo como objetivos gerais compreender, por meio da análise jurídico-econômica, em especial, o conceito de consumidor dado pelo direito brasileiro e norte-americano, o alcance do conceito nas relações jurídicas entre pessoas jurídicas e os aspectos da eficácia das decisões judiciais quando da admissão e a não admissão da relação consumerista.

Por objetivos específicos, preza-se pela identificação no ordenamento jurídico, de princípios gerais ou específicos que permitam a fundamentação das legislações específicas levantadas, no que tange ao conceito de consumidor e seu alcance. Pretende-se, ainda, fixar marcos acerca do contrato, obrigações e sua unificação, analisando o desenvolvimento dos institutos; bem como realizar um estudo comparado entre o Direito Brasileiro e o Direito Norte-americano.

A pesquisa se faz necessária pela insegurança jurídica ao abordar o conceito de consumidor, na qual é assim considerando, desde que esteja em condições de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, na relação contratual assumida.

O direito comparado é fonte de pesquisa utilizado para estudar o fenômeno consumerista em outros países, em especial, no direito norte-americano por ser um sistema de *common law* que considera uma relação jurídica entre pessoas jurídicas disciplinada pelo direito comercial. Já o Direito do Consumidor fica reservado aos que são prejudicados por utilizar ou adquirir produtos ou serviços viciados ou defeituosos.

Destarte, a justificativa está em apurar o sentido e alcance do conceito de consumidor, da eficácia das decisões judiciais, comparando com o que ocorre nos Estados Unidos da América.

Considerando que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) estabelece um conceito vago sobre consumidor, em especial quanto à interpretação que se deve dar ao direito do consumidor acerca das relações jurídicas estabelecidas entre empresários, e que o direito norte-americano distingue as relações meramente consumeristas das relações comerciais, afirma-se que é prejudicial a aplicação das normas de direito do consumidor nas relações firmadas entre empresários.

Como metodologia, utilizam-se os precedentes jurisprudenciais firmados pelo Superior Tribunal de Justiça e o direito comparado com o norte-americano, partindo de um raciocínio hipotético-dedutivo, utilizando-se da vertente jurídico-comparativa e jurídico-teórica.

Buscou-se, ao longo desta pesquisa, a realização de um trabalho de campo, com o qual se buscaria a resposta de algumas questões, tais como, a leitura dos pré-contratos, a discussão de cláusulas contratuais e a finalidade dos contratos. Contudo, não foi possível concluir a pesquisa, por falta de devolução do questionário apresentado, por parte dos pesquisadores e por ausência de tempo. O anexo I traz o questionário aplicado.

A definição do marco teórico inicialmente recaía em duas decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça que tratavam do conceito de consumidor, aplicando a teoria finalista e a teoria finalista mitigada. Contudo, ao longo dos estudos, fixaram-se como marco teórico os ensinamentos de Enzo Roppo, em sua obra intitulada “O Contrato”.

A aplicação descomedida das normas de direito do consumidor nas relações jurídicas empresariais geram problemas de mercado, principalmente no que tange à livre iniciativa e à liberdade de mercado.

Nessa justificativa, o mercado e os contratos são objeto de estudo no capítulo subsequente. O mercado é influenciado pela existência de fornecedores, produtos e serviços, preço e consumidor. O referido estudo pauta-se na análise transdisciplinar do mercado, em suas acepções do Direito, da Economia e da Administração de Empresas.

Para que haja fluência ou crescimento da economia, vários estudos foram realizados acerca do comportamento do consumidor (aqui ele é considerado como uma pessoa física que adquire ou utiliza produtos ou serviços em caráter individual, em proveito próprio ou de seus familiares) no âmbito do mercado, em que se verifica que produtos ou serviços ofertados podem gerar no consumidor o anseio para a aquisição. Isso, desde que haja a influência dos mecanismos de publicidade, do tipo de produto ou serviço, da imposição de necessidade, dentre outros fatores.

A concorrência, que se dá entre fornecedores de um mesmo segmento do mercado, é outro fator benéfico para sujeitos que adquirem produtos ou serviços. Quando num determinado segmento existem vários vendedores, a concorrência entre eles se dá de diversas formas, tais como, preço, atendimento e qualidade de atendimento pré e pós-aquisição.

O Estado, por sua vez, também influencia no comportamento do consumidor, editando normas que vão determinar se um ou outro produto ou serviço será mais benéfico para a aquisição. A redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), por exemplo, a redução de IPI dos veículos ocorrido no Brasil no ano de 2010, comprova a necessidade do Estado em aquecer o mercado. Noutra patamar, podem ocorrer políticas públicas capazes de retrain o consumo, tal como ocorre com o aumento de tributos.

O instituto dos contratos é analisado desde a sua origem até a contemporaneidade, abordando seus aspectos conceituais, efeitos e consequências da realização de acordo. Da teoria clássica dos contratos até a inovação da Constituição da República de 1988, com a normatização pelo Código Civil dos princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos, estabelece-se o liame necessário da influência dos diversos ramos do direito em que se tutelam os interesses de particulares.

A sociedade sobrevive desde os primórdios utilizando acordo de vontades capazes de gerar diversos efeitos. Para que ocorra a vinculação entre sujeitos, é necessária a existência da autonomia de vontade, que se consubstancia na

capacidade da pessoa em contrair obrigações e exercer direitos. A autonomia da vontade estabelece o próprio anseio da pessoa, exteriorizado por intermédio de um contrato.

Com o desenvolvimento do direito, diversas teorias foram instituídas, para saciar a necessidade dos diversos ramos do Direito em que os contratos são aplicados. Para o direito privado, houve um grande avanço da função social dos contratos.

Cada contrato deve cumprir sua função social, que se porta a uma medida de justiça social, que, para o direito empresarial, importa na circulação de riquezas. A partir do momento que o contrato é realizado e tem por objeto a venda e aquisição de produtos ou serviços, há circulação de riqueza, portanto, o princípio da função social dos contratos é cumprido.

Noutros ramos do direito se verifica o cumprimento de tal princípio, como basilar à própria consecução dos objetivos constitucionais.

Seguidamente, analisam-se os contratos consumeristas e empresariais, com o fim de traçar a necessária diferença existente entre ambos os ramos do direito. De um lado, o consumidor e o fornecedor, figuras indispensáveis à manutenção do mercado e da economia; de outro, os empresários que se vinculam mediante acordos com a finalidade de viabilizar sua atividade econômica.

Para tanto, traçou-se um paralelo histórico sobre a unificação do direito obrigacional codificada pelo Código Civil de 2002. Tal análise serve para se chegar a uma hipótese de aplicação das normas consumeristas nas relações jurídicas entre empresários.

As fases do direito comercial ou empresarial serviram como marco da evolução da economia, que acompanharam o desenvolvimento do próprio direito, em que pese o direito obrigacional. Antes, o direito civil e direito comercial eram disciplinas distintas, cada qual com seus princípios e regras próprias, e não se misturavam.

Todavia, o crescimento da economia, o desenvolvimento das cidades e a interrelação entre os povos fez com que o direito obrigacional fosse visto como única fonte de regulamentação necessária para disciplinar ambos os ramos, civil e empresarial.

As regras obrigacionais são tratadas de maneira uniforme no Código Civil de 2002, sendo aplicadas às relações jurídicas civis e empresariais. Mesmo com tal

unificação, fica claro que o direito civil e direito empresarial são disciplinas distintas em seu tratamento e princípios, isso porque, dependendo do grau de relação entre as partes, o objeto a ser contratado e os efeitos esperados que, haverá uma relação civil ou uma relação empresarial.

Com o advento da regulamentação das regras do direito do consumidor, pelo Código de Defesa do Consumidor, há uma nova discussão sobre se haveria a aplicação de um sistema de regras protetivas no âmbito do consumidor, nas relações entre empresários.

O diálogo das fontes pode ser uma forma de estudar o fenômeno da interpretação e aplicação das leis no âmbito do direito empresarial, civil e do consumidor.

Nesse sentido, a evolução do conceito, as conquistas e a forma pela qual o consumidor é tratado no Brasil são questões que se mostram relevantes para esse estudo e que, por isso, são destacadas no capítulo 4 desta dissertação.

O consumidor é peça fundamental na ordem econômica capitalista, sendo ele um dos grandes propulsores do desenvolvimento de qualquer país. Assim, a ele são resguardados determinados direitos para evitar abusos que eram cometidos por fornecedores.

O direito do consumidor se divide em três fases: a pós-revolução industrial, em que houve uma aglomeração de pessoas vindas do campo nas cidades, fazendo com que houvesse um aumento de demanda por produtos e serviços, que se deu pela produção em série. A segunda fase, que compreende o período do pós-segunda guerra, trouxe grandes avanços tecnológicos e as relações de massa, asseverando a necessidade de tutelar as relações entre consumidor e fornecedor. Finalmente, a era da informatização encurtou as relações jurídicas, que se davam no contexto da globalização.

Os contratos, portanto, foram renovados, não apenas no âmbito civil e empresarial, mas atentando-se a mais uma figura essencial para qualquer economia capitalista, o consumidor.

Faz-se também uma abordagem sobre o projeto de lei n. que altera o Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como sobre a necessidade do diálogo das fontes, como forma de resolução de conflitos.

Ademais, trata-se das inovações do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* e do direito italiano que informam que o empresário não pode ser considerado consumidor.

Finalmente, tem-se o estudo comparado com a legislação norte-americana, em especial para o *United States Uniform Commercial Code (US. UCC)* que trata especificadamente das relações comerciais.

A forma pela qual os Estados Unidos da América (EUA) abordam o direito empresarial e do consumidor atentam para diferenças de cada um destes ramos. O que se busca com a análise comparada do direito norte-americano é delinear a aplicação do direito do consumidor nas relações jurídico-empresariais.

Pretende-se, portanto, analisar se nos contratos empresariais, que são formados entre empresários, há aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor. A pergunta pode levar a uma resposta que causaria uma interpretação errônea de todo o complexo de normas e princípios que regem o instituto dos contratos e do direito de empresa.

2 O MERCADO E OS CONTRATOS PRIVADOS

2.1 Mercado

Inexiste um conceito de mercado, mas variadas acepções do termo. Para a adoção de um conceito de mercado para os fins a que se destina o presente estudo, é imperioso uma análise transdisciplinar.

Vejam, por exemplo, a potência de um tornado – afinal, trata-se apenas de um vento. Mas que vigor! E vejam a pressão das ondas do mar, quando agregam milhões de toneladas para derrubar qualquer obstáculo. Uma onda, denominada *tsunami*, em 1946 afundou barcos de pesca a quase 15.000 km de seu epicentro.

O mercado é uma dessas ondas. Ele flutua incessantemente, por vezes calmo e manso, por vezes bravo e agitado. Mas, por mais excitado que se torne, ele jamais é errático: obedece sempre a algumas leis naturais, que conhecemos apenas parcialmente, e que o obriga a seguir seu ritmo dentro de padrões pré-estabelecidos – como as ondas do mar (RICHERS, 1996, p. IX).

Antes da análise, propriamente do mercado, insta esclarecer que, neste capítulo, a palavra *consumidor* foi suprimida, *a priori*, para não causar imprecisões jurídicas.

A economia e o mercado paralelamente considerados desempenham um papel fundamental para o estudo deste capítulo, abordando os aspectos mais precisos do contrato enquanto instrumento necessário de circulação de riquezas, tendo em vista a ordem constitucional brasileira, no direito consumerista e empresarial.

Segundo Adam Smith, em seu livro *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*¹, o mercado funciona basicamente segundo a teoria da *mão invisível*. O autor explica que a liberdade de concorrência depende, antes de tudo, da devida alocação dos recursos, sendo que o mercado se ocuparia de traçar o preço, naturalmente, trazendo o equilíbrio. De fato, o que pretende o citado autor é demonstrar que o mercado se autorregula mediante a *mão invisível*, no momento em que os particulares detêm a livre convenção de preços, sem qualquer intervenção estatal; protegendo, outrossim, a justa concorrência.

¹ SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Disponível em: <<http://i-ahrens.de/schule/bvw/Wealth-Nations.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

Os indivíduos possuem, por assim concluir, liberdade completa de escolha, então, os prestadores de serviços e comerciantes devem suprir as necessidades de consumo desses indivíduos. O mercado, ao seu passo, dirigirá qual e o que deve ser produzido para saciar as necessidades dos indivíduos.

Outra teoria que também pode ser utilizada para fins de aferição do comportamento do mercado é a Teoria dos Jogos², segundo a qual as normas jurídicas norteiam o comportamento dos sujeitos de direito, por meio de escolhas, ao mesmo tempo em que os sujeitos de direito influenciam o sistema judicial, por suas escolhas estrategicamente alocadas para um determinado fim.

Noutro ponto, pode-se afirmar que o governo também presta um papel fundamental na ordem econômica do país, diametralmente contrária à Teoria da mão invisível de Adam Smith, influenciando no poder de escolha das pessoas. Com a finalidade de preservar a economia do país, o Brasil pode determinar o que, e a forma como o mercado se portará diante de determinados eventos sociais, na aplicação de políticas públicas. Como exemplo, cita-se a redução do IPI – imposto sobre produtos industrializados – dos veículos ocorrida em meados de 2010 e 2011 com a finalidade de permitir que os brasileiros não diminuíssem as compras; evitando, assim, que o país entrasse num processo de recessão. Outro exemplo pode ser verificado no caso da construção de Brasília, em que foi necessária a compra de diversos materiais de construção, o que aumentou a produção de cimento.

² Mirrlees, Vickery, Harsanyi, Nash e Selten são os precursores da teoria dos jogos, que encontram três elementos: participantes do jogo, as estratégias disponíveis a cada um deles e as vantagens ou desvantagens quanto à combinação estratégica das alternativas existentes. *Com isso, a teoria dos jogos aplicada ao Direito pretende discernir qual o papel que desempenham as normas jurídicas vigentes e quais os resultados de uma alteração do quadro jurídico em que operam. Isto não significa, porém, que a análise jurídica do comportamento estratégico se limite à mera definição de "regras de jogo" para enquadrar a satisfação do interesse individual. A dimensão valorativa ou normativa do jurídico é um requisito básico, é um prius. Definir quais os resultados que pretendemos atingir por meio do Direito é uma segunda contribuição da Teoria dos Jogos. Assim, a Teoria dos Jogos visa esclarecer, dados certos pressupostos relativos ao comportamento dos agentes envolvidos, quais os resultados de optarmos por um dos modelos normativos à nossa disposição. Este aspecto suscita-nos algumas breves observações sobre as críticas e objeções contra à Teoria dos Jogos e em especial ao movimento de Law & Economics em geral. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Curso de law & economics. Editora Campus: [sem data], p. 69.*

Os diversos autores³ que estudam a economia e o mercado são uníssonos ao afirmar que o mercado atua mediante a lei da oferta e da procura, considerando um mecanismo de concorrência perfeita, para determinar o preço do produto ou serviço.

Não se pretende adotar um sistema ideal de economia, apenas estudar os fenômenos pelos quais o mercado se comporta, tendo em vista os contratos mercantis, mais precisamente acerca dos contratos privados (contratos civil, de consumo, empresariais e de trabalho). Entretanto, é mister uma análise dos princípios e leis que regem o mercado.

A procura se estabelece a partir de um produto ou serviço que é adquirido a certo preço num dado período de tempo. Possui duas variáveis: preço e quantidade. A variável independente é o preço, pois os compradores dos serviços ou produtos amoldarão a necessidade ou desejo de obtê-los levando em consideração o preço. A quantidade é, pois, variável dependente, haja vista que a procura de um bem ou serviço se dá em função do preço.

Tem-se, dessa maneira, que quanto maior for o preço de um serviço ou produto, menor será a quantidade procurada; da mesma forma quanto mais baixo o preço, mais alta a quantidade procurada. É claro que não é só o preço e a procura que influenciam o mercado, mas também outros fatores, como o nível de renda, o preço dos bens ou serviços complementares, os hábitos de consumo, entre outros⁴.

Por sua vez, a oferta pode ser definida como a quantidade de um bem ou serviço que seus fornecedores estão dispostos a entregar ao mercado a um dado preço num determinado período. Assim, quanto maior for o preço de mercado, maior será a quantidade que os fornecedores estarão dispostos a oferecer.

A lei de oferta deve ser considerada mediante a concorrência, considerando que

³ WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. Economia. Tradução e revisão técnica Celso Seiji Gondo, Antônio Martins Cortada e Jayme Fonseca Francisco Junior. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994. NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. Fundamentos da economia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. História do pensamento econômico. São Paulo: Atlas, 1988. ARRIGHI, Giovanni. O longo século XX. Tradução Vera Ribeiro; revisão técnica César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

⁴ MONTORO FILHO, André Franco. Teoria elementar de funcionamento de mercado. *In*: Manual de economia. Equipe de professores da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996., Parte I, cap. 2.

[...] cada produtor isolado, em regime de concorrência e na ausência de economias de escala, somente poderá expandir sua produção a custos crescentes, pois ele deverá disputar no mercado de fatores aqueles necessários ao crescimento de produção de sua empresa.⁵

Dessa forma, se a procura aumentar, significa que os adquirentes de produtos ou serviços estão dispostos a pagar um preço mais elevado, ao passo que aos fornecedores poderão disputar maior número de fatores, podendo acarretar um preço mais elevado.

Quando um produto ou serviço é disponibilizado por poucos fornecedores, tem-se o chamado oligopólio. Quando o mercado possui um único fornecedor, este possui o monopólio. Quando se tem um oligopólio ou monopólio, o preço é influenciado diretamente, considerando que não existe a concorrência, que a economia designa como concorrência imperfeita. O inverso também é verdadeiro: quando existe um pequeno grupo de pessoas (compradores) para uma quantidade maior de produtos ou serviços.

Contrario sensu ocorre quando existem muitos fornecedores e muitos contratantes, traçando um perfil de concorrência perfeita, gerando um controle de preços e tornando o mercado competitivo.

O modelo de mercado mais frequentemente utilizado é o de concorrência perfeita. Nela, assume-se que existem muitos consumidores e muitas empresas, todos de tamanho pequeno em relação ao mercado como um todo. Supõe-se também que todos dispõem de informação perfeita sobre os preços cobrados por todas as empresas e que não há nenhum tipo de cooperação explícita ou tácita entre elas. Se alguma empresa cobra um preço superior ao do mercado, não vende nada. Se fixa um preço inferior ao das outras empresas, ela tende a capturar todo o mercado, e as demais têm de baixar o preço ou ficar sem vender nada. Nesse caso, todas as empresas têm de cobrar o mesmo preço. O preço de mercado é tomado pelos consumidores e pelas empresas como um dado. (PINHEIRO, 2005, p. 55).

São diversos fatores que influenciam os padrões comportamentais daqueles que adquirem bens ou serviços. Pode ser o preço, a publicidade empreendida, o tipo de produto ou serviço ofertado, a avaliação dada por outros adquirentes ou a própria visão da sociedade em relação ao empresário.

Outro ponto que intriga o estudo acerca do mercado,⁷ é o papel do consumo. O mercado se envolve diante das inúmeras ofertas, publicidades, informações e,

⁵ NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 245.

sobretudo, da incessante necessidade do ser humano em consumir. A economia tem como seu principal pilar de sustentação o consumo, e é este que determina a produção, o emprego e a renda.

O Direito Econômico, a seu turno, vem estudar a forma pela qual o Estado interfere no sistema de interações consumeristas⁶, isso porque, se considerarmos que o mercado é uma dimensão coletiva de interações (todas motivadas pelo consumo), é latente que o Estado possui interesse na regulação ou sistematização dos contratos.

Os Estados Unidos empreendem inúmeros esforços, a fim de estudar o comportamento consumerista em sociedade, criando modelos⁷ que se aperfeiçoam ao longo do tempo. Todos os modelos analisados influem que a informação passada ao adquirente, ou o chamado *feedback* (propaganda boca a boca), está diretamente ligada ao seu interesse de realizar o contrato transacional, isto é, a informação (publicidade e *feedback*) pode influenciar no direito de compra do adquirente.

O Brasil adota a teoria da informação como fonte direta do comportamento do adquirente, o que denota uma grande responsabilidade dos fornecedores na oferta de produtos e serviços.

Como se observou, o mercado é objeto de inúmeras teorias e modelos, que convergem para um fim: a circulação de riqueza.

2.2 Contratos

A expressão contrato passou e ainda passa por inúmeras transformações conceituais e funcionais. Pretende-se estudar a forma como o contrato foi instituído como um negócio jurídico e como ele evoluiu até os dias atuais, no Brasil e no exterior.

Vários estudiosos atribuem ao contrato o nascedouro de uma sociedade organizada. Nos séculos XVII e XVIII, tem-se a aceção de que a sociedade nasceu e se mantém mediante um acordo, um contrato⁸.

⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁷ Modelo de Nicosia (NICOSIA, Francesco. *Consumer decision processes*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1996). Modelo de Howard e Sheth (HOWARD, J. A.; SHETH, J. *The theory of buyer behavior*. New York: John Wiley, 1969).

⁸ Para mais informações Rousseau que informa em sua obra *Contrato social* que os homens, através de um acordo comum, deixam o aspecto individualista da justiça, e transferem o direito do uso de

No século XIX, Henry Summer Maine considerou que o processo evolutivo de uma sociedade pode ser transcrita na fórmula do *status ao contrato*, a chamada *Lei de Maimé*. Isso porque, se antigamente as relações humanas se baseavam em posição ocupada na comunidade, em tempos mais atuais o *contrato* veio estabelecer um vínculo jurídico de um indivíduo com a comunidade.

Roppo (2009, p.) exemplifica que o Código Civil Italiano de 1864 previa que a mulher não podia “dar, alienar bens imóveis, hipotecá-los, contrair mútuos, ceder ou cobrar capitais, constituir-se fiador, nem transigir ou estar em juízo relativamente a tais actos sem autorização do marido” que perdurou até a Lei de 1919, por meio da emancipação feminista.

Na realidade, o que se buscava neste aludido período era o rompimento de uma barreira imposta por um regime feudal para o capitalismo extremo, dando guarida à liberdade de contratar. Neste momento, os contratos passam a cumprir um papel fundamental, qual seja, toda a máxima expressão de vontade poderia ser transcrita num contrato, utilizando-se, para tanto, da soberania do indivíduo sobre seu patrimônio. O poder de escolher contratar ou não, apresentava ampla autonomia no conteúdo dos contratos.

À época da edição do Código Civil Francês, em 1804, após a Revolução Industrial, uma substancial característica ocorreu no modelo capitalista: uma organização econômica.

O Estado, cumprindo seu papel apenas de legislar e decidir, abstinha-se de exprimir qualquer juízo de valor ou até mesmo de interferir nas relações privadas; a sociedade vivia o Estado Liberal. Neste condão, as relações contratuais eram firmadas, considerando a liberdade e a autonomia da vontade como verdadeiras leis: *pacta sunt servanda*.

A lei, em sentido estrito, segundo Marques (2005)⁹, servia apenas para garantir a vontade e assegurar o cumprimento do contrato, sendo que a tutela jurídica salvaguardava a liberdade, a igualdade e a autonomia das relações jurídicas, excluindo a situação econômica ou social dos contratantes.

força em uma relação recíproca para uma entidade superior, o Estado, que avoca a vontade de todos os indivíduos que se submetem a este contrato.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51 e ss.

Verifica-se a todo instante que a ideia principal que norteia o contrato é a vontade, a fonte que dá a legitimação para particulares se vincularem e estipularem direitos e obrigações.

Para Savigny (1984)¹⁰, o contrato é a união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, em que se define a relação jurídica entre eles. Os elementos básicos de toda relação contratual⁷; encontram-se naquele conceito: a) autonomia da vontade; b) existência de indivíduos; c) liberdade; d) estipulação de direitos e obrigações.

Roppo (2009) sintetiza o conceito de contrato como uma *ideologia da liberdade contratual*¹¹, considerando que este adveio da época em que vigorava o Estado Liberal, no qual surgiam as grandes codificações, tais como o *Code Civil* de 1804, na França; Código Civil Italiano de 1865 e, finalmente, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil), alemão, em 1896.

Neste ínterim, insta esclarecer o momento histórico pelo qual a França passava para que vigorasse o consenso contratual: a liberdade de contratar. Com a revolução burguesa, no século XVIII, diversas teorias sobre a vinculação da propriedade (latifúndio) com o instituto do contrato foram criadas, tendo como um dos precursores⁷; Robert-Joseph Pothier¹², que afirmava que a propriedade direcionava e impulsionava os contratos.

Entretanto, como naquela época a propriedade era tida como status do ser humano em sociedade, e esta era predominantemente dominada pelo clero e pela nobreza, houve uma necessidade estrutural de se romper com os laços feudais para dar início à própria necessidade local, que se dava pelo nascimento do capitalismo. Para tanto, e considerando que um dos princípios do capitalismo é o aumento da renda e não da propriedade, houve uma paulatina e constante venda de bens pertencentes anteriormente às ditas classes, com a finalidade de torná-las produtivas; gerando, assim, renda, capital.

Como a melhor forma encontrada para disciplinar a aquisição de propriedades era o instituto do contrato, o legislador francês de 1804 explicitou o consenso como a forma de contratar.

¹⁰ Em alemão: *Vertrag ist die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*. Disponível no livro de ZWEIGERT, Konrad; KOETZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts II*. Tübingen: Mohr, 1984, p. 6.

¹¹ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 40.

¹² ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 44.

Vale dizer, portanto, que na França, após a revolução burguesa, essa classe necessitou desvincular a propriedade como fonte dos contratos e instituir a vontade de contratar como basilar princípio contratual.

No Brasil, ao revés, houve apenas a adoção dos princípios estudados no direito alienígena, cuja aplicação se iniciou em 1916, com a edição do Código Civil. Como bem afirmou Roppo (2009), acabou “na matéria do contrato [...] por decalcar-lhe fielmente a sistemática, os princípios, as regras, a própria formulação linguística de muitos artigos”¹³.

Em 1896 foi publicado o código civil Alemão, *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, que se diferenciava do modelo francês, pois considerava que o contrato instituído é que faz parte negócio jurídico. Dessa forma, o BGB disciplina as regras sobre contrato, de cada contrato em si (compra e venda, locação, etc.) e do o negócio jurídico, que é uma *declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos*¹⁴.

Se o negócio jurídico é então uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos, pode-se afirmar que toda e qualquer relação que tenha como escopo criar, modificar ou extinguir direitos é um negócio jurídico, ou seja, dá ao instituto do negócio jurídico e dos contratos uma característica formal de generalidade e abstração, haja vista que podem ser produzidos efeitos jurídicos em qualquer relação de direito, como contrato de compra e venda, casamento, adoções, dentre outros.

Além do *BGB* vincular os contratos ao negócio jurídico, ainda houve uma necessidade de tornar os sujeitos iguais entre si, na condição de contratar. O Direito Francês, após a revolução burguesa, já havia declarado que os homens teriam igualdade entre si para realizar contratos, contudo, tal igualdade só foi possível após a edição do *BGB*.

Essa necessidade de tornar os homens iguais entre si adveio do fato de os negócios jurídicos não levarem em consideração a qualidade do homem perante a sociedade, e sim o seu livre arbítrio. Como a vontade humana é a fonte criadora do direito, não há porque haver vinculação entre as posses e o *status* do homem com a sua vontade de realizar contratos. Assim, o que vigorava era o homem em sociedade, utilizando de sua vontade para contratar, conforme Estado Liberal.

¹³ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 46.

¹⁴ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 49.

O Estado Liberal, como princípio pelo qual o Estado minimizava sua intervenção na vida privada, persistia a aplicação de três funções para a autonomia da vontade¹⁵.

De um lado permitia que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no mercado, utilizando, assim, de maneira *optimal*, as potencialidades da economia, baseada em um mercado livre, e criando, assim, outra importante figura: a *livre concorrência*. De outro lado, nesta economia livre e descentralizada, deveria ser assegurada a cada contraente a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, ficando apenas adstrito à observância do princípio máximo: *pacta sunt servanda*. Koendgen destaca, aqui, que esta ampla liberdade de contratar pressupõe juridicamente a aceitação de que a obrigação assumida é *limitada* a determinado ato e em determinado espaço de tempo. Ganha, assim, importância para o direito o *consenso*, a vontade do indivíduo, o conteúdo e os limites desta vontade, interna ou declarada. A terceira função do dogma da liberdade contratual pode ser denominada como função '*protetora*'. Na visão liberal, o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre indivíduos. Assim, se o indivíduo era livre e tinha a possibilidade de se auto-obrigar, tinha direito também de se defender contra a imputação de outras obrigações para as quais não tenha manifestado a sua vontade. (MARQUES, 2005, p. 61)

Contextualizando, o que se verifica ao longo da história dos contratos é que há uma ligação entre o momento histórico e político do local com a necessidade da sociedade em regulamentar o uso do contrato.

Sem embargo, outro princípio estava iniciando uma profunda alteração do instituto dos contratos, era o princípio da solidariedade. O referido princípio tornou-se sólido após os regimes fascistas ocorridos na Itália e na Alemanha. Vigorou naqueles países durante anos o regime fascista, no qual o individualismo e o liberalismo não tinham mais que existir, fundamentando que o contrato (vontade individual de contratar) não garantia igualdade entre homens. A igualdade entre os homens poderia ser apenas adquirida mediante a solidariedade entre os seus pares.

Pregava-se no regime fascista que a

autonomia contratual não pode divergir daqueles que são os objectivos unitários da produção nacional, e a regulamentação corporativa própria da economia organizada prevalece e domina; relativamente a esta, a autonomia contratual fica em estado de subordinação; e, noutra ocasião, em referência ao livro quarto do código: os princípios da disciplina e da solidariedade corporativa substituíram também neste livro os superados princípios da economia liberal, dando ao novo Código Civil, também sob este aspecto, um carácter orgânico, unitário e um inconfundível cunho fascista. (ROPPO, 2009, p. 57).

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

Havia um princípio adotado na Alemanha, no qual todas as pessoas deveriam ser solidárias umas com as outras; trazendo, portanto, o ideal de que a liberdade contratual deveria se tornar mais branda, haja vista que o papel do contrato não era apenas um acordo de vontade para circular bens e serviços, mas também uma função que de sobremaneira se cogitava: o papel social do contrato.

Inicialmente, os contratos advindos de uma vontade bilateral, deixam de surtir efeitos, exclusivamente, na ordem pessoal dos contratantes para atingir a sociedade. O Código Civil Francês estabelece que “As convenções, legalmente formadas, tem força de lei, àqueles que as fizeram”¹⁶. Essa aceção gera diversos efeitos na ordem social.

A sociedade era tida como um acordo de vontades; as sociedades empresárias nasciam da vontade de duas ou mais pessoas que uniam esforços para a consecução de uma atividade empresarial/comercial; as indústrias estabeleciam verdadeiros contratos com seus empregados com a finalidade de produzir bens para o mercado de consumo.

Neste último exemplo, retornam os estudos para o período da pós-Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra e disseminada entre os países europeus, o qual trouxe um grande avanço para a tecnologia e mais especificamente para a ordem econômica, surgindo novas classes sociais: a burguesa e a trabalhadora.

A Revolução Industrial também associou a ideia de que era necessário instigar o consumo. Dessa forma, quanto maior era o consumo, maior a necessidade de produção; sendo maior a necessidade de produzir, mais relações de trabalho eram criadas.

Ao mesmo passo que ocorria essa ascensão da indústria, com a produção em massa, surgia uma ideia revolucionária: o socialismo, que pregava a destituição da burguesia dos meios de produção, colocando a classe trabalhadora na sua manutenção.

Na realidade, percebeu-se que a liberdade contratual se fazia de forma insuportável ao convívio social, justamente porque a classe trabalhadora era submetida a uma jornada de trabalho excessivamente alta, com baixos salários e

¹⁶ Art. 1.134, Code Civil. Texto original: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

condições insalubres, nascendo daí um ideal de que a propriedade privada deveria ser extirpada para dar início uma distribuição igualitária da riqueza em prol de todos.

2.2.1 A função social dos contratos e a boa-fé

A *Rerum Novarum*, de Leão XIII¹⁷, escrita em 1891, não fomentava a imposição de um regime socialista, mas sim de melhorias nas condições de trabalho, em que se propunha

O trabalho muito prolongado e pesado e uma retribuição mesquinha dão, não poucas vezes, aos operários ocasião de greves. É preciso que o Estado ponha cobro a esta desordem grave e frequente, porque estas greves causam dano não só aos patrões e aos mesmos operários, mas também ao comércio e aos interesses comuns; e em razão das violências e tumultos, a que de ordinário dão ocasião, põem muitas vezes em risco a tranquilidade pública. O remédio, portanto, nesta parte, mais eficaz e salutar é prevenir o mal com a autoridade das leis, e impedir a explosão, removendo a tempo as causas de que se prevê que hão-de nascer os conflitos entre os operários e os patrões.

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristo. (...) O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, para que o operário não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de família nem os hábitos de economia. Proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo [...]. (LEAO XIII, 1891, p.)

Karl Renner, jurista e político, com base em Karl Marx, sugere que o processo econômico de produção gera uma função econômica, que se vista em conjunto com os efeitos causados em sociedade, tornando-se uma função social¹⁸.

Importante ressaltar que Renner estabeleceu na Constituição Alemã de 1919 uma limitação legislativa e social à propriedade. O art. 153 afirma que “a Constituição garante a propriedade, cujo conteúdo e limites serão fixados pela lei. [...]. A propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum” (ALEMANHA, 1919).

¹⁷ LEAO XIII. *Enciclica rerum novarum on capital and labor*. Roma: Vaticano, 1891. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html >. Acesso em: 20 fev. 2012.

¹⁸ RENNEN, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1981, p. 49.

Outro jurista que também defendeu a ideia de uma função social foi Leon Duguit que informava que a solidariedade é um fenômeno social e, portanto, todo homem ao desempenhar seu papel individualista em sociedade deve utilizar de sua propriedade privada para a prosperidade e grandeza da sociedade¹⁹.

Entretanto, o referido autor, ao estabelecer que a propriedade deveria cumprir um papel social, suprime a ideia de que o proprietário poderia realizar a propriedade na forma como desejar (DUGUIT, 1975, p. 240), isto é, deve dar socialização à mesma.

Para que a propriedade privada pudesse, portanto, ser preservada, sem que uma revolução socialista viesse a lume, estabeleceu-se uma conciliação entre os interesses do capital e do trabalho.

Theodoro Jr. escreve que

A função social do contrato corresponde à necessidade sentida pelo Estado moderno de limitar a autonomia contratual, em face da exigência social de '*garantirre interessi generali o colettivi*' que não se satisfaziam dentro da sistemática do Estado Liberal. (THEODORO Jr., 2008, p. 53).

Se todo contrato deve cumprir uma função social, o que seria, então, a função social e como ela incidiria no direito contratual?

O contrato é a expressão designativa de uma operação econômica. Tal operação pode resultar numa compra e venda, numa prestação de serviços, numa doação, entre outros, conquanto torne-se claro que o contrato cumpre sua função social no momento em que ela circula bens ou serviços, mediante a distribuição de riquezas, tendo de um lado o adquirente, e de outro, o fornecedor, cada qual fomentando a circulação de crédito.

Com o advento do Código Civil de 2002 foi normatizado o princípio da função social do contrato, através do art. 421, que estabelece que a "liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Na realidade, além dos princípios já pré-estabelecidos acerca do Direito Contratual (liberdade contratual e obrigatoriedade do contrato) ocorreu a inserção de três novos princípios, quais sejam, boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social.

Importa, inicialmente, realizar uma abordagem sobre o princípio da função social do contrato, que estabelece que todo contrato deve se portar a uma justiça

¹⁹ Para uma leitura complementar: DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho: publico e privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

social, que nada mais significa do que respeito e lealdade aos deveres dos contratantes em relação à sociedade²⁰.

Preleciona Judith Martins-Costa que

a função social é uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual, o qual é reafirmado pelo novo código civil, estando na base da disciplina contratual e, constituindo o pressuposto mesmo da função social a que é acometida ao contrato. Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de limitação da liberdade contratual.²¹

O que se revela é que todo contrato, além de fazer lei entre as partes, obrigando-os aos seus termos, deve ser analisado de forma mitigada, considerando que deve cumprir uma função social, na medida em que seus efeitos não poderão afetar terceiros²².

Não se pode olvidar que o contrato ainda sim vincula as partes contratantes, pois a economia só consegue se desenvolver, no regime capitalista, com a realização de contratos, que tenham por finalidade a circulação de riquezas. Há uma tentativa recente, no Brasil, de adotar os novos princípios contratuais, ditos acima, em toda e qualquer relação jurídica negocial, na busca por um sistema que realize a justiça comutativa²³. Óbvio que, se não houvesse mais a vontade como precursora do sentimento de contratar, não haveria mais contratos. O problema se encontra arraigado na perspectiva econômica do contratual, segundo a qual basta que o contrato seja concluído e executado para gerar circulação de riqueza.

Alguns autores admitem, portanto, que, se o contrato é utilizado como forma de circulação de riqueza, ele cumpre a sua função social, haja vista que os efeitos jurídicos advindos de um contrato, poderão ser sentidos de forma direta ou indireta

²⁰ Neste mesmo sentido: AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. *In: Studia iuridica*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. 48, p. 380, 1999/2000. NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 498. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer). *Revista dos Tribunais*, 750/117. Este último informa que a Constituição da República ao instituir como princípio a livre iniciativa “*impõe ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculando de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade*”.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.166.

²² “O credor não pode, é certo, exigir a prestação devida senão do obrigado. Mas todo o terceiro que tivesse conhecimento da relação creditória seria (juridicamente) obrigado a respeitá-la, não lhe sendo lícito induzir o devedor a faltar ao cumprimento, celebrar com ele negócio que o impedisse de cumprir, nem destruir ou danificar a coisa devida.” VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000, v. I, n. 44, p. 175-176.

²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer). *Revista dos Tribunais*, 750/116,

por terceiros. Neste mesmo sentido, encontra guarida Theodoro Jr., Tepedino e Azevedo.²⁴

No período pós-Revolução Burguesa, os contratos eram tidos como circulação de riquezas entre seus contratantes, contudo, a evolução das sociedades permitiu assimilar que os contratos deveriam cumprir algo a mais, como um “mecanismo de equilíbrio social, de paz e de justiça”²⁵. E o capitalismo deveria se amoldar a tal pensamento, com o fito de se manter como regime econômico.

2.2.2 Perspectiva econômica dos contratos e os contratos privados

A vertente econômica contratual estabeleceu-se pela necessidade de consumo, não apenas e simplesmente em seu âmago de circulação de riqueza e aquisição de bens e serviços, mas sobre toda e qualquer relação jurídica cujo objeto seja suscetível à avaliação econômica. Por derradeiro, e conforme dito alhures, os contratos deixaram de ser objeto de criação de duas partes (bilateralidade), para atingir uma finalidade social, tendo novos adeptos à uma Teoria Social-Econômica do Contrato.

Ao contratante, é reservado o direito de receber aquilo que está inscrito no contrato, isto é, aceitar o encargo de realizar um determinado trabalho e esperar obter uma vantagem lícita econômica²⁶.

A principal forma de atender aos anseios sociais do contrato se dá pela vontade do legislador, que intervém na vontade do contratante, mitigando-a e

²⁴ “Ora, o contrato jamais terá semelhante objetivo [fazer com que as partes sejam iguais] porque não se trata de instrumento de assistência ou de amparo a hipossuficientes ou desvalidos. O único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação de riqueza (...)” THEODORO Jr., Humberto. O contrato e sua função social. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46. No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 148-149. Ainda AZEVEDO assevera que a função social do contrato deve ser visualizada a partir da análise do art. 170, caput da CR/88, sob a ótica de não causar prejuízo a terceiros, considerando o princípio da relatividade dos contratos. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer), Revista dos Tribunais, 750/117. Ainda, PIMENTA afirma que a função social da empresa está consignada no art. 170 da CR/88 (PIMENTA, Eduardo Goulart. Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no Código Civil e na Lei das Sociedades Anônimas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 29-31).

²⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 393

²⁶ PEQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administrative*. Paris: A. Pedone, 1945, p. 431.

tornando o contratante uma espécie de sujeito incapaz de ter autonomia pura de vontade.

Lobo (1995, p. 40-45) estabelece três formas de atuação técnica do legislador: a) o controle da escolha do outro contratante; b) o controle do tipo contratual, o que se nota pela obrigatoriedade de utilização de tipos contratuais; c) e o controle do conteúdo contratual, que deixa de ser livre para submeter-se à vontade da lei.

O problema encontra-se na forma pela qual o contrato será cumprido. Afirma Pinheiro e Saddi que “depende do sistema judicial de uma sociedade”²⁷. Destarte, se o contrato depende do sistema judicial, deve-se saber como o sistema judicial encara o contrato.

Na acepção econômica do contrato, tem-se a oferta e a sua contrapartida, a aceitação da oferta e a sua contrapartida e a liquidação da promessa. Se um sujeito “A” anuncia um veículo para venda a um preço “X”, tem-se a oferta. A sua contrapartida se consubstancia no sujeito “B” que avalia o veículo e decide pagar o preço anunciado. Tem-se a liquidação da promessa a partir do momento que “B” paga a “A” o preço “X” e recebe o documento único de transferência assinado e o veículo.

Para uma análise mais aprofundada acerca do aspecto econômico dos contratos, mister se faz o estudo acerca dos contratos entre particulares, que serão divididos em quatro tópicos: os contratos civis, os empresariais, os de consumo e os de trabalho. Este último se presta a um fornecimento de mão-de-obra com a promessa de contraprestação por parte do empregador. É negócio jurídico que cria uma relação de emprego, gerando direitos e deveres recíprocos.

A diferença deste tipo de contrato para os contratos civis e empresariais é que naquele uma parte goza da sua hipossuficiência, vale dizer que o empregado é a parte mais vulnerável da relação jurídica. Essa hipossuficiência advém do período pós-Revolução Industrial ocorrido na Inglaterra, no qual os industriais pagavam baixíssimos salários aos seus trabalhadores que empreendiam jornadas excessivas de trabalho, ocasionando, não raro, acidentes e mortes.

A proteção ao trabalhador, portanto, é uma conquista histórica, conforme ensinamentos de Delgado.

²⁷ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Curso de law & economics. Editora Campus: [sem data], p. 78.

O Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia -o obreiro-, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesse obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente. (DELGADO, 2004, p.197-198)

Sendo assim, o Direito do Trabalho tutela o interesse do empregador e do trabalhador, visando a uma relação isonômica entre as partes, regulamentando e protegendo este em face do poderio econômico que aquele possui.

No Direito do Trabalho, para que uma pessoa seja considerada empregada, é necessária a aceitação de 5 (cinco) elementos, descritos no art. 3º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), quais sejam: pessoa física, prestadora de serviços, cuja natureza seja não eventual a um empregador, sob a sua dependência e mediante retribuição (salário).

Neste ponto, importa salientar que a CLT disciplina exatamente essa relação de trabalho ou emprego. Todas as dúvidas são dirimidas por uma justiça especializada, que, de regra, decide casos em que um empregado demanda um direito perante um empregador, que é a Justiça do Trabalho.

Os contratos civis, a seu turno, são regulamentados pelo Código Civil de 2002, tendo como escopo as normas gerais, que serão mais bem tratadas em tópico próprio. Os contratos civis tem por objeto uma relação jurídica entre particulares, que, segundo a lei²⁸, encontram-se no mesmo patamar de igualdade e condições, por isso, o princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória do contrato se fazem mais presentes do que num contrato de trabalho.

Dito isso, é importante frisar que o Código Civil em seu livro II – Do Direito de Empresa, regula as relações empresariais. Utiliza, para tanto, as disposições

²⁸ Em exemplo, os Arts. 421, 422, 427 do Código Civil. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

contidas no referido livro, além das legislações esparsas e o direito das obrigações do Direito Privado, tudo com a finalidade de preservar o ramo do Direito Empresarial.

O empresário que trata o art. 966 é aquela pessoa, sujeito de direitos e deveres, que aparece nas relações jurídicas; é ele quem exercerá a atividade econômica. A ele serão dirigidos os atos jurídicos; será esse sujeito quem contrairá obrigações e exercerá seus direitos.

Diferentemente da pessoa do sócio, que se torna apenas uma pessoa que irá investir, inicialmente, seu capital para que o empresário possa realizar sua atividade, descrita no documento constitutivo. O sócio poderá aparecer nas relações jurídicas, mas apenas para dar voz à vontade do empresário. Toda obrigação, portanto, é contraída pelo empresário.

O empresário é o profissional que exerce com habitualidade, em nome próprio, uma atividade, extraindo dessa atividade as condições necessárias para se estabelecer e se desenvolver²⁹. Pode ser uma pessoa natural ou jurídica³⁰.

A atividade econômica é essencial à atividade empresarial. Vale dizer que o empresário visa ao lucro, portanto é o lucro subjetivamente considerado, *animus lucrandi*, simplesmente a intenção de obter lucro³¹. Se o empresário irá ter ou não o lucro, dependerá exclusivamente do ramo do negócio, da forma como fará a divulgação da sua atividade, como ela será exercida, do preço dos serviços ou produtos e dos demais fatores externos.

Pela organização, depreende-se que o empresário irá se organizar utilizando fatores de produção, tais como o capital, o trabalho e a atividade.

Toda atividade empresária visa à produção ou circulação de bens ou serviços. Por produção, entende-se o agrupamento de fatores e insumos para se gerar um produto ou serviço. A circulação é a operação pela qual se transfere um produto ou serviço de um titular para outro.

Com a instituição do Código Civil de 2002, que revogou a Parte Geral do Código Comercial de 1850³², os contratos empresariais são agora regidos pelas

²⁹ GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro. Revista dos Tribunais 831/147.

³⁰ RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). Direito de empresa no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37 - 71.

³¹ VASSALI, Filippo. *Trattato di diritto civile italiano*. Torino: UTET, 1973, v. XI, p. 12 – 14.

³² Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1o de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

disposições do Código Civil, que unificou o instituto das obrigações e contratos. São empresariais os contratos realizados entre empresários.

Neste contexto, é necessário informar que, no livro II do Código Civil, há uma diferença que deverá ser posta em debate, ou seja, o âmbito de aplicação dos contratos civis e dos contratos empresariais.

Se de um lado os contratos de trabalho vinculam o trabalhador e seu empregador, conforme estabelece a CLT, os contratos civis e empresariais vinculam particulares, numa relação jurídica, via de regra, paritária.

Um dos requisitos gerais de todo contrato é agente capaz, que, na esfera do direito empresarial, exige que ambas as partes sejam empresários. Isso porque, se apenas uma das partes for empresário e a outra um sujeito qualquer, pode-se ter um contrato de trabalho, um contrato civil ou um contrato de consumo.

Se os contratos empresariais são formados entre empresários, há aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas contratuais entre empresários? A pergunta pode levar a uma resposta que causaria uma interpretação errônea de todo o complexo de normas e princípios que regem o instituto dos contratos e do direito de empresa.

Ao se realizar um estudo sobre a origem do direito do consumidor, depara-se com diversos marcos que vão definindo o consumidor como sujeito fundamental do mercado e que serão objeto de estudo do capítulo 4.

Insta, contudo, esclarecer que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXII, estabelecia a necessidade de um sistema protetivo ao consumidor. Segundo Marques:

No campo prático dos fatos, com a proliferação dos contratos de massa, especialmente dos contratos de adesão, a liberdade contratual já se encontrava limitada. [...] A concentração das empresas e os monopólios, estatais ou privados, reduziram a liberdade de escolha do parceiro. [...] A nova concepção social levará a um renascimento do formalismo, pois o dever de empregar determinadas formas para o nascimento de obrigações jurídicas representa uma proteção extra para os contratantes menos preparados. [...] Por fim, cumpre mencionar que esta nova concepção de contrato trouxe como reflexo a possibilidade de o poder estatal, seja através do legislador, seja através do controle judicial ou administrativo, proibir determinadas cláusulas abusivas nos contratos de massa [...]. (MARQUES, 2006, p. 268 - 275).

Daí a necessidade de editar normas que limitassem a abusividade de cláusulas contratuais em detrimento do princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos.

Neste contexto, foi editada no Brasil, em 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, que contém em seu bojo características principiológicas de um microssistema multidisciplinar e de normas de ordem pública e de interesse social³³.

O conceito, trazido pelo art. 2º da Lei n. 8.078/90 – CDC, informa que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que utiliza ou adquire produtos e serviços como destinatário final.

Certo é que o dispositivo da lei consumerista é considerar como consumidora a pessoa jurídica, se utilizar ou adquirir bens ou serviços como destinatário final.

O direito norte-americano entende que consumidor seria apenas pessoa física que utilize ou adquira produto ou serviço e o consuma, sendo que o profissional e pessoa jurídica deveriam utilizar-se das relações comerciais para buscar a satisfação do seu direito.

Dentre as leis que regulam o direito do consumidor americano, pode-se citar *Fair Debt Collection Practices Act* (Lei que regula as práticas de cobrança de dívidas), *Fair Credit Reporting Act* (Lei que regula a divulgação de informações pessoais), entre outras.

Referidas normas tem como objetivo regular e disciplinar as práticas comerciais entre o consumidor, pessoa-física, e o fornecedor, geralmente pessoa jurídica.

As relações comerciais existentes entre pessoas jurídicas são reguladas pelo *Uniform Commercial Code* (Código Comercial Unificado) que, em seu Artigo 1º - Das Disposições Gerais, Segunda Parte - definições e princípios gerais de interpretação, §1-201, 11, informa que consumidor é um indivíduo que contrata uma operação para uso essencialmente pessoal, familiar ou para uso doméstico.

³³ Microssistema multidisciplinar porque há interdisciplinariedade com a Constituição da República de 1988, quando trata do Princípio da dignidade da pessoa humana, com o Código Civil, ao tratar da responsabilidade civil do fornecedor, traz também regras de direito processual, regras de sanções penais e administrativas. É lei principiológica porque seu corpo existem princípios, disposições básicas fundamentais, que visam reequilibrar uma relação jurídica desigual. E por último, traz normas de ordem pública e de interesse social, pois nestas o caso particular muitas vezes leva uma repercussão geral, atingindo toda a coletividade, enquanto que naquelas não podem ser derogadas pela vontade das partes.

Por sua vez, o *Consumer Protection Act*, 1986, estabelece em seu Capítulo 1; 2, “d”, “(i)”, em sua parte final, que não pode ser considerada consumidora aquela pessoa que adquire bens para fins de revenda ou para qualquer fim comercial.

O cerne da dissertação é questionar a aplicação do Direito Consumerista nas relações jurídicas contratuais entre empresários.

3 CONTRATOS DE CONSUMO E CONTRATOS EMPRESARIAIS

Os contratos em geral são disciplinados de acordo com os efeitos que eles geram entre as partes. As relações entre empregador e empregado são disciplinadas pelo Direito do Trabalho que corporifica e disciplina o regime de trabalho de acordo com a convenção das partes, denominado contrato de trabalho, em que uma das partes (empregado) emprega sua mão de obra na consecução de um determinado fim, para a produção de um bem ou de um serviço, sendo que a outra (empregador) realiza o pagamento relativo à mão de obra prestada.

O Direito Civil, a seu turno, disciplina as relações jurídicas entre particulares, tais como o contrato de compra e venda de bens móveis e imóveis a que se refere a disciplina do capítulo I, do título VI do Livro I do Código Civil. O que se verifica, entretanto, após a edição do Código Civil de 2002, é o fenômeno da unificação formal das obrigações civis e empresariais, haja vista que esse diploma revogou a parte geral do Código Comercial de 1850, que versava, entre outras, sobre contratos e obrigações mercantis. Seu art. 191 informava que era “considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes [...] contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor fosse comerciante”.

Em verdade, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, os consumidores eram submetidos ao regramento do direito civil, isto é, caso o fornecedor praticasse algum ato considerado abusivo, o Direito Civil era o ramo utilizado para a resolução daquele conflito. Assim, se o litígio era resolvido com bases no direito civil, verificava-se a aplicação do princípio da isonomia entre as partes, vale dizer que as partes concorriam entre si em pé de igualdade.

O direito empresarial (ou comercial, como preferem alguns autores³⁴) trata de matéria específica dos empresários, e suas atividades visam à circulação de riqueza por intermédio da melhor alocação dos fatores de produção. Já o direito do consumidor vem regular as relações contratuais entre um consumidor (destinatário final) e um fornecedor.

Neste contexto, o empresário realiza, para a consecução de seus objetivos, seja o lucro, seja a produção ou circulação de bens ou serviços, diversos contratos,

³⁴ Existe uma discussão acerca da nomenclatura dada ao ramo do Direito, que não será objeto deste estudo, haja vista que estas são consideradas sinônimas, por buscarem disciplinar as atividades geradoras de riqueza, produzidas por agentes econômicos.

de diversas naturezas. Os agentes econômicos³⁵ que acordam com o empresário podem ser o Estado, o trabalhador, o consumidor e outros empresários; havendo, por assim dizer, uma cadeia de pessoas que são atingidas, direta e indiretamente, pelo exercício da atividade empresarial.

Para o estudo desses fenômenos contratuais, mais precisamente dos contratos empresariais e de consumo, necessária se faz uma recordação histórica acerca dos objetivos, das partes envolvidas e, sobretudo, da análise sobre a unificação do direito civil e do direito empresarial.

Para o direito empresarial, são aplicadas regras específicas dos contratos mercantis, regulados pelo Código Civil. E para o direito do consumidor, há a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Denota-se uma quantidade de leis que, se aplicadas de forma negligente, poderão causar injustiças e insegurança jurídica, capazes de tolher a livre iniciativa. A tal fenômeno de leis que poderiam ser aplicadas a um caso, dá-se o nome de pluralismo pós-moderno³⁶, que significa que quanto maior for a quantidade de leis, maior será a necessidade de analisar a aplicação, eficácia e eficiência das mesmas³⁷, exigindo uma coordenação de leis de um mesmo ordenamento jurídico.

³⁵ FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28.

³⁶ Segundo Erik Jayme, as características, os elementos da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de *le retour des sentiments*, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (*Zersplietierung*), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma realçao, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o *Double coding*, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, no direito à diferença e ao tratamento diferenciado dos diferentes ao privilégio dos 'espaços de excelência'. JAYME, Erik apud MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 27.

³⁷ A questão do pluralismo jurídico ou policentrismo jurídico é saber se vigoraria um único sistema de leis no ordenamento jurídico, através da prevalência de uma lei sobre a outra, ou se existiria um funcionamento paralelo de muitos sistemas de leis. SABADELL, Ana Lucia. Manual de sociologia jurídica. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 134 - 148. MARQUES informa que *Na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (Direito Intertemporal) encontram seus limites. Isto ocorre porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propor Erik Jayme o caminho do "diálogo das fontes", para a superação das eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002. [...] há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo*

O pluralismo jurídico é verificado nos contratos empresariais e de consumo, haja vista que em ambos os institutos são aplicadas leis ordinárias, o que gera o conflito de normas. Neste contexto, em determinados casos, independente do objeto do contrato e o fim a que se propõe, aplicar-se-á uma lei em detrimento da outra. De um lado, o Código Civil, que regula os contratos empresariais; e, de outro, o Código de Defesa do Consumidor, que regula os contratos consumeristas.

Para a superação dos conflitos entre as leis consumeristas e mercantis, o esboço histórico se faz fundamental, principalmente, para delinear o âmbito de aplicação de uma norma e outra.

A Comissão Elaboradora do Projeto de Código Civil Brasileiro estabeleceu³⁸ que não houve pretensão de unificar o direito privado (direito civil e direito empresarial), apenas o instituto de direito obrigacional. Ao aspecto material, tanto o direito civil, quanto o direito empresarial possuem princípios próprios e regras que lhe são peculiares, apesar de serem tratadas formalmente pelo mesmo diploma legal.

Da análise do Código Civil, o direito obrigacional disciplina tanto os contratos civis, quanto os contratos empresariais; sendo necessária, portanto, uma compreensão técnica acerca da aplicação das normas relativas ao direito obrigacional, nas relações jurídicas entre particulares e entre empresários.

Posteriormente, na visão do direito do consumidor, têm-se as relações jurídicas compostas por princípios que lhe são inerentes e descritos no art. 4º³⁹ da

de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluído, mutável e complexo. (MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju, v. 7, p. 15-54, 2004.)

³⁸ Visão Geral do Novo Código Civil. www.miguelreale.com.br

³⁹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Lei n. 8.078/90, sendo indispensável uma interpretação acurada das vertentes que cercam o direito empresarial, no que tange aos contratos mercantis e ao direito do consumidor, quando envolvem as relações jurídicas em que ambas as partes são empresários.

3.1 O direito obrigacional e sua unificação

Com bastante propriedade, Fiorgioni, em sua dissertação, que mais tarde foi objeto de publicação do livro “A Empresa no Código Civil: elemento de unificação do Direito Privado”, revela a influência da historicidade⁴⁰ do direito comercial sobre o direito obrigacional.

Não se prestará o presente trabalho a esmiuçar a história do direito comercial. Contudo, fixar-se-ão momentos que informarão a origem e o desenvolvimento do direito comercial, até os dias atuais.

O direito comercial nasce do Código de Hamurabi⁴¹, que estabelece algumas linhas sobre o direito contratual, tais como contrato de depósito, empréstimos com ou sem juros e formas de pagamento de obrigações (por mandato)⁴². Dessa forma, iniciando-se, timidamente, o desenvolvimento do direito comercial⁴³.

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

⁴⁰ *Conceituar o direito comercial e fixar os elementos definidores da distinção das atividades de natureza civil da comercial significa olhar o direito sob a ótica da história.* LIPPERT, Marcia Mallmann. A empresa no código civil: elemento de unificação no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

⁴¹ Cf. ESCARRA, Jean. Manuel de droit commercial. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1947, v. 1.

⁴² FERREIRA, Waldemar. O estatuto do comerciante e da sociedade mercantil. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, v. 1, p. 26-27.

⁴³ Parte-se dessa premissa, pois vários países, tais como Egito e Grécia, utilizaram o direito contratual estabelecido pelo Código de Hamurabi como forma de estabelecer e desenvolver o comércio marítimo. Após, os estudos se voltam ao povo Fenício que eram comerciantes, utilizaram os usos e costumes para difundir seus produtos, exímios fabricantes de tintas, sedas e lãs da Índia. Até o período de VII a.C. o comércio se estabelecia por meio dos usos e costumes, sendo que o início das codificações vieram do povo Grego que criaram os bancos e os títulos de crédito, que estabeleceram uma série de normas consuetudinárias. Após esse período, os romanos criaram e fizeram circular a moeda, como forma de suficiente para suprir as necessidades do império.

Ele não teve grandes evoluções até a Era Medieval, tendo esta sido classificada por diversos autores como a Fase Subjetiva⁴⁴ do direito comercial, caracterizada por um sistema jurídico corporativo, formado pelos mercadores, que passaram a disciplinar e normatizar o direito comercial. Ascarelli afirma que o direito comercial na fase subjetiva é oriundo do nascimento da “burguesia das cidades”⁴⁵, que gozavam de uma autonomia em relação ao Estado capaz de desenvolver as corporações.

O Absolutismo, iniciado no século XVI, é caracterizado pelo poder político do monarca, que também fazia as vezes do poder legislativo. Verçosa (2004, p. 38) estabelece que o monarca retira dos comerciantes a livre regulamentação (usos e costumes) e redireciona para um “direito nacional e predominantemente legislado”⁴⁶.

Cavalli assevera que toda a regulamentação do direito, que ficara nas mãos do soberano, também exerceu seu papel perante o direito comercial⁴⁷, momento em que se estabeleciam diretrizes de atuação e de não atuação do ofício, e início do mercantilismo, que se fortificou face à exploração marítima, fazendo com que o estado se expandisse e permanecesse nas mãos de uma unidade jurídica.

Como o papel do soberano não era apenas político, mas também legislativo, e, como dito acima, visava à fortificação do estado unitário⁴⁸, as leis tiveram um papel preponderante da evolução do direito comercial. A exemplo disso, citam-se as *Ordennance Du Commerce*, de 1673, e a *Ordennance de la Marine*, de 1681, que

⁴⁴ CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 19. LIPPERT, Marcia Mallmann. A empresa no código civil: elemento de unificação no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42. TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5-8. v. 1.

⁴⁵ ASCARELLI, Tullio. Panorama do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 23.

⁴⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38. v. I.

⁴⁷ O soberano ditava o número de membros das corporações, impunha severos limites à produção, controlava as grandes companhias, estabelecia incentivos fiscais, fixava os preços máximos e outros procedimentos, de modo que a indústria estava ‘cerceada por uma tal rede de pode e não pode e por um exército de inspetores abelhudos que impunham os regulamentos prejudiciais’. [...] É nessa época que surgem as grandes companhias comerciais. Desta maneira, por um lado, as corporações de ofício passaram a ser controladas pelo soberano, e, por outro lado, as grandes companhias de exploração ultramarina, que possuíam um forte cunho publicístico, eram constituídas apenas com a permissão do monarca e cujo capital era em grande parte da Coroa. (CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 27-28).

⁴⁸ Assim, o estado nacional tendia a ser [...] única fonte de direito, ao contrário do que sucedia antes, e reivindicava exclusiva soberania, no campo interno como no internacional, negando a legitimidade de qualquer instância superior e reivindicando, para si, para preenchimento de sua tarefa, aquela *plenitudo potestatis* que, anteriormente, era disputada entre papado e império. (ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 47.).

fizeram “ com que o direito comercial permanecesse como um corpo autônomo de normas”⁴⁹.

Neste contexto, as corporações, antes baseadas nos costumes e usos, foram substituídas pela lei, que enfraqueceu os poderes das corporações de um lado, ampliando-se significativamente a aplicação do direito comercial, haja vista que sua incidência não se dava mais por aqueles que faziam parte das corporações, mas sim, pela qualificação e pelo exercício do ato⁵⁰.

Iniciava-se, portanto, a transição da fase subjetiva para a fase objetiva do direito comercial.

Entre a fase subjetiva e a fase objetiva do direito comercial, a Europa passava por transformações de ordem econômica e política. Se pelo período subjetivo o comerciante era assim denominado se estivesse inscrito em uma corporação, a transição se iniciava com julgamento pelos tribunais consulares de casos de pessoas não matriculadas (não-comerciantes) nas corporações⁵¹.

Em paralelo à ampliação da competência judicante dos tribunais consulares, o Estado fazia seu papel disciplinador, atraindo a regulamentação do Direito. A Revolução Francesa, ocorrida no final do século XVIII, é o marco histórico do Direito comercial, superando-se os privilégios feudais, em prol da igualdade e da liberdade de contratar⁵². Aprioristicamente, os comerciantes criavam o direito comercial mediante a utilização dos usos e costumes. Eles eram regulados por um tribunal consular, e, ademais, se submetiam a um direito alheio ao direito estatal⁵³. Com a queda do absolutismo⁵⁴, dá-se início a mais uma fase do direito comercial, no qual o

⁴⁹ O direito costumeiro e estatutário das corporações de ofício diluía-se no direito estatal que se formava. O direito comercial, no entanto, apesar de, em sua origem, aparentar-se com os direitos autônomos das diversas classes sociais existentes nas cidades, logrou manter a sua autonomia [...]. CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 29.

⁵⁰ ASCARELLI, Tullio. Panorama do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 29-30.

⁵¹ TOMAZETTE elenca que o crescimento econômico da burguesia e suas relações com não-comerciantes desencadearam a necessidade de tribunais julgarem litígios envolvendo duas partes, sendo uma delas, não-comerciante. TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7. v. 1.

⁵² CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 48.

⁵³ LIPPERT, Marcia Mallmann. A empresa no código civil: elemento de unificação no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 45-48.

⁵⁴ Afirma-se que o absolutismo foi marcado pela diminuição dos poderes dos comerciantes, que se deu pela avocação, pelo soberano, do Poder Legislativo, inclusive na matéria comercial. É importante frisar que mesmo o soberano editando normas regulamentadoras do direito comercial, este ramo manteve sua autonomia, principalmente, tendo em vista que as próprias normas eram editadas tendo em vista os costumes praticados. CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 31.

interesse do particular⁵⁵ deveria ser o foco do Estado, que garantiria a liberdade de contratar, interferindo apenas em questões de ordem pública, tal como a segurança nacional. Ocorre, portanto, a dicotomia do Direito Público e do Direito Privado⁵⁶.

O Iluminismo (racionalismo) reacendeu uma discussão acerca do direito natural, aplicado ao direito privado, em que o indivíduo deveria ser o objeto central da produção legislativa, e não mais o Estado⁵⁷. Em meio aos anseios e às necessidade de liberdade individual, ascendeu a Revolução Francesa, caracterizada pela “indomável rebeldia contra as formas de propriedade que estavam entravando o desenvolvimento econômico da sociedade” (GOMES, 1941, p. 595). A Revolução Francesa⁵⁸ foi a chave para o liberalismo jurídico.

Para o direito comercial, a valia da Revolução Francesa, sucede a liberdade de contratar, e as regulamentações do comércio se dão mediante edição de leis⁵⁹.

⁵⁵ *As transformações materiais por que passava a sociedade de então criaram condições objetivas que facilitaram aos filósofos revolucionários uma fiel tradução espiritual da realidade nascente. Foram, pois os novos dados econômicos que impuseram, predominantemente, a substituição das matrizes filosóficas do Direito. O individualismo jurídico, penetrando a fundo na concepção do Direito Natural, forneceu material adequado à construção da nova ordem jurídica. A concepção individualista do Direito nutre-se na ideia de que o homem tem direitos inseparáveis da condição humana. Esses direitos são superiores, em conteúdo e extensão, às leis do Estado. O que significa que nenhuma norma jurídica pode contrariá-los, ou mesmo restringi-los.* GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. *Revista Forense*, v. 85, mar., 1941, p. 591.

⁵⁶ Cf. CAVALLI, Cássio. *Direito comercial: passado, presente e futuro*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 37-43.

⁵⁷ [...] o jusnaturalismo do século das luzes afirmava vigorosamente tal distinção [sobre a distinção entre o direito e o comando do Estado]; coadunando-se com a tradição da renascença, assentava o direito na razão, em contraposição, de um lado, com a autoridade do passado, do outro, com a concepção autoritária do estado. Finalidade da lei já é garantir os que se chamaram direitos naturais, ao passo que, anteriormente, o direito visava a conservação do sistema existente, de acordo com a feição ‘estática’ então peculiar da concepção da sociedade. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 51.

⁵⁸ A invenção da máquina rasgava para a humanidade perspectivas alvissareiras, imprimindo à economia uma nova orientação. As forças produtivas, desencadeadas pela Revolução Industrial, não podiam expandir-se no ambiente de restrições imposto pela concepção feudal da propriedade. Uma contradição insolúvel acentuava-se, dia a dia, entre o novo método de produção e as antiquadas formas de propriedade. Revoltavam-se assim, os fatos contra a lei. E, como sempre, os fatos se impuseram. Deste modo, não é difícil compreender por que um dos principais propósitos da Revolução Francesa foi a destruição da propriedade feudal, para um reajustamento imprescindível às novas condições econômicas, geradas pelo maquinismo incipiente. GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. *Revista Forense*, v. 85, s.n., mar., 1941, p. 595.

⁵⁹ Noutro patamar, a sistematização do direito através da codificação, com fortes influências jusnaturalista e racionalista, acentuou a prevalência dos interesses do indivíduo em detrimento do Estado. “[...] o sistema de direito privado que se consolidou, para deixar claro, com a Revolução Francesa constituía, por sua vez, a codificação de um novo sistema econômico que pressupunha uma determinada distribuição de riqueza, baseada, por sua vez, na supressão de velhos privilégios e na identificação da propriedade ‘burguesa’ à ‘feudal’. Compreende-se, assim, como nesse sistema se assistisse à exasperação da defesa da propriedade, que constituía o símbolo da liberdade econômica”. GIORGIANNI, Michele. *O direito privado e as suas atuais fronteiras*. *Revista dos Tribunais*, v. 747, jan., 1998, p. 48.

As transformações comerciais e a sua regulamentação estatal extinguiram as corporações⁶⁰, que eram reputadas obsoletas em face da existência de monopólios, privilégios e dos poderes das mesmas. Lembra-se que Revolução Francesa pregava o *laissez faire*⁶¹.

Inserido nesse panorama histórico de dicotomia, público-privado, o direito comercial seguiu os ramos do privatismo⁶², em razão da insuficiente gerência estatal⁶³.

A França, então, face às atividades econômicas civil e comercial, editou dois códigos, o civil e o comercial. Essa nova dicotomia referenda-se ao fato de que o direito civil é incapaz de encampar as peculiaridades do direito comercial⁶⁴.

O *Code de Commerce* marcou o início da fase objetiva, que estabelecia que eram os atos jurídicos praticados pela pessoa que determinavam ser ela comerciante. Exclui-se, portanto, a qualificação profissional e a participação da pessoa na corporação⁶⁵.

O legislador francês buscou por meio da Teoria dos Atos de Comércio⁶⁶ estabelecer as atividades que poderiam caracterizar um comerciante, dentro do princípio da igualdade, visando acabar com a

⁶⁰ Lei *Le Chapelier*, de 14 de junho de 1791. LIPPERT, Marcia Mallmann. A empresa no código civil: elemento de unificação no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

⁶¹ A tradução literal é “deixai fazer”, que expressa o pensamento do liberalismo econômico, em que o mercado se regula automaticamente, conforme dito no primeiro capítulo, com a Teoria da Mão Invisível de Adam Smith.

⁶² Cf. CORDEIRO, Antônio Menezes. Manual de direito comercial. Coimbra: Almedina, 2001, p. 34. v. I.

⁶³ Criou-se um novo problema, o direito civil estaria abarcando o direito comercial, unificando as disciplinas e tratamentos? TEPEDINO (2001, p. 3) afirma que “cumpriria [o direito civil] garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas”. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito civil. In: Temas de Direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

⁶⁴ CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 52-55.

⁶⁵ *O direito comercial passa a ser o direito dos atos de comércio, praticados por quem quer que seja, independentemente de qualquer qualificação profissional, ou participação em corporações. Tenta-se atingir a principal aspiração do direito mercantil, qual seja, a de disciplinar todos os atos constitutivos da atividade comercial.* TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9. v. 1.

⁶⁶ Os atos de comércio são definidos como qualquer ato jurídico especial que tenha o condão de estabelecer caráter econômico a uma atividade de produção ou circulação de bens ou serviços, definidos em lei. FERREIRA, WALDEMAR. O estatuto do comerciante e da sociedade mercantil. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 89. Doutrinariamente, a Teoria dos Atos de Comércio foi dividida em dois sistemas, o enumerativo e o descritivo. O primeiro elencava os atos considerados mercantis, o que permitia “a interpretação analógica e não-fechada (*numerus clausus*)” LIPPERT, Marcia Mallmann. A empresa no código civil: elemento de unificação no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53-54. Já pelo sistema descritivo a lei fica responsável por descrever as características de um ato de comércio, e se determinado ato que não for eminentemente civil poderá ser considerado como mercantil. Cavalli (2012, p. 71-79) acentua que os atos de comércio

arbitrariedade da associação profissional, das corporações, de decidir se determinado cidadão poderia ou não ser comerciante. Praticados os atos previstos como de natureza comercial, aí sim o comerciante passaria a gozar de determinados privilégios. (LIPPERT, 2003, p. 51).

Sobre a interpretação da dualidade – direito civil e direito comercial –, o *Code de Commerce* não estabeleceu regras em direito obrigacional e contratos, que somente foi inaugurada na metade do século XIX⁶⁷, tendo o condão apenas de notar a autonomia do direito comercial.

Neste íterim, a regulação das obrigações e dos contratos mercantis teria como substrato o direito civil, podendo acarretar o emperramento das relações comerciais, considerando que o direito comercial possui como característica a elasticidade⁶⁸.

A proposta de unificação do Direito civil e do Direito comercial data de 1859, quando Teixeira de Freitas apresentou um projeto de Código Civil, ao argumento de que todos os atos realizados podem ou não ser comerciais⁶⁹. Após, várias foram as propostas apresentadas a fim de unificar o Direito Privado⁷⁰.

O Brasil, em 1850, adotou a teoria dos atos de comércio, que informava que “ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos

foram divididos em atos por si mesmos ou por natureza, que consistiam no exercício habitual de intermediação de “troca de coisas móveis”; atos por dependência ou conexão, que eram os atos praticados pelo comerciante, ainda que não caracterizado como ato de comércio, mas que faz parte da atividade do mesmo para a consecução de seu empreendimento; e atos de comércio por força ou autoridade de lei. Aliada aos atos de comércio surgiu a teoria mista que FERREIRA (p. 140) conceitua como sendo o ato jurídico poderia ser híbrida, isto é, de naturezas civil e mercantil. Exemplificando, a relação entre um não-comerciante e um comerciante, aplicar-se-ia as regras de natureza civil ao primeiro e ao segundo, as de natureza mercantil.

⁶⁷ CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 57.

⁶⁸ Por esta razão, a aplicação do direito comercial continuaria fundada na antiga noção de aplicação equitativa e na abertura de um maior espaço normativo para os usos e costumes. In CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 57.

⁶⁹ BARRETO FILHO, Oscar. Síntese da evolução histórica do Direito comercial Brasileiro. In RDM, 15 [24]: 23-27, 1976. MARTINS, Fran. Curso de Direito comercial, 1976, p. 53. FERREIRA, Waldemar. Instituições de Direito comercial. v. 1/102.

⁷⁰ I Congresso Jurídico Brasileiro, em 1908 e a proposta de unificação em 1911, pelo jurista Inglês de Souza. E em 1916 quando da “Nova Consolidação das Leis Cíveis”, de Carlos de Carvalho. O direito obrigacional que foi tratado de forma semelhante pelo Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, dos juristas Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Philadelpho Azevedo. Cf. ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Novo Código Civil: a unificação das obrigações e o novo direito empresarial. São Paulo: Manole, 2002, p. 6-8.

Tribunais do Comércio do Império e faça da mercancia profissão habitual”⁷¹. Por mercancia entendia-se que era a “prática dos atos de comércio”⁷².

O elenco dos atos de comércio ficou a cargo do Regulamento n. 737/1850⁷³, que estabelecia:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem.

§ 3º As empresas de fabricas; de com missões ; de depositos ; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos.

§ 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio marítimo.

§ 5.º A armação e expedição de navios.

(BRASIL, 1850)

Portanto, o Brasil adotou o modelo francês, aplicando o sistema enumerativo⁷⁴.

Mesmo com as diversas alterações introduzidas ao longo do tempo, tais como a extinção dos tribunais do comércio, submetendo a jurisdição das causas comerciais aos juízos de direito e delegando funções administrativas às Juntas Comerciais, em 1875, através da Lei n. 2.662, de 9 de outubro, o Código Comercial de 1850 resistiu até 2002, com a entrada do Código Civil.

O Código Comercial foi bastante criticado e perdurou por 152 anos, até a sua revogação parcial em 2002, com a publicação do Código Civil.

Presentemente, o sistema jurídico empresarial é caracterizado pelo subjetivismo moderno⁷⁵, considerado como a terceira fase do direito empresarial, em

⁷¹ BRASIL. Art. 4º Lei nº 556, de 25 de jun. de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 10 jun. 2012.

⁷² SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. Revista de Direito Mercantil, v. 39, n. 119, jul./set., 2000, p. 100.

⁷³ BRASIL, Decreto nº 737, de 25 de nov. de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1800-1850/D737.htm> Acesso em: 28 mai. 2012.

⁷⁴ Explica LIPPERT (2003, p. 56-57) que com a vinda da família imperial portuguesa ao Brasil, face a invasão francesa, o país passou a se desenvolver burocrática e juridicamente, referenciando, por conseguinte, o *Code de Commerce*, apesar do tratamento original dado por Carvalho de Mendonça, em que o “Código brasileiro foi o primeiro trabalho original que, com feição nova, apareceu na América. Outros países publicaram Códigos em 1826, 1844 e 1845, traslados fiéis do Código francês e do espanhol. O nosso não era cópia servil de nenhum deles. Apresentava cunho singular, respeitando a tradição jurídica e mostrando adiantamento notável sobre os seus modelos”. (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de direito comercial brasileiro. Atual. por Ricardo Negrão. v. 1, Livro 1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 115., corroborado pelo pensamento de Cândido Mendes *in* Princípios de direito mercantil, pelo Visconde de Cairu, Introdução, p. DCV LVIII do v. I).

que o empresário é assim caracterizado por exercer uma atividade economicamente organizada, com intuito de produzir ou circular bens ou serviços⁷⁶.

O empresário está definido no art. 2.082⁷⁷ do Código Civil Italiano, que estabelece que é aquele que exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim de produção ou de troca de bens ou de serviços.

Considerando a dificuldade jurídica de conceituar de forma clara e precisa o empresário, tendo em vista a nova teoria italiana (da Empresa), Asquini (*apud* COMPARATO, 1996, p. 110-126) analisa economicamente os aspectos jurídicos da empresa⁷⁸.

FÉRES (2004, p. 52) informa que, por uma questão didática, a análise do conceito de empresário, deve partir do conceito de empresa, na acepção jurídica, que é uma atividade econômica organizada com a finalidade de produzir, ou circular, bens ou serviços. Economicamente, a empresa pode ser considerada como um organismo que, organizando os fatores de produção, atende aos anseios do mercado⁷⁹.

⁷⁵ O Código Italiano de 1942 marcou o início da concepção moderna de empresa não pelo conceito em si, mas pelos elementos que a compõe. [...] Efetivamente a empresa passou a ocupar um papel social significativo, pois é dela que provêm bens, serviços e receita fiscal do Estado. LIPPERT, Marcia Mallmann. A empresa no código civil: elemento de unificação no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114-115.

⁷⁶ GONTIJO realiza uma compreensão tipológica do art. 966, do CC, em seu artigo intitulado "O empresário no Código Civil brasileiro", publicado pela Revista dos Tribunais 831/147.

⁷⁷ Texto original: *Art. 2082 – Impreditore: E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)*. Disponível em: < http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib5.htm>. Acesso em: 18 jun 2012.

⁷⁸ Perfil subjetivo (a empresa como empresário) é o sujeito de direitos. Perfil funcional da empresa, sendo uma fonte de produção através de uma atividade econômica. Perfil patrimonial da empresa como estabelecimento, através do qual o patrimônio que era utilizado pelo empresário para atingir uma finalidade, que poderia ser azindal, que é o 'complexo de relações jurídicas heterogêneas (reais, obrigacionais, ativas e passivas), tendo objetos heterogêneos (materiais, móveis, imóveis e imateriais, serviços), cujo conjunto é compreendido como uma universalidade de direitos' (LIPPERT, 2003, p. 116) e *azienda res* sendo o conjunto de bens necessários à atividade empresarial. E por fim, o perfil corporativo que 'seria a soma dos colaboradores do empresário o que tornaria a empresa uma organização de pessoal'. (LIPPERT, 2003, p. 116). Mais informações, confira: ASQUINI, Alberto *apud* COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nova série, ano XXXV, n. 104, p. 110-126, São Paulo, out./dez. 1996.

⁷⁹ Assim, "não é mais a atividade empresarial desse ou daquele tipo a conotar, um pouco forçadamente, com ato qualificado; mas são os atos a inserirem-se na atividade, constituindo elementos ou momentos particulares e conceitualmente subordinados" FÉRES, Marcelo de Andrade *apud* RIVOLTA, Gian Carlo M. Empresa e Empresário: do Código Civil Italiano ao Novo Código Civil Brasileiro. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). Direito de empresa no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53.

A Teoria da Empresa, oriunda da Itália, se desenvolveu a partir do conceito clássico de comerciante, ou seja, aquele que praticava atos de comércio⁸⁰, razão pela qual foi considerada como um conjunto de atos ordenados a um determinado fim, ou seja, a empresa era uma atividade.

No período Pós-Revolução Industrial, diversas atividades se desenvolveram e deram vazão a uma ampliação das atividades do comerciante⁸¹; sendo, então, atividades relacionadas ao tráfego econômico, indispensável ao crescimento e desenvolvimento da sociedade.

As atividades econômicas, enquanto atos coordenados, tornam obsoleta a Teoria dos Atos de Comércio, principalmente, por englobar os setores industrial, agrário e de serviços. Isso porque, a empresa abandona “a tormentosa teoria dos atos de comércio e [volta] as suas atenções para um campo mais amplo da atividade de especulação realizada em mercados”⁸².

A empresa, segundo, Vivante (1932, p. 131) “é um organismo econômico que, por seu próprio risco, recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado à troca”. Retirou-se, destarte, o conceito mínimo de comerciante (aquele que realiza atos de especulação sobre o trabalho⁸³), trazendo um aspecto econômico a determinadas atividades que eram atos civis, mas, que em razão da sua essência comercial (empresa), gozavam de proteção das leis comerciais⁸⁴.

O Brasil encampou a Teoria da Empresa, trazendo para o Código Civil de 2002 a figura do empresário, informando no art. 966 que é considerado empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Para Gontijo (2004, p. 28) o empresário se constitui a partir da análise do tipo constante no art. 966, *caput*, do Código Civil, que se consubstancia na existência de

⁸⁰ CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 108.

⁸¹ Na esteira das transformações econômicas por que passaram os países ocidentais ao longo dos séculos XIX e XX, representadas pela Revolução Industrial, pela concentração de grandes massas em centros urbanos e pela Revolução Pós-Industrial, ampliou-se sensivelmente o conceito de empresa. CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 111.

⁸² CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 112.

⁸³ ROCCO, Alfredo. Princípios de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 222.

⁸⁴ CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 116. Ainda CORDEIRO, Antônio Menezes. Manual de direito comercial. Coimbra: Almedina, 2001, p. 95-96. v. I.

profissionalidade, que é o exercício habitual e em nome próprio de uma atividade, atividade esta que deve conter o caráter econômico, isto é, a busca pelo lucro. Como terceiro elemento, Gontijo (2004, p. 28) informa a necessidade de haver a organização que está ligada ao exercício da atividade de forma “concatenada, articulada, e, não desconexa ou caótica”⁸⁵. Por último, diz-se que a atividade do empresário “se liga à produção ou à circulação de bens ou serviços”⁸⁶.

O que se buscou, até o momento, foi informar a evolução do direito obrigacional em conjunto com o direito empresarial, sendo indispensável analisar seus efeitos.

3.2 Efeitos da unificação do direito obrigacional

O direito obrigacional, mesmo com o advento do Código Civil de 2002, que revogou parcialmente o Código Comercial de 1850, estabelece distinção entre o Direito civil e o Direito Empresarial, como se verá adiante.

Até o Código Civil de 2002, juristas iniciaram um acirrado embate acerca da unificação do direito obrigacional.

O Código Comercial de 1850 estabelecia, em seu art. 121, que os contratos mercantis eram disciplinados pelo código, aplicando-se, subsidiariamente, as regras da lei civil. Ademais, os contratos mercantis eram disciplinados de forma diversa, mesmo tendo o mesmo objeto no âmbito civil ou comercial⁸⁷.

Presta-se a aferir que as normas obrigacionais de direito civil e direito comercial poderiam ser tratadas numa única legislação; havendo, outrossim, autonomia⁸⁸ de ambos os ramos do direito privado. A premissa encabeçada por Alfredo Rocco pode

⁸⁵ GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil Brasileiro. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 94, p. 19-36, jan/mar, 2004, p. 28.

⁸⁶ GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil Brasileiro. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 94, p. 19-36, jan/mar, 2004, p. 28.

⁸⁷ Exemplificativamente, podemos citar o art. 137 do CCo, segundo o qual a obrigação mercantil que não tivesse prazo certo para vencimento seria exequível dez dias após a sua assunção. Em contrapartida, o Código Civil de 1916, art. 952, estabelecia que a obrigação sem prazo certo era imediatamente exigível. LIPPERT, Marcia Mallmann. A empresa no código civil: elemento de unificação no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

⁸⁸ “O direito comercial poderia permanecer um direito autônomo e, portanto, a ciência comercial uma ciência jurídica autônoma, ainda que as normas do direito comercial estivessem contidas num código único, conjuntamente com as normas do direito civil das obrigações”. ROCCO, Alfredo. Princípios de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 65.

ser verificada em outros juristas⁸⁹, e nas palavras de Fransceschelli (1970, p. 72), “[o]ntologicamente o bem é sempre o mesmo. Mas a sua destinação de fato a um processo produtivo muda nitidamente a função, o valor, o relevo, a importância social⁹⁰”.

Outros autores, contrários à dicotomia entre o direito empresarial e o direito civil⁹¹, alegam que há uniformidade de tratamento nas obrigações do direito civil e comercial; parecendo justa, portanto, que as obrigações sejam tratadas num único diploma. Informam ainda que os princípios de direito comercial não são distintos ao do direito civil, sendo as normas de direito comercial parte do sistema geral do direito privado.

Ademais, importa esclarecer que Vivante (1992) se retrata e reconhece que o direito comercial é dotado de princípios próprios, regras próprias que permitem o seu desenvolvimento, sendo que o direito civil seria incapaz de tutelar os interesses do particular e dos comerciantes⁹².

Rocco (1931, p. 40) estabelece que a autonomia do direito comercial poderia ser tratada numa dupla perspectiva, de forma e de conteúdo.

Cavalli (2012, p. 59) afirma que os princípios gerais de direito comercial garantem a autonomia, conferindo-lhe “homogeneidade”, diverso do direito civil. O Direito comercial possui como princípios basilares, continua o autor, “informalismo, cosmopolitismo, onerosidade, solidariedade presumida e distintos prazos

⁸⁹ MARTINS, Fran. Curso de direito comercial. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 35. FRANCO, Vera Helena de Mello. Manual de direito comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 30. COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 28. ASCARELLI, Tullio. Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 142.

⁹⁰ FRANSCESCHELLI, Remo. Dal Vecchio al nuovo diritto commerciale. Milano: Giuffrè, 1970, p. 72. “*Ontologicamente Il bene è pur sempre lo stesso. Ma La sua destinazione in atto ad un processo produttivo ne muta nettamente la funzione, Il valore, Il rilievo, l'importanza sociale*”.

⁹¹ VIVANTE, Cesare. Trattato di diritto commerciale. 5. ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1, p. 8. FERRARA JUNIOR, Francesco, CORSI, Francesco. Gli imprenditori e Le società. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 18-19. COSTA, Philomonte J. da. Autonomia do direito comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

⁹² [Na] preparação de um Código de comércio prevalece o estudo às vezes empírico, dos fenômenos técnicos; na do direito civil prevalecem as exigências de uma profunda coesão e de uma disciplina sistemática dos conceitos mais gerais. Na compilação do primeiro, prepondera o espírito de indução e observação; no outro, o de uma lógica de dedução. Este possui certamente superioridade científica, se é valorada segundo o fim que se acredita alcançado. Mas a inferioridade científica do direito mercantil está compensada por sua imediata aderência com os fenômenos da vida, com os esquemas típicos das instituições que os grandes ramos do comércio e da indústria se formam para si e vão reunindo-se lentamente em uma unidade superior. VIVANTE, Cesare. Tratado de derecho mercantil. Madrid: Editorial Reus, 1932. v. 1, p. 19-20.

prescricionais”⁹³. Neste último, importa esclarecer que, com o Código Civil de 2002, os prazos prescricionais foram unificados.

Diz-se que o direito obrigacional foi unificado após a edição do Código Civil de 2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, ao passo que revogou a parte geral do Código Comercial de 1850⁹⁴ que trazia, em seu art. 121 e seguintes, a disciplina jurídica das obrigações empresariais.

Isso porque, conforme ensinamentos de Vivante (1992), corroborado por Cavalli (2012, p. 91-97), o direito comercial passou a ser disciplinado pelo direito civil, considerando a necessidade do cidadão comum (o não-comerciante) de aderir ao crédito e aos contratos mercantis, em razão do comércio. Como o Direito civil regula os atos da vida civil, e nestes estão inseridos os contratos, a própria evolução da sociedade fez com que surgisse a unificação do direito obrigacional⁹⁵.

A unificação do direito obrigacional é matéria já sedimentada. O que se discute é o âmbito de aplicação das regras de direito comercial aos não-comerciantes, ou, na atualidade, aos que não sejam empresários. O Direito civil e o Direito Empresarial passaram por grandes discussões acerca da autonomia de seus institutos⁹⁶, em que se apontaram características sinônimas e antagônicas, nestas perdura a autonomia. Bulgarelli (1999)⁹⁷, por sua vez, previa a necessidade de se estabelecer as distinções havidas entre o contrato civil, comercial e consumerista.

Por obrigação, entende-se que “é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, prestação”⁹⁸. Gomes (1978, p. 19) estabelece que “a relação obrigacional é vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma

⁹³ CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 59.

⁹⁴ BRASIL, Lei nº 556, de 25 de jun. de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm> Acesso em: 28 mai. 2012.

⁹⁵ Foi certamente no direito das Obrigações que o fenômeno da comercialização do direito civil encontrou a sua mais forte expressão. É que o tema da unificação do direito privado ‘simplifica-se quando considerado na perspectiva mais estreita do direito das Obrigações’, de modo que a tese da unificação do direito das Obrigações consiste em fórmula conciliatória entre unionistas e separatistas. CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 92-93.

⁹⁶ A grande discussão que, no passado, centrava-se na diferenciação entre contratos civis e mercantis, hoje assume nova feição. O direito do consumidor aflorou como ramo independente, sujeito às especificidades (ou princípios peculiares) que lhe dão forma e conteúdo, tais como a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e o direito de não ser explorado. (FORGIONI, op. cit., p. 44).

⁹⁷ Cf. BULGARELLI, Waldírio. Contratos mercantis. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 24.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio Janeiro: Borsoi, 1954, v. 22, p. 7.

delas fica adstrita a satisfazer prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor”⁹⁹. E Pereira (1996) finaliza, “obrigação é vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”¹⁰⁰.

Toma-se por verdadeira a conclusão tirada por Lippert (2003, p. 107) ao afirmar que, em qualquer conceito de obrigação, não há elemento que distinga ser obrigação civil ou comercial, haja vista que o objetivo da obrigação é a satisfação do credor ou o dever de prestar a obrigação pelo devedor.

A proposta de unificação das obrigações, que posteriormente adveio com a edição do Código Civil de 2002, não foi unificar o direito comercial e o direito civil, mas sim, “ir ao encontro de uma realidade já existente”, no que se refere à existência de disposições obrigacionais no Código Comercial de 1850, que não eram aplicadas em seu âmbito, visando, dessa forma, a uma unificação meramente legislativa¹⁰¹.

Reale (1986, p. 23), por sua vez, salienta que não ocorreu a unificação do Direito Privado, pois cada ramo (Direito civil e Direito Empresarial) segue com seus princípios basilares, institutos normativos e sistema científico de abordagem.

⁹⁹ GOMES, Orlando. Obrigações. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 19.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. V. II, p. 5.

¹⁰¹ “Seja-me lícito ponderar que a estrutura do novo Código Civil não encontra simile em qualquer outra nação, constituindo uma ordenação original em consonância com a nossa própria experiência jurídica e legislativa, na qual veio espontaneamente se compondo a unidade do Direito das Obrigações, em razão da vetustez do Código Comercial de 1850. É indispensável ponderar que o novo Código Civil não abrange todo o Direito Privado, mas tão somente as questões que emergem da unidade do Direito das Obrigações, como é o caso das normas relativas à atividade empresarial, permanecendo, pois, intocável o Direito comercial com a respectiva legislação especial”. In Discurso do Professor Miguel Reale na cerimônia especial de sanção da lei que institui o novo Código Civil. Disponível em: < <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/discmr.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2012. Em outra oportunidade acentuou: “É preciso, porém, corrigir, desde logo, um equívoco que consiste em dizer que tentamos estabelecer a unidade do Direito Privado. Esse não foi o objetivo visado. O que na realidade se fez foi consolidar e aperfeiçoar o que já estava sendo seguido no País, que era a unidade do direito das obrigações. Como o Código Comercial de 1850 se tornara completamente superado, não havia mais questões comerciais resolvidas à luz do Código de Comércio, mas sim em função do Código Civil. Na prática jurisprudencial, essa unidade das obrigações já era um fato consagrado, o que se refletiu na ideia rejeitada de um código só para reger as obrigações, consoante projeto elaborado por juriconsultos da estatura de Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Philadelpho de Azevedo. Não vingou também a tentativa de, a um só tempo, elaborar um Código das Obrigações, de que foi relator Caio Mário da Silva Pereira, ao lado de um Código Civil, com a matéria restante, conforme projeto de Orlando Gomes. Depois dessas duas malogradas experiências, só restava manter a unidade da codificação, enriquecendo-a de novos elementos, levando em conta também as contribuições desses dois ilustres *juris consultos*”. REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil: tramitação do projeto. Disponível em: < <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

Lippert (2003, p. 109) firma a ideia de que o direito obrigacional “indica uma mutação dos fundamentos para o agrupamento de obrigações cujas resoluções serão às vezes distintas”, valendo dizer que, para as relações jurídico-empresariais, serão aplicadas as regras de Direito Empresarial, para relações jurídico-civis, serão aplicadas as regras de Direito civil, e assim sucessivamente.

Cada ramo do direito, portanto, irá regulamentar as regras específicas de cada contrato dependendo das partes contratantes, do objeto do contrato e da finalidade que se pretende alcançar. Exemplificando, numa relação jurídica de trabalho, de um lado o empregador; e de outro, o empregado, contratando, entre si, uma prestação de serviços e uma contraprestação. A regulamentação se dá pelo direito do trabalho.

Por conseguinte, o Direito Empresarial é dotado de princípios e regras próprias, que o distingue do Direito civil, tais como os princípios da simplicidade das formas, que estabelece que “a velocidade das relações econômicas modernas não permite que o formalismo esteja presente nas relações de massa”¹⁰² e, portanto, é indispensável que o Direito Empresarial seja menos burocrático e mais dinâmico; a onerosidade, em que o empresário sempre realiza seus atos visando a um fim, ao lucro; à proteção ao crédito, sem a qual o empresário, por muitas vezes, não consegue efetivar sua atividade, havendo, outrossim, necessidade de que o crédito¹⁰³ esteja num patamar acessível para o regular desenvolvimento da atividade empresarial; e, por fim, o cosmopolitismo ou internacionalidade do direito empresarial. Talvez este último seja o maior significativo da autonomia do direito empresarial, relativamente aos princípios, pois representa concepções jurídicas, incapazes de serem visualizadas pelo Direito civil, sendo que o Direito Empresarial se “destina a regular relações que não se prendem a uma nação, pelo contrário, dizem respeito a todo o mundo, sobretudo, com o crescimento da globalização”¹⁰⁴.

¹⁰² TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 3. ed. São Paulo: Atlas: 2011. v. 1, p. 33.

¹⁰³ Fran Martins estabelece que o crédito vem da palavra confiança, “que uma pessoa inspira a outra de cumprir, no futuro, uma obrigação atualmente assumida”, e facilitava as operações mercantis. MARTINS, Fran. Títulos de crédito. 14. ed. Rio de Janeiro, 2008, p. 3-4. Ademais, o crédito não apenas visa essa facilitação, mas também garante a rotatividade do crédito, e se o empresário não honra com tal obrigação creditícia, poderá, em virtude do princípio da proteção ao crédito, ter sua falência decretada, nos moldes do art. 94, inciso I, da Lei n. 11.101/05.

¹⁰⁴ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 3. ed. São Paulo: Atlas: 2011. v. 1, p. 34.

Com explicações bastante precisas, Waldemar Ferreira, Francesco Galgano, Waldírio Bulgarelli¹⁰⁵ e a grande maioria dos empresarialistas defendem que o Direito Empresarial é ramo autônomo do Direito civil, por haver autonomia histórica, formal e jurídica.

Histórica, porque ao longo dos trabalhos de época, tem-se verificado que o direito empresarial é dotado de aspectos bastante peculiares e distintos, independente do direito comum¹⁰⁶.

Por autonomia formal, entende-se a independência de leis, num mesmo ordenamento jurídico, que regulamenta o direito civil e o direito empresarial. Contudo, mesmo havendo a edição do Código Civil de 2002, que revogou a parte geral do Código Comercial de 1850, Reale (2002), em sua exposição de motivos, já salientava que não haveria a unificação do direito privado, mesmo porque, o direito comercial, “no campo das obrigações, é de alcance legislativo, e não doutrinário, sem afetar a autonomia daquelas disciplinas”¹⁰⁷.

Finalmente, a autonomia jurídica estabelece que o direito empresarial e o direito civil não foram afetados pela edição do Código Civil de 2002, pois prevalecem num mesmo sistema privado, a dissociação dos princípios e institutos jurídicos.

Tramita, atualmente, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei nº 1.572, de 14 de junho de 2011, que institui o Código Comercial¹⁰⁸. O maior defensor da instituição do Código Comercial é Fábio Ulhoa Coelho¹⁰⁹, que informa a necessidade

¹⁰⁵ FERREIRA, Waldemar. Tratado de direito mercantil brasileiro. São Paulo: S. Paulo, 1934. GALGANO, Francesco. História de direito comercial. Lisboa: Coimbra, 1995. BULGARELLI, Waldírio. Direito comercial. São Paulo: Atlas, 1999.

¹⁰⁶ Como na Idade Média o Direito civil não cuidava de regulamentar as relações comerciais e, considerando que o Estado era fraco, não provendo os comerciantes da segurança física e jurídica necessárias ao exercício do comércio, os mercadores organizam-se e criaram um direito próprio: consuetudinário e classista. [...] Nem se diga, entretanto, que a migração da jurisdição comercial, abandonando as antigas magistraturas mercantis, próprias das corporações, teria retirado sua especialidade. (RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do direito de empresa no novo código civil. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). Direito de empresa no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53).

¹⁰⁷ REALE, Miguel. Exposição de motivos do novo Código Civil. Senado Federal, Brasília: 2002.

¹⁰⁸ BRASIL, Câmara dos deputados. PL 1572/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

¹⁰⁹ Em primeiro lugar, reunir num único diploma legal, com sistematicidade e técnica, os princípios e regras próprios do direito comercial. É necessário constituir-se o microsistema do direito comercial, que, ao lado do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, compõem o direito privado da atualidade. O Código Civil permanecerá como o diploma geral do direito privado. O segundo objetivo consiste em simplificar as normas sobre a atividade econômica, facilitando o cotidiano dos empresários brasileiros. De um lado, a complexidade que atualmente caracteriza o direito comercial não contribui para a atração de investimentos. De outro lado, ela penaliza o micro e pequeno empresário, impondo-lhe custos desnecessários. A complexa normatização da sociedade limitada,

de instituir um código uniforme que atenda aos interesses dos empresários, dando maior segurança jurídica nas relações comerciais.

Tiago Asfor Rocha Lima, membro da comissão de juristas instituída pela Câmara dos Deputados para auxiliar na elaboração do Novo Código Comercial, defende que a dicotomia entre o direito civil e empresarial retrocedeu com o Código Civil, pois as relações dos particulares e dos empresários se confundem, sendo; portanto, necessária a compilação

de forma harmônica, temas de fundamental interesse para o empresariado nacional e estrangeiro interessado no mercado brasileiro e ainda particulares em geral, na medida em que um sistema jurídico mais previsível e seguro, especialmente no âmbito das relações empresariais, refletirá positivamente na economia e reduzirá parte dos custos repassados aos consumidores¹¹⁰.

Não se pode olvidar, contudo, que a instituição do Código Comercial poderia acarretar uma confusão prática, considerando a enorme regulamentação trazida no projeto de lei. Isso porque, o Código Civil de 2002, valendo-se da teoria italiana, encontra respaldo em ser uma legislação atual, autêntica e consentânea com o meio jurídico brasileiro.

Ademais, conforme ficou esclarecido, a disputa entre os defensores da autonomia do direito empresarial já não tem razão de ser, principalmente pela existência de princípios reguladores do direito empresarial, capazes de nortear as relações jurídicas empresariais.

Na realidade, o que se entende por mais precioso e requer uma análise mais elaborada não é a instituição de um código comercial, mas sim como proceder nas relações jurídicas entre empresários, ponderando seus limites de aplicação.

Ressalta-se que o Brasil vem paternalizando as relações jurídicas, entendendo como necessária a intervenção estatal para tutelar os interesses particulares, e até mesmo empresariais.

por exemplo, por ser este o tipo societário mais empregado no país, tem empurrado para a irregularidade diversos micro e pequenas empresas, que são as grandes criadoras de postos de trabalho no Brasil. O terceiro principal objetivo da propositura diz respeito à superação de lamentáveis lacunas na ordem jurídica nacional, entre as quais avulta a inexistência de preceitos legais que confirmem inquestionável validade, eficácia e executividade à documentação eletrônica, possibilitando ao empresário brasileiro que elimine toneladas de papel. Trata-se, portanto, de uma propositura que se justifica também sob o ponto de vista da sustentabilidade ambiental. Texto disponível em: < <http://participacao.mj.gov.br/codcom/justificacao>>. Acesso em 24 jun. 2012.

¹¹⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Código Comercial vai acompanhar crescimento econômico. Disponível em: < <http://washingtonbarbosa.com/2012/07/16/projeto-do-novo-codigo-comercial/>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

3.3 Análise normativa e as decisões judiciais

Neste item, o que será tratado é a forma pela qual os tribunais decidem acerca da autonomia do direito empresarial. Entretanto, no cipoal acervo de normas existentes no Brasil, o que mais intriga é a aplicação do direito do consumidor nas relações jurídico-privadas que envolvem (em ambas as partes-credor e devedor) empresários, tornando-os, independente do nível de instrução técnica que sua atividade exige, sujeitos submissos ao paternalismo jurídico¹¹¹.

Esse paternalismo jurídico gera, a longo prazo, uma espécie de imbecilização da sociedade, que só pode agir ou deixar de agir, se o Estado assim permitir ou proibir. O Estado, cumprindo seu papel de normatizar a vida em sociedade, edita leis que suprimem em grande parte a liberdade individual¹¹², fazendo com que os contratos firmados¹¹³ sejam, paulatinamente, substituídos pelo livre convencimento do magistrado, que informa qual é a verdade real da vontade emanada pelo contratante.

Sampaio Jr. (2012) acentua a existência de dois tipos de paternalismo jurídico, o exacerbado e o moderado¹¹⁴, sendo que em ambos o Estado enfrenta a autonomia individual para mitigar o chamado déficit cognitivo, tomando determinadas decisões, como se probo fosse, sem causar prejuízos.

Não se pretende analisar norma por norma, mas sim um estudo demonstrativo do direito obrigacional e sua aplicação no ramo do Direito Empresarial

¹¹¹ (...) uma regra legal é paternalista se, para o próprio bem do indivíduo, ela o proíbe de fazer algo tal como usar drogas ou requer que ele faça alguma coisa, como usar capacetes ao dirigir motos [e] talvez reflita um declínio na crença de que o indivíduo sabe e pode cuidar dos seus melhores interesses. FARNSWORTH, Allan. Promises and paternalism. William and Mary law review. v. 41, n. 2, p. 385-409, feb. 2000.

¹¹² BLOCK, Walter. Alienability, inalienability, paternalism and the law: reply to Kronman. American journal of criminal law, v. 28, n. 3, p. 351-371, sept. 2001

¹¹³ Lembra-se, um acordo de vontades, de ambos os sujeitos, aqui, empresários, que se submetem às regras impostas por eles mesmos.

¹¹⁴ Ocorre, entretanto, que a própria natureza humana impede o prévio estabelecimento de regras a todos aplicáveis, e a doutrina ainda não chegou a um consenso quanto a uma suposta teoria da ação voluntária. Por causa disto diferencia-se, atualmente, o paternalismo exacerbado (*hard paternalism*) do paternalismo moderado (*soft paternalism*). Neste, o que se objetiva é “impedir condutas danosas, mas apenas quando elas são substancialmente involuntárias ou quando é necessária uma intervenção temporária para decidir se elas foram ou não voluntárias”. Já no paternalismo exacerbado, verifica-se a “intervenção legal para proteger adultos capazes e competentes das conseqüências danosas de suas próprias escolhas, mesmo que essas escolhas tenham sido tomadas voluntariamente”. SAMPAIO JR., Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. XV Congresso Nacional do CONPEDI – Manaus. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho_barreto_sampaio_junior.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2012

e Direito do consumidor. Neste contexto, primeiramente, o Código Civil contém normas de direito obrigacional que traduzem o que e como deve ser aplicada a legislação obrigacional nas relações empresariais.

Leonardo Bessa (2012, p. 184) estabelece que o “diálogo das fontes [é a] técnica necessária para o exame da aplicação do Código de Defesa do Consumidor em conjunto com outros diplomas normativos”¹¹⁵.

Diálogo das fontes é entendido como o mecanismo necessário e indispensável para a convivência em harmonia das normas existentes no país, sem prejuízo, é claro, da importância constitucional¹¹⁶. Não se deve, entretanto, aplicar normas que estejam em desacordo com a finalidade da obrigação contraída, bem como para com os efeitos decorrentes dela.

Explica-se que, se uma determinada norma jurídica for aplicada de forma descomedida para todo e qualquer caso, independentemente das nuances e peculiaridades exigentes, estar-se-ia diante de uma injustiça para uns e justiça para outros, conforme se verifica do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca da extensão do conceito de consumidor a empresários.

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO.

1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor.

2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica.

4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro.

5. Negado provimento ao recurso especial.

(REsp 1010834/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 13/10/2010)

¹¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

¹¹⁶ Gustavo Tepedino afirma que “O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes, senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais”. *In* Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 9-11, out./dez. 2005.

Trata-se de um Recurso Especial em que a parte recorrente alega que não há relação de consumo, haja vista que se trata de aquisição de materiais (máquina de bordar) para a confecção de peças, ou seja, para o exercício de atividade empresarial (art. 966, do CC). A parte recorrida, que é pessoa física, alegou que há incidência das normas de direito do consumidor, pois há notória vulnerabilidade econômica.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que há relação de consumo, pois a máquina de bordar foi adquirida para a manutenção e sustento da recorrida e de sua família, aplicando a teoria maximalista, que será objeto de análise no próximo capítulo; ampliando, portanto, o conceito de consumidor previsto no art. 2º, do CDC.

O conceito clássico de contrato estabelece a principiologia de que as partes estão ligadas à obrigação assumida (prestação e contraprestação), em virtude do *pacta sunt servanda*. Ademais, sabe-se que as partes também têm ampla autonomia para contratar, isto é, são agentes capazes e desimpedidos, exteriorizando, com o contrato, a sua livre escolha.

É certo que a pessoa física adquirente do produto, como empresária individual, possuía conhecimento acerca do contrato de compra e venda do objeto a ser adquirido. Por outro lado, a recorrente (pessoa jurídica) que vendeu a máquina de bordar redigiu um contrato de compra e venda, cujos pagamentos seriam a prazo.

O Código Civil estabelece mecanismos que poderão ser arguidos pela parte prejudicada, caso haja algum abuso cometido. Tais mecanismos estão dispostos nos artigos 421 a 424¹¹⁷, 478 a 480¹¹⁸. Naturalmente, o contrato de compra e venda

¹¹⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

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

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹¹⁸ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

não é por adesão, haja vista que ambas as partes têm plena autonomia para dispor das cláusulas contratuais.

Um problema no Brasil é que as pessoas têm assinado diversos contratos, independente da leitura de suas cláusulas, sem consultas prévias e sem a verificação e análise do pacto prometido. Uma pesquisa realizada pela Universidade Federal de Alagoas, encabeçada por Sara Regina Albuquerque França, relata que 33,13% das pessoas não costumam ler os contratos e 22,89% não guardam os contratos¹¹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça também decidiu, ao contrário do analisado, aplicando a teoria finalista, que também será estudada no próximo capítulo, a seguinte ementa:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. UTILIZAÇÃO DOS PRODUTOS E SERVIÇOS ADQUIRIDOS COMO INSUMOS. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONSUMERISTAS.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte se os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa - física ou jurídica - é "destinatária final" do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar a cadeia produtiva do adquirente, ou seja, torna-se objeto de revenda ou de transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou, ainda, quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte.

3. No caso em julgamento, trata-se de sociedade empresária do ramo de indústria, comércio, importação e exportação de cordas para instrumentos musicais e afins, acessórios para veículos, ferragens e ferramentas, serralheria em geral e trefilação de arames, sendo certo que não utiliza os produtos e serviços prestados pela recorrente como destinatária final, mas como insumos dos produtos que manufatura, não se verificando, outrossim, situação de vulnerabilidade a ensejar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

4. Recurso especial provido.

(REsp 932557/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 23/02/2012)

No caso acima, houve a minimização do conceito de consumidor, levando-se em consideração a utilização do produto, isto é, não pode ser considerado

¹¹⁹ Universidade Federal de Alagoas. FRANÇA, Sara Regina Albuquerque. CONSUMIDOR CONSCIENTE: Um Projeto Universitário de Aproximação do Direito com a Sociedade. Disponível em: <www.seer.ufal.br/index.php/extensaoemdebate/article/download/.../7...>. Acesso em: 27 jun. 2012.

consumidor aquele que adquire bens ou serviços como insumos para a prática de atividade empresarial, haja vista não ser ele o destinatário final.

Significa dizer, portanto, que o que prevalece entre as partes é o acordo realizado, o contrato, não havendo qualquer discussão, do ponto de vista consumerista, das cláusulas contratuais. As partes são, dessa maneira, tratados de forma isonômica.

Caso haja alguma cláusula contratual passível de discussão, será analisada do ponto de vista de um contrato mercantil, pois as partes são empresárias.

Mais que apenas decisões que vinculem apenas as partes, pode-se entender que não há no nosso ordenamento jurídico, inclusive relativo às decisões judiciais, um entendimento pacífico do conceito de consumidor e sua extensão.

No capítulo 4 do presente trabalho estes pontos de publicização do direito privado ou socialização do direito privado¹²⁰, bem como conceito de consumidor serão tratados. Ademais, também se discutirá a origem e o desenvolvimento do consumidor e sua proteção nos Estados Unidos da América.

¹²⁰ Conforme CAVALLI: “Desta forma, o direito privado não pode mais exclusivamente compreendido como o âmbito de manifestação das liberdades individuais. Isto porque o modelo de sujeito abstrato e livre para contratar, baseado na igualdade formal, acabou ‘por tornar-se um regime de privilégios dos fortes, baseado numa ética individualista’”. (CAVALLI, Cássio. Direito comercial: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 174. Complementando BOBBIO: No “primado da política sobre a economia, ou seja, da ordem dirigida do alto sobre a ordem espontânea, da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal. Prova disso é que o processo de intervenção dos poderes públicos na regulação da economia – processo até agora surgido como irreversível – é também designado como processo de ‘publicização do privado’. BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade – para um teoria geral da política. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 26.

4 O CONSUMIDOR NO SÉCULO XXI

Após a definição e análise do mercado e dos contratos (civis, empresariais e consumeristas) cabe, neste capítulo, analisar o consumidor no século XXI. É importante estabelecer que o Direito do consumidor não pode ser analisado puramente sob a ótica jurídica.

O consumidor é peça fundamental na economia de qualquer país, sem ele não haveria circulação de riquezas. Dessa forma, analisar o consumidor e defini-lo se mostra uma tarefa não apenas para o Direito, mas para as várias áreas que o transcendem, tais como a Administração de Empresas e Economia. Esta desenvolve uma análise de mercado, enquanto aquela analisa o comportamento do consumidor. Por fim, o que seria então o consumidor? Quem é esta figura?

Para responder a tal pergunta, não serão abordados os conceitos trazidos em diversos livros, que partem da premissa que o vocábulo “consumidor” é aquele trazido no art. 2º do CDC. Deve-se, todavia, informar quais são as correntes que englobam o conceito, mas principalmente, deve-se entender a análise do conceito de consumidor, a partir do que já foi trabalhado, o contrato.

Os contratos são abordados nos capítulos anteriores como uma fonte inexorável de direitos e deveres, em todos os âmbitos da vida, aplicando-se nas mais ordinárias esferas, atingindo as mais complexas relações. É importante que não seja o consumidor tratado na acepção de pessoa física ou jurídica que adquire bens ou serviços como destinatário final, e sim, como uma parte numa relação jurídica obrigacional.

4.1 Evolução do conceito de consumidor

São poucas as doutrinas que trazem o desenvolvimento do movimento consumerista no Brasil, que somente ganhou força após a edição do CDC. Antes, as relações jurídicas eram disciplinadas pelo Código Civil, em seu instituto obrigacional, e, portanto, dificilmente eram capazes de satisfazer essa classe social.

Entretanto, ao realizar um estudo sobre a origem do direito do consumidor, em seu aspecto mundial, depara-se com diversos marcos que vão definindo o consumidor como peça fundamental da exploração do mercado.

O Direito do consumidor remonta aos primórdios da civilização, a exemplo do Código de Hamurabi (2.300 a.C.)

Tratava da obrigação do fornecedor em reparar o dano sofrido pelo consumidor, quando este derivava de um vício no produto... também disciplinava direitos e obrigações de profissionais liberais, como, por exemplo, arquitetos, cirurgiões, bem como de autônomos, como os empreiteiros, estabelecendo sanções de ordem pecuniária e, nos casos mais graves, castigos corporais e até mesmo de morte¹²¹.

Outras hipóteses continham no Código de Hamurabi, mas provavelmente a mais importante de todas é a permissão de se modificar unilateralmente um contrato, tendo em vista um desequilíbrio em razão de ocorrência de eventos naturais.

TEIXEIRA informa que o Código de Manú (aproximadamente século II a. C.) previa sanções para ocorrência de adulterações de gêneros alimentícios¹²².

A Grécia antiga previa sanções aplicadas pela fiscalização na qualidade das mercadorias vendidas, principalmente trigo e cevada¹²³.

Na Roma antiga, não havia disposições que regulamentavam o consumidor, seus direitos e deveres. Havia, na realidade, disposições atinentes à vida civil, tais como formação e execução de contratos.

O crescimento do Império Romano trouxe mazelas de uma organização social complexa, que, em muito, influenciava o consumidor.

¹²¹ FREITAS, Frederico Oliveira. A caracterização da pessoa jurídica consumidora pelo critério da vulnerabilidade: análise da teoria do finalismo aprofundado à luz da origem e finalidade do direito do consumidor. Dissertação apresentada à Faculdade Milton Campos, p. 12.

¹²² TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. Aspectos principiológicos do código de defesa do consumidor. Campinas: Russel Editores. 2009, p. 4.

¹²³ Na Grécia, conforme lição extraída da Constituição de Atenas, de Aristóteles, também havia essa preocupação latente com a defesa do consumidor. Como explicitado pelo mestre estagirista, são também designados por sorteio os fiscais de mercado, cinco para o Pireu e cinco para a cidade; as leis atribuem-lhes os encargos atinentes às mercadorias em geral, a fim de que os produtos vendidos não contenham misturas nem sejam adulterados; são também designados por sorteio os fiscais das medidas, cinco para a cidade e cinco para o Pireu; ficam a seu encargo as medidas e os pesos em geral, a fim de que os vendedores utilizem os corretos; havia também os guardiães do trigo; eles se encarregam, em primeiro lugar, de que o trigo em grão colocado no mercado seja vendido honestamente; depois, de que os moleiros vendam a farinha por um preço correspondente ao da cevada, e de que os padeiros vendam os pães por um preço correspondente ao do trigo e com o seu peso na medida por eles prescrita (com efeito, a lei ordena que eles o fixem); são também designados por sorteio dez inspetores do comércio, aos quais se atribuem os encargos mercantis, devendo eles obrigar os comerciantes a trazerem para a cidade dois terços do trigo transportados para comercialização (...) o juro de uma dracma incidente sobre o capital de uma mina implicava uma taxa de 1% ao mês ou 12% ao ano (ARISTÓTELES. Constituição de Atenas. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 103-247 *apud* FILOMENO, José Geraldo Brito, Op. Cit., p. 3)

Destacam-se ainda, no Império Romano, as práticas do controle de abastecimento de produtos, principalmente nas regiões conquistadas, bem como a decretação de congelamento de preços, no período de Deocleciano, uma vez que também nesse período se fazia sentir o processo inflacionário, gerado em grande parte pelo déficit do tesouro imperial na manutenção das hostes de ocupação¹²⁴.

De fato, não há grandes composições consumeristas acerca da regulamentação de direitos e deveres, ou, até mesmo, o reconhecimento do direito do consumidor, até a Revolução Industrial.

Diversos autores relatam que o Direito do consumidor possui três marcos históricos: a Revolução Industrial, o período pós-segunda guerra e a informatização.

Com a Revolução Industrial (século XVIII), houve o aumento da população nos centros urbanos. Esse aumento se deve ao fato de que indústrias começaram a se utilizar da mão-de-obra dos operários, pagando-lhes salários, para permitir a expansão da capacidade de produção de bens e serviços.

Com a aglomeração de pessoas nestes centros urbanos, houve um aumento na circulação de produtos e serviços, surgindo, então, a produção em série, uma forma de produção em larga escala. Isso para suprir a nova necessidade dos centros urbanos.

A produção em série e a aquisição em massa estão profundamente relacionadas, sendo uma consequência da outra, sendo componentes da estruturação empresarial¹²⁵.

Cavaliere Filho (2008, p. 2-3) relata

Se antes era o próprio fabricante quem se encarregava da distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo – sabia o que fabricava, o que vendia e a quem vendia -, a partir de determinado momento essa distribuição passou também a ser feita em massa, em cadeia, em grande quantidade pelos mega atacadistas, de sorte que o comerciante e o consumidor passaram a receber os produtos fechados, lacrados e embalados, sem nenhuma condição de conhecer o seu real conteúdo¹²⁶.

Se antes da Revolução Industrial o consumo direcionava a produção, ou seja, era o próprio consumidor que dizia ao seu comerciante o que, como e quando queria

¹²⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito, Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3-4.

¹²⁵ GOMES, Marcelo Kokke. Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 89.

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2-3.

determinado produto; com a Revolução Industrial o momento se tornava inverso. Concluiu Gomes (2001, p. 88) que “a produção gerava o consumo, instigando-o. O Direito voltava-se prioritariamente para o instituto da produção, renegando a segundo plano o consumo como uma mera consequência desta”¹²⁷.

Destarte, se houve a referida alteração, houve, conseqüentemente, alterações no instituto dos contratos, haja vista que, se antes o consumidor e fornecedor discutiam as cláusulas contratuais, o tipo de produto ou serviços que seria disponibilizado, o momento indicava o nascimento de contratos coletivos, contratos de massa, contratos de adesão¹²⁸.

O fornecedor de produtos ou serviços informava ao consumidor o que adquirir e como adquirir, ditava regras a todos os consumidores, fazendo com que estes aderissem a contratos que sequer tinham conhecimento.

A cada momento de crescimento da produção em massa, aumentava-se gradativamente a impessoalidade dos negócios consumeristas, conseqüentemente, reduzindo o grau de informação do produto ou serviço.

Para Silva (2008) a “produção em série, contratos padrões, publicidade, marketing agressivo, dentro outros, faz surgir um ser alheio, fragilizado, alvo constante de inúmeras práticas”¹²⁹.

Fica óbvio que as práticas industriais agressivas, obrigavam os consumidores a muitas vezes se submeter a determinados contratos que tornavam as relações jurídicas desiguais.

O direito privado, à época, estabelecia que as relações jurídicas contratuais eram vinculadas ao princípio do *pacta sunt servanda*. Referido princípio estabelece que

Entretanto, levando em consideração que a relação consumerista era, desde a Revolução Industrial, estabelecida pelos fornecedores, conforme dito alhures, este modelo não servia para proteger eventuais práticas tidas como abusivas ou para equiparar as partes de um contrato de consumo. No Brasil, o Código Civil de 1916 não previa qualquer direito material a ser arguido pelo consumidor, nos casos em que se sentia lesado. SILVA afirma que “o ideário liberal individualista era hostil ao consumidor; erguia-se como verdadeiro dique à proteção dos seus interesses”¹³⁰.

¹²⁷ GOMES, Marcelo Kokke. Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 88

¹²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3

¹²⁹ SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. A vulnerabilidade do consumidor apenas no mercado de consumo? Academia Brasileira de Direito, São Paulo, julho 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1606&categoria=Direitos%20do%20Consumidor>. Acesso em: 20 de jul 2012.

¹³⁰ SILVA, João Calvão da. Responsabilidade civil do produtor. Coimbra: Almedina, 1990, p. 31-32

Schmitt (2009, p. 144) também observa que a “fragilidade negocial dos grupos de consumidores vê-se intensificada também em razão dos contratos de massa, decorrência do fortalecimento econômico dos empresários da expansão industrial e comercial do século XIX”.

O capitalismo e a produção industrial sopesaram as acumulações pessoais, aumentando ainda mais as desigualdades das relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, sem qualquer intervenção do Estado.

O segundo marco histórico decorre do período pós-segunda guerra mundial, em que a produção em série sofre fortes influências e é abarcada pela tecnologia.

Cavaliere Filho (2008, p.04) informa que houve um alto risco neste período, considerando o desenvolvimento tecnológico e científico, pois ascendeu ainda mais a produção em série.

Um único defeito de concepção ou de fabricação pode gerar riscos e danos efetivos para um número indeterminado de consumidores. São riscos do consumo, riscos em série, riscos coletivos¹³¹.

Continua o referido autor, dizendo ser necessária

uma nova postura jurídica capaz de permitir o delineamento de um novo direito, fundado em princípios modernos e eficazes. E foi assim, que, nos principais países do mundo, após uma longa e criativa atuação jurisprudencial, foram editadas leis específicas para disciplinar as relações de consumo, entre os quais o Brasil¹³². (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 04).

Com esse novo cenário tecnológico, Macedo Jr. relata

A história do direito do consumidor está associada diretamente ao surgimento dos mercados de consumo de massa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, período em que houve uma expansão no consumo de bens duráveis jamais vista na história do capitalismo¹³³. (MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 261).

Bessa (2009, p. 30) assevera que a “fragilidade do consumidor intensificou-se na mesma proporção do processo de industrialização e massificação das relações

¹³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4

¹³² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4

¹³³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 261

no mercado de consumo, ocorrido, particularmente, nas décadas posteriores ao término da 2ª Grande Guerra”¹³⁴.

Bolson ainda informa que

em virtude da guerra, novas tecnologias foram desenvolvidas pelo homem e o progresso técnico trouxe consigo a massificação. (...) foi durante a guerra que o rádio, por exemplo, atingiu seu ápice como meio de comunicação, a palavra falada passou a ter uma certa supremacia sobre a palavra escrita. Pelo rádio desenvolveu-se o que hoje conhecemos como marketing e publicidade¹³⁵. (BOLSON, 2002, p. 45).

Inegável falar que foi com a Revolução Industrial que o mercado consumidor adveio, e este trouxe como consequência o crescimento econômico, que foi a causa da aglomeração de pessoas nos centros urbanos. Daí tratar que a Segunda Guerra, trouxe o avanço tecnológico e científico, que permitiu que as pessoas pudessem aderir ao mercado de consumo.

Destaque se faz nos ensinamentos de Martins da Costa (2008) que informa que, no período do pós-segunda guerra, os EUA foram os financiadores da reconstrução da Europa e do Japão, sendo que o “modo de vida ianque propagou-se desde então” (MARTINS DA COSTA, 2008, p. 17).¹³⁶

Neste mesmo sentido Hobsbawm (2004, p. 259) salienta que o consumo de artigos de luxo, antes destinado a determinadas camadas sociais, fora paulatinamente disseminado para as demais camadas e para o mundo, sob o argumento de que o novo é bom, traz conforto e é melhor¹³⁷.

Já num terceiro momento houve a era da informatização, em que os consumidores podiam facilmente conhecer, estudar e adquirir bens e produtos localizados em qualquer parte do mundo. É a chamada era da globalização.

Sodré ressalta cinco características visualizadas em uma sociedade de consumo, a saber

(i) produção em série de produtos, (ii) distribuição em massa de produtos e serviços, (iii) publicidade em grande escala no oferecimento dos mesmos, (iv) contratação de produtos e serviços via contrato de adesão e (v)

¹³⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30

¹³⁵ BOLSON, Simone Hegele. Direito do consumidor e dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45

¹³⁶ MARTINS DA COSTA, Geraldo de Faria. Consumidor e profissional: contraposição jurídica básica. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 17.

¹³⁷ HOBBSAWM, Eric. Era dos Extremos – O breve século XX 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, 259.

oferecimento generalizado de crédito direto ao consumidor (SODRÉ, 2007, p. 25).¹³⁸

Com a globalização, o espaço entre as relações com diversos nichos consumeristas diminuiu, o que levou a publicidade a um patamar essencial nessas relações, haja vista que poderiam influenciar facilmente várias pessoas para a aquisição de produtos e serviços.

Sodré afirma, contudo, que somente no século XX é que houve o nascimento do direito do consumidor, considerando que desde então tal ramo do direito estava apenas em construção. O

direito do consumidor nasce no contexto da formação dos chamados direitos difusos. O direito do consumidor é considerado como de terceira geração, pois se relaciona com os direitos coletivos e difusos, uma vez que transcende o homem-indivíduo (SODRÉ, 2007, p. 50).¹³⁹

Neste contexto, a importância de se definir marcos é justamente a relação entre o fornecedor e o consumidor. Se antes o fornecedor tinha contato direto com a necessidade do consumidor, isto é, o consumidor dizia exatamente o que, como e a forma do produto ou serviço que queria; atualmente, não existe uma relação direta entre as necessidades do consumidor e do fornecedor. Cada qual segue uma determinada tendência, buscando atingir um objetivo. Este a circulação de seus produtos e serviços e aquele a aquisição de bens ou serviços.

4.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça

O conceito de consumidor tem sofrido, ao longo dos anos, inúmeras interpretações. Busca-se analisar quatro interpretações dadas ao consumidor, a partir do art. 2º da Lei n. 8.078/90, para, em seguida, verificar as posições do Superior Tribunal de Justiça.

Marques (2011, p. 302) informa que a definição de consumidor não está na retirada do mercado de produtos ou serviços, mas sim se o mesmo é destinatário final. Fiuza (2010, p. 437), por sua vez, estabelece que a aplicação do CDC em

¹³⁸ SODRÉ, Marcelo Gomes. Formação do sistema nacional de defesa do consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, v. 32, p. 25

¹³⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. Formação do sistema nacional de defesa do consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, v. 32, p. 50.

relações contratuais se dá após o cumprimento de três elementos: subjetivo, “de um lado o consumidor; de outro, o fornecedor”; objetivo, “representado por aquilo que o fornecedor vai ao mercado oferecer aos consumidores: produtos e serviços”; e, finalmente, teleológico ou finalístico, em que o sujeito retira o produto ou serviço do mercado como destinatário final.

Dessas duas acepções, encontra o cerne de todo o problema conceitual do consumidor, se for destinatário final, será consumidor, senão, a relação jurídica será disciplinada por outra legislação, que não o Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina, portanto, se encarregou de traçar algumas teorias: teoria maximalista, teoria finalista, teoria finalista mitigada e o consumidor equiparado.

Pela teoria maximalista, entende-se que o destinatário final é aquele de fato, isto é, o sujeito que retira o produto ou serviço do mercado, pouco importando sua utilização. Marques (2006, p. 84) assevera que os defensores da teoria maximalista enxergam o CDC como “um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores”.

Carpena (2004, p. 31) define consumidor, para a teoria maximalista, como o sujeito que, ao adquirir o produto ou o serviço, não se propõe a reintroduzi-lo ou renegociá-lo no mercado. Arremata Cavalieri Filho:

A corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inserida o fornecimento do bem ou prestação do serviço. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 55).

O STJ já adotou tal entendimento¹⁴⁰. Entretanto, outra teoria oposta à maximalista também deu guarida em julgamentos pelo STJ. A teoria finalista

¹⁴⁰ CONTRATOS BANCÁRIOS – CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO PARA COMPRA DE COLHEITADEIRA – AGRICULTOR – DESTINATÁRIO FINAL – INCIDÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO – CAPTAÇÃO DE RECURSOS – MATÉRIA DE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA. I – O agricultor, que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços. III – Afirmando pelo acórdão

estabelece que o “destinatário final [é] aquele que retira o produto do mercado e dá a ele uma destinação final de uso, isto é, o consome na cadeia produtiva” (OLIVEIRA, 2010, p. 50).¹⁴¹.

Exclui-se do conceito de consumidor para esta teoria qualquer profissional que adquire o produto ou serviço e o utiliza para fins econômicos, “pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu” (BENJAMIN, 2009, p. 71).¹⁴².

Os defensores da teoria finalista entendem que o produto ou o serviço deve ser utilizado para consumo próprio, tal como Addario (2010) que afirma que a utilização do produto ou serviço não pode ter conotação profissional.

Fiuzza (2010) fundamenta a posição dos finalistas em razão das normas consumeristas, as quais servem para proteger a parte mais fraca da relação contratual. Complementando, Miragem (2010) acentua que é necessário que o bem adquirido não seja objeto de obtenção de lucro, nem implementado a qualquer atividade negocial.

O *BGB* sofreu alteração recente, retirando a pessoa jurídica do conceito de consumidor, na seção 13, do Livro 1 (disposições gerais): *Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*¹⁴³.

O *Codice del Consumo* Italiano estabelece em seu art. 3º, item 1, aliena “a” que: *1. Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per: a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*¹⁴⁴.

recorrido que não ficou provada a captação de recursos externos, rever esse entendimento encontra óbice no enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte. IV – Ausente o prequestionamento da questão federal suscitada, é inviável o recurso especial (Súmulas 282 e 356/STF). Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. (REsp 445854/MS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2003, DJ 19/12/2003, p. 453) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200797549&dt_publicacao=19/12/2003> Acesso em: 27 Ago. 2012.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Júlio Moraes. Consumidor-empresário: A defesa do finalismo mitigado. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 50.

¹⁴² BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor, 2. ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.

¹⁴³ Tradução livre: Consumidor é qualquer pessoa natural que entre numa transação sem o fim comercial ou profissional.

¹⁴⁴ Tradução livre: 1. Para os efeitos deste Código, salvo disposição em contrário, aplica-se: a) consumidor: é a pessoa física que atue para fins não relacionados à atividade de comércio, indústria, artesanato ou profissional.

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça já adotou referido entendimento¹⁴⁵.

Finalmente, a teoria finalista mitigada estabelece que há uma necessidade de abrandar a aplicação da teoria finalista, para aplicar o CDC a determinadas pessoas, que, mesmo sendo caracterizadas como profissionais, demonstrem a sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica¹⁴⁶. Veloso (2010) também coaduna com o mesmo entendimento.

A teoria finalista mitigada “resulta do desenvolvimento, sobretudo pela jurisprudência, de critérios mais exatos para a extensão conceitual, por equiparação, dos conceitos estabelecidos” (MIRAGEM, 2010, p. 94), sendo necessário que a parte (pessoa jurídica) demonstre sua vulnerabilidade. Nas palavras do mesmo autor:

O reconhecimento ou não da vulnerabilidade passa a servir, então tanto para as situações excepcionais, em que a pessoa jurídica empresária, embora não sendo destinatária final fática e econômica, é classificada como consumidora, quanto para excluir, em circunstâncias excepcionais, a aplicação das normas de proteção ao consumidor quando presentes condições particulares do adquirente ou usuário, que o coloquem em situação de superioridade em relação ao vendedor ou prestador de serviços. (MIRAGEM, 2010, p. 94).

Portanto, o novo critério utilizado pelo STJ é que, mesmo não sendo destinatário final do produto ou serviço, a pessoa jurídica que demonstrar ser vulnerável na relação jurídica contratual, poderá se valer da aplicação do CDC, por ser ela consumidora.

A vulnerabilidade é, por muitas vezes, confundida com atividades de menor envergadura¹⁴⁷, o que deve ser realizado com cautela, pois mesmo atividades

¹⁴⁵ COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade comercial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. (REsp 541867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/11/2004, DJ 16/05/2005, p. 227) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300668793&dt_publicacao=16/05/2005> Acesso em: 27 Ago. 2012.

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 60.

¹⁴⁷ “Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente”. (BENJAMIN,

empresariais de porte pequeno não são, necessariamente, vulneráveis nas relações contratuais. O REsp nº 1.196.951¹⁴⁸, cujo relator foi o Min. Luis Felipe Salomão informou que o “CDC não se aplica em contrato de financiamento a indústria de grande porte”, o que ratifica o entendimento de exclusão do enquadramento de pessoas jurídicas de médio e grande porte como consumidoras.

Um importante questionamento que pode ser feito é, mesmo comprovando a vulnerabilidade técnica, um empresário de grande porte não pode ser caracterizado como consumidor, e, na mesma situação, tratando-se de empresário de pequeno porte, poderá haver a aplicação do CDC por ser ele considerado consumidor?

Confira o entendimento do STJ acerca da aplicação do CDC a empresário:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO.

1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor.

2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica.

4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro.

5. Negado provimento ao recurso especial.

(REsp 1010834/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 13/10/2010)¹⁴⁹

Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor, 2. ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73).

¹⁴⁸ BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CONTRATO DE MÚTUO E DE CÉDULAS DE CRÉDITO INDUSTRIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. (...) NÃO EVIDENCIADA SUPERIORIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AFASTADA A APLICAÇÃO DO CDC. (...) 3. Embora consagre o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor desse critério para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e sociedades-empresárias em que fique evidenciada a relação de consumo. 4. Afastada a aplicação do CDC, visto que não ficou caracterizada a superioridade técnica, jurídica, fática ou econômica da instituição financeira, a revelar a excepcionalidade do caso a fim de abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor. (...) 8. Recurso especial do Banco do Nordeste do Brasil S.A. parcialmente provido. Prejudicado o recurso adesivo. (REsp 1196951/PI, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 09/04/2012) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000998420&dt_publicacao=09/04/2012> Acesso em: 28 Ago. 2012.

¹⁴⁹

Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702835038&dt_publicacao=13/10/2010> Acesso em: 28 Ago. 2012.

Mesmo com a referida decisão, o STJ ainda não se definiu a aplicação do CDC a pessoas jurídicas, em especial, aos empresários, conforme se verifica no REsp nº 932557:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. UTILIZAÇÃO DOS PRODUTOS E SERVIÇOS ADQUIRIDOS COMO INSUMOS. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONSUMERISTAS.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte se os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa - física ou jurídica - é "destinatária final" do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar a cadeia produtiva do adquirente, ou seja, torna-se objeto de revenda ou de transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou, ainda, quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte.

3. No caso em julgamento, trata-se de sociedade empresária do ramo de indústria, comércio, importação e exportação de cordas para instrumentos musicais e afins, acessórios para veículos, ferragens e ferramentas, serralheria em geral e trefilação de arames, sendo certo que não utiliza os produtos e serviços prestados pela recorrente como destinatária final, mas como insumos dos produtos que manufatura, não se verificando, outrossim, situação de vulnerabilidade a ensejar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

4. Recurso especial provido.

(REsp 932557/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 23/02/2012)¹⁵⁰

Ainda sim, surge o problema da aplicação do CDC nas relações jurídicas contratuais que envolvem empresários.

4.3 O consumidor-empresário

Há a possibilidade de aplicar o Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas que envolvam empresários? Oliveira (2012) entende que, com a aplicação da teoria finalista mitigada, pode-se aplicar o CDC nessas relações, desde que demonstrada a vulnerabilidade do contratante¹⁵¹.

¹⁵⁰

Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700522667&dt_publicacao=23/02/2012>

Acesso em: 28 Ago. 2012.

¹⁵¹ "Desse modo, o finalismo aprofundado vem justamente preencher essa lacuna com base no princípio da vulnerabilidade, e será considerado consumidor aquele que, no caso concreto,

Causa estranheza aceitar a aplicação das normas consumeristas a determinadas relações jurídicas contratuais e em outras não, mesmo em se tratando de casos similares. Se um empresário de grande porte adquirir um produto ou serviço, mesmo não sendo considerado um insumo da sua atividade, a ele não será aplicado o CDC; enquanto um empresário de pequeno porte, que adquirir o mesmo produto ou serviço, poderá ser considerado consumidor, e, portanto, serão aplicadas as regras protetivas do CDC¹⁵².

Os contratos assumem um papel importante na nossa sociedade, permitindo o desenvolvimento da economia; cumprindo, portanto, com a função social, qual seja, a circulação de riquezas.

A criação de um sistema de proteção ao consumidor deve ser empregada para aqueles que possuem por característica serem pessoas naturais, sem a utilização de produtos ou serviços adquiridos com intuito profissional.

O empresário detém de mecanismos próprios para a defesa de seus interesses, tal como o Código Civil que estabelece as cláusulas gerais que servirão como aporte para a elaboração de contratos que satisfaçam os interesses das partes contratantes.

Nas palavras de Jobard-Bachellier (2002), na Alemanha são realizados estudos para reforma legislativa que tem o objetivo de dar tratamento diferenciado aos consumidores denominados pessoas físicas e aos empresários. Isso porque, necessita-se definir os papéis daqueles que são considerados consumidores e daqueles que utilizam o crédito para a manutenção de sua atividade empresarial.

O sistema norte-americano é extremamente útil no que se refere aos contratos. As partes estabelecem uma proposta, pormenorizam as cláusulas e hipóteses de resolução de conflitos e, havendo litígio, prevalece a vontade das partes, conforme acordado, aplicando-se multa em caso de rescisão contratual.

Nas decisões proferidas pelo STJ já citadas, existem duas hipóteses que trazem o conflito aparente de normas. São os REsp números 1010834/GO e 932557/SP.

demonstrar a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor, através de um dos aspectos presentes no princípio da vulnerabilidade”.

¹⁵² A aplicação do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a parte considerada como consumidora possa gozar da inversão do ônus da prova. As cláusulas nulas de pleno direito não poderão mais ser conhecidas de ofício pelo juiz, conforme súmula 381, do STJ.

No primeiro caso, “deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica”.

A vulnerabilidade é entendida como um estado da pessoa, que torna a relação jurídica desigual¹⁵³, estando “conectado de maneira imediata ao princípio da igualdade”¹⁵⁴.

Miragem (2010, p. 68) conclui que a vulnerabilidade é um princípio segundo o qual “estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação da relação de consumo”.

O art. 4º, inciso I do CDC¹⁵⁵ estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo reconhece como princípio a vulnerabilidade do consumidor, isto é, o reconhecem como a parte mais fraca da relação de consumo.

Ramos (2012) informa em seu texto, “A nova lei antitruste brasileira: uma agressão à livre concorrência” que a lei que protege a livre concorrência protege aqueles que não conseguem tornar sua produção eficiente. Significa dizer que aqueles empresários, que são mais eficientes que outros, investindo em tecnologia e aprimoramento, podendo inclusive reduzir os preços, ficam impedidos de realizar tal ato, por caracterizar concorrência desleal¹⁵⁶.

Da mesma forma, ocorre com o empresário que necessita adquirir produtos e serviços. Se atuar de forma eficiente, o Estado não precisará intervir na sua vontade, cabendo a ele apenas resolver litígios relacionados ao próprio cumprimento do contrato, colocando ambas as partes em pé de igualdade.

¹⁵³ MARQUES, 2006, p. 144.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, 2012, p. 91. “Aquele que é vulnerável necessariamente se encontra em uma relação desigual”.

¹⁵⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

¹⁵⁶ No mesmo sentido: PIRES, Klauber Cristofen. Lei antitruste: proteção da concorrência ou dos concorrentes? Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=70>> Acesso em 29 Ago. 2012. DiLORENZO, Thomas. The truth about Sherman. Disponível em: <<https://mises.org/daily/331>> Acesso em: 29 Ago. 2012. WOODS, Thomas. Monopólio e livre mercado: uma antítese. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=366>> Acesso em 29 Ago. 2012. SENNHOLZ, Hans F. Monopólio bom e monopólio ruim: como são criados e como são mantidos. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1057>> Acesso em: 29 Ago. 2012.

Finalmente, Martins da Costa (2008, p. 46-48) critica a forma pela qual o CDC é utilizado para privilegiar direitos que são nitidamente relacionados à prática empresarial, informando que o prazo de retratação destinado aos consumidores, insculpido no art. 49, do CDC, é instituto impróprio do direito empresarial, que exige “segurança nos negócios, agilidade, celeridade e presteza”¹⁵⁷.

¹⁵⁷ MARTINS DA COSTA, Geraldo Faria. Consumidor e profissional: contraposição jurídica básica. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 48.

5 O CONSUMIDOR NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Os Estados Unidos possuem um rico acervo histórico jurídico, e aliam o *common law* e a codificação de leis, criando um sistema híbrido. Desde a colonização, aquele país se preocupou com a resolução de problemas utilizando o direito inglês, mas sem se desvencilhar da cultura própria¹⁵⁸.

O sistema *common law* se difere do *civil law* em diversos aspectos, mas o principal é que neste as condutas são permitidas, não proibidas ou proibidas por leis, tal como ocorre no Brasil, enquanto Estado de Direito, imperativo encontrado no art. 5º da CR/88, em seu inciso II, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; enquanto naquele impera o direito jurisprudencial, capaz de nortear condutas segundo as decisões judiciais.

O motivo pelo qual se realiza um estudo comparado do direito norte-americano é aliar ambos os sistemas buscando, assim, uma interpretação única do instituto do direito do consumidor, haja vista que foi naquele país que a atenção sobre a defesa do consumidor foi iniciada, com a notória frase do ex-presidente John F. Kennedy, afirmando *Consumers by definition, include us all. They are the largest economic group, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Yet they are the only important group... whose views are often not heard*¹⁵⁹.

Da referida frase, retira-se o principal conceito de consumidor que se poderia ter acerca do sistema econômico de um país. Consumidor é qualquer pessoa física.

O Brasil, sem embargo, aplica o direito consumerista em benefício de pessoas físicas e de pessoas jurídicas, traçando um paralelo de que tanto um quanto o outro são hipossuficientes e, portanto, gozam da tutela diferenciada¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Os aspectos históricos dos Estados Unidos, considerando sua colonização, principalmente pela Inglaterra, fizeram com que o país adotasse o sistema da *common law*. Entretanto, não houve uma adoção pura e simples de um direito consuetudinário, que muitas ocasiões não supriam as necessidades que os conflitos demandavam. Neste contexto, concebeu-se uma adoção de um sistema proeminentemente da *common law*, sem perder de vista a *civil law* para nortear aspectos mais controversos. Nas palavras de SÉROUSSI: “Os Estados Unidos da América, Estado constitucional e federal, são da família da *common law*: direito escrito – direito jurisprudencial ‘dividem entre si’, portanto, o direito norte-americano”. SÉROUSSI, Roland. Introdução ao direito inglês e norte-americano. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 83-85.

¹⁵⁹ Tradução livre: Consumidores, por definição, somos todos nós. Eles são o mais grupo econômico, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas públicas e privadas. No entanto, eles são o único grupo importante... cujos pontos de vista não são ouvidos. John F. Kennedy. Congressional Statement. 15. Mar. 1962. Disponível em: <<http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights>> Acesso em: 18 de Agosto de 2012.

¹⁶⁰ Esta tutela refere-se à inversão do ônus da prova.

Apesar de haver nos EUA o sistema da *common law*, dificilmente as regras econômicas são submetidas apenas ao crivo do entendimento jurisprudencial, pelo contrário, há uma gama de leis escritas que norteiam e definem o papel econômico dos contratos, inclusive no que se refere ao consumidor¹⁶¹; o que não significa que tais leis escritas não foram submetidas, antes de se tornarem leis, a um julgamento com intuito de uniformizar entendimentos acerca de determinados litígios.

Atualmente, o Brasil vive uma crise de alteração de paradigmas que pode acarretar insegurança jurídica que prejudicará a livre iniciativa, tolhendo o crescimento econômico do país¹⁶². Isso porque, se determinado empresário necessita de um produto que não faz parte da cadeia de sua produção, objeto de sua atividade, poderá ser considerado hipossuficiente, e, sem embargo, será ele consumidor¹⁶³.

O sistema econômico norte-americano informa que o comportamento do indivíduo em sociedade o torna objeto de seus anseios¹⁶⁴ e, sendo assim, os contratos fazem parte da vida de qualquer indivíduo norte-americano, podendo ser definido como um compromisso ou uma promessa, reconhecido pelo direito, que geram direitos e obrigações¹⁶⁵.

Tanto o direito norte-americano como o brasileiro tratam o contrato como um ato de concordância de vontades das partes, capaz de gerar direitos e obrigações. Pressupõe-se que a relação contratual¹⁶⁶ é comutativa, recíproca e exprimida pela vontade dos contratantes.

¹⁶¹ Cf. A principal lei escrita que regula a atividade comercial nos EUA é o *Uniform Commercial Code*, que conta com definições, formação de contratos, diversos tipos de contratos, efeitos jurídicos, diferentes tipos e formas de empresários, direitos dos acionistas, enfim, um código único que dirige a atividade econômica do país.

¹⁶² O paternalismo jurídico exacerbado refugia investimentos, pois se coloca nas mãos de juízes a interpretação da vontade das partes, mitigando, muitas vezes, a vontade primeva. Mais informações: SAMPAIO Jr., Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho_barreto_sampaio_junior.pdf> Acesso em: 25 Ago. 2012.

¹⁶³ No Conflito de Competência nº 41.056 do STJ, o ministro Aldir Passarinho Junior entendeu que o consumidor é definido pela expressão “destinatário final”, que vem sendo, portanto, sendo o liame de debates acerca da extensão ou não do conceito de consumidor. Cf. CC 41056/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/06/2004, DJ 20/09/2004, p. 181 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302274186&dt_publicacao=20/09/2004> Acesso em 25 Ago. 2012.

¹⁶⁴ WRIGHT, D. Joshua. Behavioral law and economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective, George Mason University School of Law. NYU Journal of Law & Liberty, Vol. 2, No. 3, pp. 470-511, 2007.

¹⁶⁵ Tradução livre: *give rise to rights and obligations*.

¹⁶⁶ *Meeting of the minds*.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, não prevalecerão teorias jurídicas para a mitigação da vontade dos contratantes¹⁶⁷, valendo, para surtir os efeitos desejados de oferta e aceitação, a vontade das partes. Isso porque, os contratos são formados mediante a oferta, a aceitação e a contraparte.

O intuito, portanto, deste capítulo é abordar, de forma clara e objetiva, a aplicação do direito do consumidor nos Estados Unidos.

5.1 Conceito de consumidor

O Direito do consumidor nos Estados Unidos surgiu em 1891, com a criação da *New York Consumer's League* (Liga dos consumidores de Nova York), atualmente denominada como *Consumer's Union* (União dos consumidores), que é uma instituição que visa conscientizar consumidores sobre produtos, publicidade, direitos, enfim, todo e qualquer fato que possa influenciar o consumidor em seus direitos.

Neste contexto, é afirmado por diversos autores que o direito do consumidor advém do Direito Norte-americano, considerado como o berço deste ramo.

Cavaliere Filho (2008) informa que, no final do século XIX e início do século XX, surgiram os primeiros movimentos pró-consumidor nos países que estavam em franco desenvolvimento industrial, como a França, a Alemanha, a Inglaterra e, principalmente, os Estados Unidos¹⁶⁸.

A quebra da bolsa de valores, em 1929, impulsionou uma manifestação tímida no intuito de proteger o consumidor. Dois norte-americanos começaram uma organização, chamada *Consumer Research*, que em 1936 foi substituída pela *Consumers Union*, fundada nos Estados Unidos em 1936¹⁶⁹.

Cavaliere Filho (2008) informa acerca das maiores manifestações em prol da defesa do consumidor, relatando:

¹⁶⁷ *Because most contracts are relational, a special body of Law for relational contracts cannot be create. Instead, the general principles of contract law should be sufficiently expansive to deal appropriately with both relational and discrete contracts.* (BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel. *Good faith and fault in contract law*. Oxford University, New York: Clarendon Paperbacks, 2001, p. 20.

¹⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4

¹⁶⁹ Texto retirado do site: <http://www.duhaime.org/LegalResources/InternationalLaw/LawArticle-1250/United-Nations-Guidelines-for-Consumer-Protection.aspx>

Consumer protection law became a priority for industrialized and developing countries. In 1929, two Americans started a now-defunct organization called Consumers Research soon replaced by the Consumers Union, which was founded in the United States in 1936.

Em Nova York, por exemplo, Josephine Lowell criou a New York Consumers League, uma associação de consumidores que tinha por objetivo a luta pela melhoria das condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho feminino em fábricas e comércio. (...) Florence Kelley (1899) deu prosseguimento a este trabalho ao reunir as associações de Nova York, Boston, Chicago, Filadélfia e criar a Liga Nacional dos Consumidores (National Consumers League), com ênfase inicial nas condições de mulheres e crianças nas fábricas de algodão. (...) Já no século XX (1906), Upton Sinclair publica o romance socialista *The Jungle* (A selva), no qual descreve, de maneira bastante realista as condições de fabricação dos embutidos de carne e o trabalho dos operários dos matadouros de Chicago, bem assim os perigos e as precárias condições de higiene que afetavam tanto os trabalhadores como o produto final. A obra de Sinclair teve tamanha repercussão que décadas de resistência foram vencidas, culminando com a sanção, pelo Presidente Roosevelt, da primeira lei de alimentação e medicamentos (a Pure Food and Drug Act – PFDA), em 1906, e da lei de inspeção da carne (a Met Inspection Act), em 1907. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 04-05).¹⁷⁰.

Quando da criação do *New York Consumer's League* foram fomentados boicotes aos fornecedores, que também eram empregadores da massa trabalhadora, e estes exigiam condições dignas de trabalho.

Gama (2000) salienta

Um mau comerciante, que explorasse menores, velhos ou mulheres, ou que não se mostrasse razoável frente ao progresso dos direitos sociais, era execrado pelos sindicatos. Um curioso mecanismo de interligação entre as reivindicações trabalhistas e as aspirações dos consumidores gerou boicote aos maus fornecedores (GAMA, 2000, p. 03)¹⁷¹.

Cinco países (Austrália, Bélgica, Estados Unidos, Holanda e Reino Unido) compuseram a organização internacional da união dos consumidores [*International Organization of Consumers Union* (IOCU)], em 1960. Atualmente denominada *Consumers International* (CI).

A *Consumers International* (CI) é uma instituição composta por um grupo de consumidores que atua, contemporaneamente, em 115 países e congrega mais de duzentas e vinte associações de proteção e defesa do consumidor¹⁷².

¹⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4-5.

¹⁷¹ GAMA, Hélio Zagheto. Curso de direito do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 3.

¹⁷² Sobre a *Consumers International*, <http://www.consumersinternational.org/who-we-are/about-us>
Consumers International (CI) is the world federation of consumer groups that, working together with its members, serves as the only independent and authoritative global voice for consumers. With over 220 member organisations in 115 countries, we are building a powerful international movement to help protect and empower consumers everywhere. Founded in 1960, we are fighting for a fair, safe and sustainable future for all consumers in a global marketplace increasingly dominated by international corporations.

A título de informação, o Brasil é representado na *Consumers International* através do IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - e pelo PROCON. A organização é reconhecida pela ONU - Organização das Nações Unidas.

A *Consumers International* teve, inicialmente, o objetivo de fortalecer e facilitar a troca de informações entre organizações.

Mais tarde, os Estados Unidos foram colocados como pioneiros dos movimentos em prol dos direitos dos consumidores, quando o então presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, afirmou, em 15 de março de 1962:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas (...). Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos¹⁷³.

Em 1969, Richard Nixon, então presidente dos EUA, também fomentou a defesa do consumidor discursando

Acredito que o comprador na América hoje tem o direito de fazer uma escolha inteligente entre os produtos e serviços. O comprador tem o direito a informações precisas sobre a escolha que tomará. O comprador tem o direito à expectativa de que a sua saúde e segurança serão levados em consideração por aqueles que serão seus fornecedores. O comprador tem o direito de registrar sua insatisfação e sua queixa deverá ser ouvida e considerada, no momento em que seus interesses são mal servidos. O projeto de lei dos direitos do comprador vai ajudar a fornecer uma maior liberdade pessoal para os indivíduos, bem como melhores negócios para todos envolvidos no comércio¹⁷⁴.

Em 1973, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª sessão, ocorrida em Genebra, reconheceu como direito básico do consumidor

¹⁷³ *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest* (John Fitzgerald Kennedy)
 Texto original: *Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.*

¹⁷⁴ Texto original: *I believe that the buyer in America today has the right to make an intelligent choice among products and services. The buyer has the right to accurate information on which to make his free choice. The buyer has the right to expect that his health and safety is taken into account by those who seek his patronage. The buyer has the right to register his dissatisfaction, and have his complaint heard and weighed, when his interests are badly served. This "Buyer's Bill of Rights" will help provide greater personal freedom for individuals as well as better business for everyone engaged in trade.*
 Richard Nixon: "Special Message to the Congress on Consumer Protection.," October 30, 1969. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=2299>> Acesso em: 20 jul. 2012.

segurança, integridade física, intimidade, honra, informação e respeito à dignidade humana dos consumidores.

Outros fenômenos ocorreram ao redor do mundo, visando estabelecer e proteger os direitos básicos dos consumidores, tal como a Resolução nº 543 de 1973, do Conselho da Europa e a Resolução nº 39/248, de 1985, do Conselho Social e Econômico e da Organização das Nações Unidas.

Nesta data, ocorreu a publicação de 46 artigos, relativos às orientações da defesa do consumidor, que estabelecem no preâmbulo:

[...] Os consumidores muitas vezes enfrentam desequilíbrios em termos econômicos... e poder de barganha e... deve ter o direito de acesso aos produtos não perigosos...
Um dos "princípios gerais" que a ONU propõe como uma "necessidade legítima" do consumidor é:
Acesso à informação adequada... que lhes permitam fazer escolhas.... (E) disponibilidade de reparação eficaz dos consumidores¹⁷⁵.

Citam-se os principais artigos relativos ao direito do consumidor, notadamente acerca das responsabilidades dos Estados em preservar e buscar a tutela consumerista.

§ 9. Os governos deverão adotar ou incentivar a adoção de medidas apropriadas, incluindo sistemas jurídicos, regulando a segurança, normas nacionais ou internacionais, normas voluntárias e a manutenção de registros de segurança para garantir que os produtos são seguros para sua utilização normalmente previsível.

§ 24. Os governos deverão, quando apropriado, formular ou promover a elaboração e implementação de normas, voluntárias e outras, a nível nacional e internacional para a segurança e a qualidade dos bens e serviços e dar-lhes a devida publicidade. Os padrões e regulamentos nacionais para segurança e a qualidade do produto devem ser revistos de tempos em tempos, a fim de assegurar a sua conformidade, sempre que possível, às normas internacionais geralmente aceites¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Texto original: ... Consumers often face imbalances in economic terms ... and bargaining power and ... should have the right of access to non-hazardous products.... One of the "general principles" of what the UN puts forward as a "legitimate need" of a consumer is: Access ... to adequate information to enable them to make informed choices.... (and) availability of effective consumer redress.

¹⁷⁶ Texto original: §9. Governments should adopt or encourage the adoption of appropriate measures, including legal systems, safety regulations, national or international standards, voluntary standards and the maintenance of safety records to ensure that products are safe for either intended or normally foreseeable use. §24. Governments should, as appropriate, formulate or promote the elaboration and implementation of standards, voluntary and other, at the national and international levels for the safety and quality of goods and services and give them appropriate publicity. National standards and regulations for product safety and quality should be reviewed from time to time, in order to ensure that they conform, where possible, to generally accepted international Standards.

As referidas orientações, tidas como diretrizes padronizadas, também explicitam alguns direitos básicos do consumidor:

§ 10. (...) Os consumidores deverão ser instruídos sobre o uso correto dos bens e devem ser informados sobre os riscos envolvidos no uso pretendido ou normalmente previsível. As informações de segurança vitais devem ser transmitidas aos consumidores através de símbolos internacionalmente compreensível sempre que possível.

§ 12. Os governos devem, quando apropriado, adotar políticas em que, se um produto é seriamente defeituoso e / ou possa constituir um perigo substancial e grave, mesmo quando usados corretamente, os fabricantes e / ou distribuidores deverão recuperá-lo, substituir ou modificá-lo, ou possibilitar a troca por outro produto, se não for possível fazer isso dentro de um período razoável de tempo, o consumidor deve ser adequadamente compensado.

§ 13. As políticas governamentais deverão proporcionar aos consumidores maiores benefícios de seus recursos econômicos. Eles também deverão procurar alcançar as metas de produção e padrões de desempenho satisfatórios, métodos de distribuição adequada, práticas comerciais justas, marketing informativo e proteção efetiva contra prática que poderia prejudicar os interesses econômicos dos consumidores e do exercício de escolha no mercado local.

§ 16. Os governos deverão adotar e manter políticas que tornam clara a responsabilidade do produtor para garantir que as mercadorias atendam razoáveis níveis de utilidade, durabilidade e confiabilidade, e são adequados para a finalidade para a qual se destinam, e que o vendedor deve propiciar que estes requisitos sejam cumpridos. As políticas similares devem aplicar-se à prestação de serviços.

§ 17. Os Governos deverão estimular a concorrência leal e eficaz, a fim de fornecer aos consumidores com a maior gama de escolha entre produtos e serviços com o menor custo.

§ 18. Os governos deverão, sempre que necessário, fazer com que os fabricantes e / ou varejistas garantam a disponibilidade adequada de um serviço no pós-venda e garantam peças de reposição.

§ 19. Os consumidores deverão ser protegidos contra abusos em contratuais unilaterais (do tipo adesão), que prevejam a exclusão de direitos essenciais e as condições de crédito irresponsável pelos vendedores.

§ 20 As práticas de marketing, promocionais e de vendas deve ser guiadas pelo princípio do tratamento justo aos consumidores e devem atender aos requisitos legais. Isso requer o fornecimento das informações necessárias para permitir que os consumidores possam tomar decisões inteligentes e independentes, bem como medidas para assegurar que a informação fornecida é exata.

§ 28. Os governos deverão estabelecer e manter medidas jurídicas e / ou administrativa para permitir que os consumidores ou, quando apropriado, as organizações relevantes obtenham reparação através de procedimentos formais ou informais, e que sejam rápidos, justos, baratos e acessíveis. Tais procedimentos devem ter em conta particular das necessidades dos consumidores de baixa renda¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Texto original: §10. (...) Consumers should be instructed in the proper use of goods and should be informed of the risks involved in intended or normally foreseeable use. Vital safety information should be conveyed to consumers by internationally understandable symbols wherever possible.

§12. Governments should, where appropriate, adopt policies under which, if a product is found to be seriously defective and/or to constitute a substantial and severe hazard even when properly used, manufacturers and/or distributors should recall it and replace or modify it, or substitute another product for it; if it is not possible to do this within a reasonable period of time, the consumer should be adequately compensated.

Pelo contexto até então apresentado, o que se verifica é o nascimento do Direito do consumidor por uma necessidade da própria sociedade, prevendo, principalmente, o direito de informação ao consumidor.

Àquela época, o consumidor era posto numa situação de total desconforto, frente às negociações impostas por fornecedores, o que fez com que surgissem instituições próprias exigindo tratamentos dignos aos consumidores.

De sobremaneira, houve imposição estatal imediata na regulamentação do direito do consumidor. Pelo contrário, os consumidores se organizaram e exigiram dos próprios fornecedores posturas imprescindíveis à própria sustentação da economia.

Fazal, presidente do Consumers International, relatou, durante a vigência de seu mandato, período de 1978 a 1984 que

Nós nos tornamos uma voz poderosa e respeitada dos consumidores em nível global como nunca antes. Uma voz que não só desafiou as maiores corporações e ganhou, mas também que exigiu das Nações Unidas, de modo nunca antes visto, sistemas para alcançar resultados reais para pessoas reais.¹⁷⁸

§13. Government policies should seek to enable consumers to obtain optimum benefit from their economic resources. They should also seek to achieve the goals of satisfactory production and performance standards, adequate distribution methods, fair business practices, informative marketing and effective protection against practices which could adversely affect the economic interests of consumers and the exercise of choice in the market-place.

§16. Governments should adopt or maintain policies that make clear the responsibility of the producer to ensure that goods meet reasonable demands of durability, utility and reliability, and are suited to the purpose for which they are intended, and that the seller should see that these requirements are met. Similar policies should apply to the provision of services.

§17. Governments should encourage fair and effective competition in order to provide consumers with the greatest range of choice among products and services at the lowest cost.

§18. Governments should, where appropriate, see to it that manufacturers and/or retailers ensure adequate availability of reliable after-sales service and spare parts.

§19. Consumers should be protected from such contractual abuses as one-sided standard contracts, exclusion of essential rights in contracts, and unconscionable conditions of credit by sellers.

§20. Promotional marketing and sales practices should be guided by the principle of fair treatment of consumers and should meet legal requirements. This requires the provision of the information necessary to enable consumers to take informed and independent decisions, as well as measures to ensure that the information provided is accurate.

§28. Governments should establish or maintain legal and/or administrative measures to enable consumers or, as appropriate, relevant organizations to obtain redress through formal or informal procedures that are expeditious, fair, inexpensive and accessible. Such procedures should take particular account of the needs of low-income consumers.

¹⁷⁸ FAZAL, Anwar. IOCU/Consumers International President, 1978 – 1984. Texto original: *We became a powerful and respected voice of consumers globally as never before. A voice that not only challenged the largest corporations and won, but which also engaged the UN system in ways never seen before to achieve real results for real people.* Disponível em <http://www.consumersinternational.org/media/33263/ci50ebook-english.pdf>, acesso em 20 jul 2011

As análises acerca da proteção da figura do consumidor aparecem em termos e associações específicas que têm o objeto de disciplinar o comportamento do consumidor. Como exemplo, o professor Wright (2007) denota que a sedução do mercado do crédito acaba por colocar o consumidor numa situação de crise de superendividamento. Noutro estudo, publicado pelo *Jornal Europeu de Competição*, Huffman (2010) afirma que o direito concorrencial deve proteger o consumidor, considerando que esta é, provavelmente, a figura mais importante do mercado, por garantir a plena concorrência¹⁷⁹.

5.2 Os contratos e o direito do consumidor

O direito contratual norte-americano é dotado de simplicidade, pois o que prevalece é a vontade das partes. Veja-se o US Uniform Commercial Code em sua cláusula 440.1201, item 11 que estabelece que contrato “*means the total legal obligation which results from the parties' agreement as affected by this act and any other applicable rules of law*”¹⁸⁰.

As regras e princípios que regem os contratos derivam do *common law* inglês, sendo que cada estado federativo possui autonomia para editar normas acerca do direito contratual, tendo como base o *US UCC*¹⁸¹.

Uma outra fonte que enriquece o corpo normativo contratual são as agências governamentais que atuam como auxiliares na regulação do direito contratual, tais como a *Federal Trade Commission*, *Federal Reserve Board*, *U.S. Department of Housing and Urban Development* e *Better Business Bureau*.

Para que haja, portanto, a validade de um contrato é necessária a presença de quatro elementos, definidos pela doutrina como: *an offer, counteroffer, and acceptance; consideration; detailed terms; no valid defenses*¹⁸².

¹⁷⁹ “*The dictum that competition law should be primarily concerned with consumer welfare is more fully understood to mean competition law seeks to prevent harm to competition, and consumer welfare will be thereby maximised*”. HUFFMAN, Max. *Bridging the divide? Theories for integrating competition law and consumer protection*. *European Competition Journal*. Apr. 2010, p. 10.

¹⁸⁰ Tradução livre: [contrato] é uma obrigação jurídica resultante de um acordo entre as partes afetadas por este ato e qualquer outra regra em direito aplicável.

¹⁸¹ *These range from “common law” principles, derived by our courts from early English precedents, to state laws that govern the buying and selling of goods and services, most of them variations of what’s known as the Uniform Commercial Code*. MILKO, George; OSTEBERG, Kay; RUDY, Theresa Meehan. *The practical law manual to consumer legal affairs*. Random House Inc, Westminster, Maryland, U.S.A., 1991, p. 7.

A proposta constitui o convite para firmar um acordo ou promessa de compra e venda ou prestação de serviço. A contraproposta não constitui a aceitação da proposta realizada, mas sim o cancelamento da proposta inicial, com a realização de uma nova. Por sua vez, a aceitação é o ato pelo qual ambas as partes estão de acordo com a proposta ou com a contraproposta realizada. Diz-se que, após a aceitação, a parte não pode mais desistir da proposta¹⁸³.

Para a validade do contrato, exige-se a compensação que é o momento em que uma das partes cede à outra algo em troca da proposta realizada. Na maioria das transações realizadas, há a troca de dinheiro por produtos ou serviços, conhecidos como os contratos de compra e venda e prestação de serviços. Portanto, inexistente contrato quando apenas uma das partes cede algum bem ou direito à outra, sem a contraprestação¹⁸⁴.

As condições ou os termos pormenorizados dizem respeito às cláusulas que regerão a relação obrigacional, informando quem são as partes, objeto, lugar, tempo, preço e demais detalhes que as partes quiserem dispor.

Finalmente, têm-se as possibilidades de defesa que podem invalidar o contrato, tais como a proposta ser ilícita, ausência de capacidade para contratar, possibilidade de fraudes, coação e abuso de influência e demais disposições abusivas. Entretanto, caso não ocorra algum desses casos, o contrato deverá ser cumprido.

Ademais, o direito norte-americano interpreta os contratos considerando a sua utilidade. Para tanto, o termo *four corner test* se presta a interpretar a vontade das partes, fundando-se nos seguintes parâmetros¹⁸⁵:

- a) O contrato escrito deve conter as intenções precisas e firmes (*integrated contract*), sendo que a prova oral contrária à convenção escrita não é admitida;

¹⁸² Tradução livre: uma proposta, uma contraproposta e a aceitação; compensação; termos pormenorizados; e ausência de vícios.

¹⁸³ "You also can withdraw an offer anytime before it is accepted. (...) Some states make exception and prohibit business to rescind offers they have promised in writing to keep open for a specified time". MILKO, George; OSTEBERG, Kay; RUDY, Theresa Meehan. *The practical law manual to consumer legal affairs*. Random House Inc, Westminster, Maryland, U.S.A., 1991, p. 13.

¹⁸⁴ Cf. MILKO, George; OSTEBERG, Kay; RUDY, Theresa Meehan. *The practical law manual to consumer legal affairs*. Random House Inc, Westminster, Maryland, U.S.A., 1991, p. 14.

¹⁸⁵ SÉROUSSI, Roland. Introdução ao direito inglês e norte-americano. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 120 - 121.

- b) O contrato é considerado como um todo e como tal, interpretado em sua integralidade;
- c) O juiz, ao determinar os elementos importantes do contrato, os interpretará de forma comum, despidendo o contrato de qualquer sentido técnico de difícil compreensão;
- d) As cláusulas contratuais que forem livremente negociadas entre os contratantes prevalecem sobre as cláusulas que contêm disposições gerais ou forem pré-impressas;
- e) As disposições contratuais específicas prevalecem sobre as cláusulas gerais.

O conceito de consumidor é muito bem definido no direito norte-americano, cabendo apenas informar que as partes, por muitas vezes, realizam apenas um contrato verbal, no qual o consumidor adere ao contrato, adquirindo produtos ou serviços colocados à sua disposição pelo fornecedor.

Qualquer que seja, portanto, o defeito ou vício do produto ou do serviço será passível de resolução de diversas formas, cabendo aos órgãos governamentais¹⁸⁶ mediar os problemas não resolvidos pela via amigável.

Resta saber como os contratos consumeristas são firmados de acordo com o direito norte-americano.

Inicialmente, seguem os mesmos parâmetros de qualquer contrato, isto é, existe a proposta ou a oferta, a contraproposta, caso seja aplicável, a contraprestação, detalhes da venda do produto ou serviço e cumprimento da obrigação.

No estado da Califórnia, por exemplo, para a formação de um contrato é necessário o cumprimento dos seguintes requisitos: capacidade civil para contratar, vontade, objeto lícito e a contraprestação¹⁸⁷. O *Uniform Commercial Code* do estado da Califórnia prevê, na Seção 9102, que o consumidor é aquele que adquire serviços ou produtos com intuito de utilização pessoal, familiar ou doméstico¹⁸⁸,

¹⁸⁶ Federal Trade Commission, Federal Reserve Board, U.S. Department of Housing and Urban Development e Better Business Bureau.

¹⁸⁷ *California Civil Code*, § 1550. (1) *Parties capable of contracting*; (2) *Their consent*; (3) *A lawful object*; and (4) *A sufficient cause or consideration*. Disponível em: <http://www.leginfo.ca.gov/html/civ_table_of_contents.html> Acesso em: 25 Ago. 2012.

¹⁸⁸ (23) *"Consumer goods" means goods that are used or bought for use primarily for personal, family, or household purposes.* (24) *"Consumer-goods transaction" means a consumer transaction in which*

significando que as pessoas jurídicas, mais precisamente os empresários, não estão incluídos nesta conceituação.

O *Fair credit reporting act* estabelece no §603, “b” e “c” que por pessoa deve-se entender “*any individual, partnership, corporation, trust, estate, cooperative, association, government or governmental subdivision or agency, or other entity*” e por consumidor apenas “*an individual*”¹⁸⁹.

5.3 Consumidor- empresário

Com o avanço dos direitos dos consumidores, a *Consumers International* ampliou o leque de direitos básicos do consumidor para garantir: segurança, informação, direito de escolha, direito de voz (reclamação), reparação por eventuais defeitos ou vícios, direito à educação consumerista e direito a um ambiente saudável¹⁹⁰. Por tais motivos, atualmente, os Estados Unidos possuem leis que regulam o direito do consumidor americano, podendo-se citar: *Fair Debt Collection Practices Act* (Lei que regula as práticas de cobrança de dívidas), *Fair Credit Reporting Act* (Lei que regula a divulgação de informações pessoais), *Truth in Lending Act* (Lei que regula as informações sobre disponibilização de crédito), *Fair*

both of the following conditions are satisfied: (A) An individual incurs an obligation primarily for personal, family, or household purposes. (B) A security interest in consumer goods secures the obligation. (25) "Consumer obligor" means an obligor who is an individual and who incurred the obligation as part of a transaction entered into primarily for personal, family, or household purposes. (26) "Consumer transaction" means a transaction in which (i) an individual incurs an obligation primarily for personal, family, or household purposes, (ii) a security interest secures the obligation, and (iii) the collateral is held or acquired primarily for personal, family, or household purposes. The term includes consumer-goods transactions. Disponível em: < <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=com&group=09001-10000&file=9101-9110>> Acesso em: 25 Ago. 2012.

¹⁸⁹ Tradução livre: qualquer indivíduo, sociedade, corporação,

¹⁹⁰ Mais informações: <http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights>, acesso em 20 jul 2011

The right to safety - To be protected against products, production processes and services which are hazardous to health or life.

The right to be informed - To be given the facts needed to make an informed choice, and to be protected against dishonest or misleading advertising and labelling.

The right to choose - To be able to select from a range of products and services, offered at competitive prices with an assurance of satisfactory quality.

The right to be heard - To have consumer interests represented in the making and execution of government policy, and in the development of products and services.

The right to redress - To receive a fair settlement of just claims, including compensation for misrepresentation, shoddy goods or unsatisfactory services.

The right to consumer education - To acquire knowledge and skills needed to make informed, confident choices about goods and services, while being aware of basic consumer rights and responsibilities and how to act on them.

The right to a healthy environment -To live and work in an environment which is non-threatening to the well-being of present and future generations.

Credit Billing Act (Lei que regula a proteção contra práticas abusivas de crédito), entre outras.

As referidas normas têm como objetivo regular e disciplinar as práticas comerciais entre o consumidor e o fornecedor, geralmente pessoa jurídica.

Diz-se que as relações se dão entre consumidor e fornecedor, tendo como base o consumidor sendo uma pessoa física, porque as relações comerciais existentes entre pessoas jurídicas são reguladas pelo *Uniform Commercial Code* (Código Comercial Unificado) e em seu Artigo 1º - Das Disposições Gerais, Segunda Parte – definições e princípios gerais de interpretação, §1-201, 11, informa que consumidor é um indivíduo que contrata uma operação para uso essencialmente pessoal, familiar ou para uso doméstico¹⁹¹.

Por sua vez, o *Consumer Protection Act, 1986*, estabelece em seu Capítulo 1; 2, “d”, “(i)”, em sua parte final, que não pode ser considerada consumidora aquela pessoa que adquire bens para fins de revenda ou para qualquer fim comercial¹⁹².

Karsaklian (2000)¹⁹³, em sua obra, informa que o consumidor, como ser humano, é dotado de vontades, vontades estas que dão preferência a determinados produtos ou serviços conforme sua percepção de realidade. A autora referencia aos líderes de opinião “cujo aval é infinitamente superior em se tratando de influência do que a mais credível das propagandas”. Na leitura do livro, há um estudo sobre como, porque e o que o consumidor¹⁹⁴ adquire, mediante seu comportamento.

¹⁹¹ Texto original disponível em <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/article1.htm>, acesso em 20 jul 2011: PART 2. GENERAL DEFINITIONS AND PRINCIPLES OF INTERPRETATION § 1-201. General Definitions. (11) "Consumer" means an individual who enters into a transaction primarily for personal, family, or household purposes.

¹⁹² Texto original, disponível em: http://ncdrc.nic.in/1_1.html#_Hlk149660945, acesso em 20 jul. 2011. (d) "consumer" means any person who (i) buys any goods for a consideration which has been paid or promised or partly paid and partly promised, or under any system of deferred payment and includes any user of such goods other than the person who buys such goods for consideration paid or promised or partly paid or partly promised, or under any system of deferred payment when such use is made with the approval of such person, but does not include a person who obtains such goods for resale or for any commercial purpose; or (ii) hires or avails of any services for a consideration which has been paid or promised or partly paid and partly promised, or under any system of deferred payment and includes any beneficiary of such services other than the person who hires or avails of the services for consideration paid or promised, or partly paid and partly promised, or under any system of deferred payment, when such services are availed of with the approval of the first mentioned person but does not include a person who avails of such services for any commercial purposes;

¹⁹³ KARSAKLIAN, Eliane. Comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2000, p. 11-14.

¹⁹⁴ O consumidor é a pessoa física que participa no mercado com suas escolhas, retirando produtos ou serviços de circulação.

São quatro teorias que embasam a pesquisa realizada pela citada autora, Teoria behaviorista, Teoria cognitivista, Teoria psicanalítica e Teoria humanista¹⁹⁵. Pelo behaviorismo, estuda-se o comportamento do consumidor em seu aspecto motivacional. A Teoria cognitivista propõe a análise do motivo pelo qual há o consumo pelo indivíduo (percepção, pensamento e raciocínio, os valores, as crenças, as opiniões e as expectativas que regularão a conduta para uma meta almejada¹⁹⁶). A Teoria psicanalítica de Sigmund Freud entende que o comportamento humano e, por sua vez, do consumidor é determinado pelos instintos da vida. Finalmente, tem-se a Teoria humanista que estabelece que por meio das necessidades internas e externas o fenômeno do comportamento do consumidor se verifica.

Noutra posição (norte-americana), o consumidor é considerado como aquele sujeito que compra os serviços para uso pessoal, e não o usa como manufatura ou revenda. Consumidor é aquele que toma decisões sobre se comprará ou não algum produto, é aquele que pode ser influenciado pelo marketing ou anúncios. Isto é, consumidor é aquele vai até uma loja e compra um brinquedo, uma camiseta, refrigerante, ou qualquer outra coisa, ou seja, que toma tais decisões como consumidores¹⁹⁷.

A Comissão Federal de Comércio dos EUA informa que as leis de proteção do consumidor são uma forma importante de complementação das políticas de competição¹⁹⁸, definindo, *[c]onsumer protection regulation denotes a body of law designed to protect a consumer's interests at the level of the individual transaction*¹⁹⁹.

¹⁹⁵ O behaviorismo considerou todo o comportamento como uma função do impulso (derivado de necessidade biológicas) e do hábito. O impulso leva o organismo cegamente à ação. Os hábitos são criados pela contiguidade da resposta ao esforço. A presença do reforço reduz o impulso. (...) Teoria cognitivista: Uma vez estabelecida a importância das cognições na orientação do comportamento, estudou-se também o conflito entre elas. Os estudos sobre dissonância cognitiva também podem ser enquadrados na abordagem cognitiva. (...) Teoria psicanalítica – Os estudos de motivação desembocam em resultados interessantes e, muitas vezes, inesperados, sobre o que se passa na mente de um consumidor quando faz certas compras. (...) Teoria humanista – ... o organismo torna-se motivado por meio de necessidades internas ou externas que podem manifestar-se tanto no nível fisiológico como no nível psicológico. KARSAKLIAN, Eliane. Comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2000, p. 23-30.

¹⁹⁶ KARSAKLIAN, Eliane. Comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24.

¹⁹⁷ Texto original. *An individual who buys products or services for personal use and not for manufacture or resale. A consumer is someone who can make the decision whether or not to purchase an item at the store, and someone who can be influenced by marketing and advertisements. Any time someone goes to a store and purchases a toy, shirt, beverage, or anything else, they are making that decision as a consumer.* Cf. <http://www.investorwords.com/1055/consumer.html#ixzz1yO7yTsx8>

¹⁹⁸ WE Kovacic, Competition Policy, Consumer Protection, and Economic Disadvantage (2007) 25

Por sua vez, o *US. UCC* define o consumidor como *the individual, end-user consumer*²⁰⁰, limitando a aplicação da proteção ao consumidor aos *individuals where the subject of the transaction is primarily for personal, family, or household purposes*²⁰¹.

Neste sistema de regras comerciais, os EUA conseguem separar a aplicação das regras comerciais a diversos tipos de negociações, com suas particularidades, o que denota um avanço na proteção jurídica dos institutos similares²⁰².

Journal of Law & Policy 101, 114. Texto original: *consumer protection laws are important complements to competition policy.*

¹⁹⁹ Tradução livre: A regulamentação da proteção do consumidor indica um corpo de leis destinada a proteger os interesses dos consumidores, considerando uma transação individual. HUFFMAN, Max. *Bridging the divide? Theories for integrating competition law and consumer protection.* European Competition Journal. Apr. 2010, p. 7.

²⁰⁰ Tradução livre: um indivíduo, que é usuário final. In re Intel Corp, FTC Dkt No 9341, Compl paras 4, 10, 103 (filed 16 December 2009) (alleging “deceptive acts or practices” with victims of those practices presumably being Intel’s computer manufacturer customers).

²⁰¹ Tradução livre: indivíduos, onde o objeto da transação servirá para os fins pessoais, familiares ou domésticos. In *US. Uniform Commercial Code*. Título 1. Código Comercial Uniforme, Capítulo 3, Instrumentos de negociação. Seção 3.103, definições, (3).

²⁰² “Os juízos elaboraram, pacientemente, uma regra muito útil, considerada nos Estados Unidos a que mais eficiente para sondar os corações e as entranhas dos contratantes: o *four corner test*”. SÉROUSSI, Roland. Introdução ao direito inglês e norte-americano. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 120.

6 CONCLUSÃO

Diversos autores estudam o conceito de consumidor partindo da análise do art. 2º do CDC para aplicar suas regras nas relações jurídicas firmadas entre empresários. Traçam teorias que circundam o ramo do direito do consumidor, sem, contudo, dar o esmero necessário a este ramo do direito.

Neste trabalho, parte-se da análise de mercado, do contrato, do consumidor e das decisões judiciais. Tratou-se também do direito comparado como fonte necessária ao entendimento do que é consumidor nos Estados Unidos. Dessa forma, não se buscou apenas conceituar o consumidor, mas também verificar a viabilidade de aplicação das normas consumeristas no âmbito das relações jurídicas empresariais.

Para tanto, volta-se ao estudo da principal relação jurídica econômica, que se dá no âmbito contratual.

O desenvolvimento da economia no mercado se dá a partir da aferição de diversos fatores, entre os quais, a Lei da Oferta e da Procura, o comportamento do consumidor e as políticas públicas de incentivo ou desestímulo do consumo. Neste mercado, ocorre um fenômeno que instiga a eficiência dos empresários que procuram desenvolver suas atividades: a concorrência, que é a disputa entre empresários, em condições de igualdade, num mesmo segmento, buscando uma maior penetração no mercado de consumo.

Nesse enredo, o contrato sendo um acordo de vontades, exprimido por sujeitos capazes para a realização de um determinado fim, passou por diversas alterações, principalmente, no exercício do princípio da autonomia da vontade, que ora era ampliado, ora era limitando. Atualmente, o contrato é um acordo de vontades para gerar efeitos de produção ou circulação de bens ou serviços, cumpridos os princípios da boa-fé e da função social.

O direito comercial se desenvolveu com a Revolução Francesa, considerando que, havendo maior liberdade de contratar, as regulamentações relativas à atividade dos comerciantes também se desenvolveriam; permitindo, assim, que o homem pudesse ser o objeto central do direcionamento das normas, e não mais o Estado. Com o desenvolvimento do direito comercial, desenvolveram-se, também, os contratos mercantis.

Em vista disso, os contratos não apenas davam liberdade de contratar os indivíduos, mas também de direcionar cada ramo do Direito que com ele pudesse ter conexão respectiva. Os contratos civis regulavam as relações jurídicas entre particulares, como é o caso de compra e venda de bens imóveis e móveis. Os contratos trabalhistas disciplinam as relações jurídicas entre empregados e empregadores. E, por derradeiro, os contratos mercantis regiam as relações jurídicas entre comerciantes.

A partir da Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra no século XVIII, um novo ramo do direito começa a propagar com o aumento da população nos centros urbanos, o Direito do Consumidor. A produção em série supre as necessidades das pessoas que se aglomeravam nas cidades. E com a progressão da tecnologia, outros problemas jurídicos iniciaram-se, tais como, qual é o tipo de relação jurídica estabelecida entre o fornecedor e o consumidor e qual a melhor forma de resolução desses conflitos? Isso porque, a produção em série gera contratos padronizados, em que o sujeito adere àqueles se quiser adquirir o produto ou o serviço ofertado. Neste período, vigia o princípio do *pacta sunt servanda*, obrigando os contratantes a cumprir o que fora avençado.

Após a segunda-guerra mundial ocorreu o desenvolvimento da tecnologia e da ciência; e a globalização, diminuiu o espaço entre as relações consumeristas, incrementado pela publicidade, que ditava regras comportamentais para fomentar a aquisição de produtos e serviços.

O Direito Brasileiro regulamentou os direitos do consumidor em 1990 quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, colocando-o num patamar de hipossuficiência em relação ao fornecedor, considerando as práticas abusivas perpetradas. A definição de consumidor é trazida no art. 2º do referido código e informa que consumidor é qualquer “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A doutrina e a jurisprudência teceram uma série de considerações para atender ao conceito de consumidor de forma satisfatória. Entretanto, o que vem sendo discutido é a aplicação do CDC nas relações jurídicas empresariais. Veja que o art. 2º da Lei n. 8.078/90 informa que o consumidor pode ser uma pessoa jurídica, portanto, o empresário pode ser considerado consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça já aplicou a Teoria Maximalista, em que o empresário é consumidor se retirar o produto ou o serviço do mercado, seja em prol

da sua atividade ou não. Também já aplicou a Teoria Finalista, informando que o empresário não pode ser considerado consumidor, pois não é destinatário final do produto ou serviço que adquire. Noutra compreensão, aplicou-se a Teoria do Finalismo Mitigado em que o empresário será reputado consumidor se demonstrar ser vulnerável na relação jurídica.

Ainda não se tem um entendimento unânime sobre a aplicação do CDC nas relações jurídicas entre empresários, contudo, o que se percebe é uma tentativa de partir exclusivamente do conceito trazido pelo art. 2º do CDC para adotar a aplicação ou não do CDC.

Aplicando-se a Teoria do Finalismo Mitigado, que é a tendência do STJ, pode-se informar que, se um empresário adquirir um bem ou serviço que foge totalmente à sua atividade principal, ele será considerado vulnerável, pois não possui conhecimentos técnicos. Se assim for considerado, mesmo em se tratando de um empresário de grande porte, poderá o mesmo ser considerado consumidor, em face de sua vulnerabilidade técnica.

Apesar disso, o STJ decidiu que, em se tratando de empresário de médio e grande porte, não serão aplicadas as regras do CDC, por não haver superioridade técnica, jurídica, fática ou econômica.

Há de se discordar de tal entendimento, pois qualquer atividade, seja ela de pequeno, médio ou grande porte, se o contrato realizado entre empresários tiver por objeto um determinado produto ou serviço alheio à atividade empresarial do adquirente, não deterá este de conhecimento técnico.

Qual é, portanto, o melhor tratamento a ser dado ao empresário numa relação jurídica entre empresários?

O empresário, no exercício de suas atividades, necessita contratar qualquer tipo de bem ou serviço, esteja ele ligado direta ou indiretamente ao objeto social. Em virtude da unificação do direito privado, relativamente às obrigações, o empresário se submete, nas relações jurídicas entre empresários, às regras do Código Civil, em que se estabelecem as cláusulas que regerão qualquer contrato.

Dessa feita, existe, no nosso ordenamento jurídico, um diploma legal capaz de orientar e disciplinar as relações jurídicas entre empresários. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor, nessas relações, são impróprias ao próprio ramo do Direito Empresarial.

Como lição, toma-se o art. 423 do Código Civil que estabelece que, nos contratos de adesão, quando houver “cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. A proteção do empresário se dá na forma legal, quando houver possibilidade de aplicação de cláusulas que possam causar-lhe prejuízos, mas não por ser uma relação jurídica em que ele é hipossuficiente, mas sim pela aplicação do Código Civil nas relações empresariais.

O direito norte-americano exclui da aplicação do direito do consumidor aos empresários, por haver um diploma legal próprio que trata das relações jurídicas entre empresários, o *Uniform Commercial Code U.S.* Fica reservada a legislação consumerista a um fornecedor e a uma pessoa que adquire um produto ou serviço para fins pessoais, familiares ou domésticos.

Sustenta-se, destarte, que as relações jurídicas são divididas conforme o objeto do contrato, os efeitos e a extensão a que se pretende alcançar com a realização da transação. Logo, cada contrato, regulado por seu respectivo diploma, não pode interferir em outro ramo do direito.

Na Alemanha e na Itália ocorreram alterações nas legislações consumeristas que excluíram o empresário do conceito de consumidor.

Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei (PL 1.572/2011) que institui o Código Comercial, que exclui da aplicação das normas consumeristas quando a “relação obrigacional envolver, como credor e devedor principal” empresários, aplicando-se, dessa maneira, as normas do Código Comercial.

Mesmo com o referido projeto de lei, o seu art. 297 informa que é “empresarial o contrato quando forem empresários os contratantes e a função econômica do negócio jurídico estiver relacionada à exploração de atividade empresarial”. Neste ponto, o que causaria interpretações que remeteriam à aplicação do CDC é a expressão se o “negócio jurídico estiver relacionado à exploração de atividade empresarial”.

Certo é que o Brasil vem experimentando o paternalismo jurídico exacerbado, em que a tutela estatal toma às vezes da autonomia da vontade do contratante e interpreta o contrato realizado, até mesmo, excluindo determinadas cláusulas, por não serem benéficas a ele.

A aplicação do CDC, da forma como vem sendo realizada, traz insegurança no meio empresarial, pois pode prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência. Se de um lado o Estado favorece empresários aplicando o CDC, de outro diminui ou

exclui outros empresários de participarem da economia mediante disponibilização de seus produtos ou serviços. Pode, ainda, gerar um aumento do preço final dos produtos ou serviços, para diluir prejuízos ou eventuais prejuízos.

O direito empresarial é dotado de princípios e regras próprias que são incompatíveis com o direito do consumidor. Neste há proteção total do consumidor em qualquer relação jurídica, evitando-se o cometimento de abusos. Naquele, a autonomia da vontade está presente e deve se manter sem intervenção estatal, pois somente assim pode-se gerar a circulação de riquezas e permitir o desenvolvimento da economia.

Exemplificando, o direito do consumidor estabelece que o consumidor tem o direito de desistir do contrato realizado, se a contratação ocorrer fora do estabelecimento do fornecedor. O direito empresarial, por sua vez, pelo próprio dinamismo, agilidade, presteza e segurança dos negócios não permite que as atividades sejam submetidas à cláusula de arrependimento compulsória.

Outra cláusula que não se aplica aos contratos empresariais prevista na norma consumerista refere-se à venda casada. A Lei n. 12.529/11 que trata das normas antitruste informa que não será infração contra a ordem econômica a prática de venda casada e a recusa de fornecimento de produtos ou serviços, quando estas não tiverem por escopo a eliminação da concorrência, o domínio de mercado ou o aumento arbitrário dos lucros. Logo, em se tratando de contratos empresariais, a prática da venda casada e a recusa de fornecimento de produtos e serviços são permitidas, o que não é admitido pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 39, incisos I e II.

O que corrobora com a afirmação supracitada, de que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é incompatível com o direito empresarial, é o fato de que o instituto dos contratos varia conforme o seu âmbito de aplicação, e, portanto, os contratos empresariais, também diferem dos contratos consumeristas.

REFERÊNCIAS

- ADRIAANSE, John. *Construction contract law*. New York: Palgrave Macmillan, 2006.
- ALLEN, Clark Lee; MORGNER, Aurelius; STROTZ, Robert H. *Problems in the theory of price*. New Jersey: Prentice-Hall, 1948.
- AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. In *Studia iuridica – Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 48, p. 380, 1999/2000.
- ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Atlas, 1988. ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX*. Tradução de Vera Ribeiro; rev. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- ARISTÓTELES. *Constituição de atenas*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 103-247.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Novo Código Civil: a unificação das obrigações e o novo direito empresarial*. São Paulo: Manole, 2002.
- ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer). *Revista dos Tribunais*, 750/117.
- BARNES, Peter. *The JCT 05 Stantard building sub-contract*. Oxford: Blackwell, 2005.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Síntese da evolução histórica do Direito comercial Brasileiro*, in *RDM*, 15 [24]: 23-27, 1976.
- BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel. *Good faith and fault in contract law*. Oxford University, New York: Clarendon Paperbacks, 2001.
- BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, 2. ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BLOCK, Walter. *Alienability, inalienability, paternalism and the law: reply to Kronman*. American journal of criminal law, v. 28, n. 3, p. 351-371, sept. 2001

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade – para um teoria geral da política*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL, Câmara dos deputados. PL 1572/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>> Acesso em: 24 jun. 2012.

BRASIL, Decreto n. 737, de 25 de nov. de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1800-1850/D737.htm> Acesso em: 28 mai. 2012.

BRASIL, Lei n. 556, de 25 de jun. de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm> Acesso em: 28 mai. 2012.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de set. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 28 mai. 2012.

BRASIL, Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 28 mai. 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 28 mai. 2012.

BRASIL. Lei n. 556, de 25 de jun. de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm> Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CC 41056/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/06/2004, DJ 20/09/2004, p. 181 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302274186&dt_publicacao=20/09/2004> Acesso em 25 Ago. 2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1196951/PI, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 09/04/2012) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000998420&dt_publicacao=09/04/2012> Acesso em: 28 Ago. 2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 445854/MS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2003, DJ 19/12/2003, p.

453) Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200797549&dt_publicacao=19/12/2003> Acesso em: 27 Ago. 2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 541867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/11/2004, DJ 16/05/2005, p. 227) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300668793&dt_publicacao=16/05/2005> Acesso em: 27 Ago. 2012.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

BULGARELLI, Waldírio. *Direito comercial*. São Paulo: Atlas, 1999.

CALIFORNIA. *California Civil Code*. Disponível em: <http://www.leginfo.ca.gov/html/civ_table_of_contents.html> Acesso em: 25 Ago. 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CÂNDIDO, Vicente. Código Comercial: justificação. Texto disponível <<http://participacao.mj.gov.br/codcom/justificacao>> Acesso em 24 jun. 2012.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atual. por Ricardo Negrão. Vol. 1, Livro 1. Campinas: Bookseller, 2000

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALLI, Cássio. *Direito comercial: passado, presente e futuro*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

COFFIN D. M., on *Appeal: courts, lawyering and judging*. New York: W.W. Norton & Company, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nova série, ano XXXV, n. 104, p. 110-126, São Paulo, out.-dez. 1996.

CONSUMER INTERNATIONAL. *About us*. Disponível em: <<http://www.consumersinternational.org/who-we-are/about-us>> Acesso em: 25 Ago. 2012.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. v. I, Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Philomonte J. da. *Autonomia do direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

DEYON, Pierre. *O mercantilismo*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1973.

DiLORENZO, Thomas. *The truth about Sherman*. Disponível em: <<https://mises.org/daily/331>> Acesso em: 29 Ago. 2012.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho: publico e privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

DUHAIME, Lloyd. *United Nations Guidelines for Consumer Protection*. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalResources/InternationalLaw/LawArticle-1250/United-Nations-Guidelines-for-Consumer-Protection.aspx>> Acesso em: 25 Ago. 2012.

ESCARRA, Jean. *Manuel de droit commercial*. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1947, vol. 1.

FARNSWORTH, Allan. *Promises and paternalism*. William and Mary law review. v. 41, n. 2, p. 385-409, feb. 2000.

FAZAL, Anwar. *IOCU/Consumers International President, 1978 – 1984. Texto original: We became a powerful and respected voice of consumers globally as never before. A voice that not only challenged the largest corporations and won, but which also engaged the UN system in ways never seen before to achieve real results for real people.* Disponível em <http://www.consumersinternational.org/media/33263/ci50ebook-english.pdf>, acesso em 20 jul 2011

FERRARA JUNIOR, Francesco, CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e Le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito comercial*. V. 1/102.

FERREIRA, Waldemar. *O estatuto do comerciante e da sociedade mercantil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, v. 1.

FERREIRA, WALDEMAR. *O estatuto do comerciante e da sociedade mercantil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito mercantil brasileiro*. São Paulo: S. Paulo, 1934.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 2. ed. Ver.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1.

FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal Vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970.

FREITAS, Frederico Oliveira. *A caracterização da pessoa jurídica consumidora pelo critério da vulnerabilidade: análise da teoria do finalismo aprofundado à luz da origem e finalidade do direito do consumidor*. Dissertação apresentada à Faculdade Milton Campos.

FRIEDMAN, C. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2985.

GALGANO, Francesco. *História de direito comercial*. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, v. 747, jan., 1998.

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

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. *Revista Forense*, v. 85, mar., 1941.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil Brasileiro. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 94, p. 19-36, jan/mar, 2004, p. 28.

GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. *Revista de Direito Mercantil*, 149/150.

HOWARD, J. A. e SHETH, J. *The theory of buyer behavior*. New York: John Wiley, 1969.

HUFFMAN, Max. *Bridging the divide? Theories for integrating competition law and consumer protection*. European Competition Journal. Apr. 2010.

ITÁLIA, Codice Civile. Art. 2082 – *Impreditore: E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)*. Disponível em: <

http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib5.htm> Acesso em 18 jun 2012.

JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noelle. *Les procédures de surendettement et de faillite internationales ouvertes dans la communauté européenne. Revue critique de Droit international privé*. Paris: Dalloz, juillet-septembre, 2002.

KARSAKLIAN, Eliane. *Comportamento do Consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

KENNEDY, John F.. *Congressional Statement*. 15. Mar. 1962. Disponível em: <<http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights>> Acesso em: 18 de Agosto de 2012.

KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. *International economics: theory and policy*. 6 th. Ed. Us: Pearson - Addison Weasley, 2005.

LEAO XIII. *Enciclica rerum novarum on capital and labor*. Roma: Vaticano, 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 20 fev. 2012.

LIMA, Tiago Asfor Rocha e CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Código Comercial vai acompanhar crescimento econômico*. Disponível em: <<http://washingtonbarbosa.com/2012/07/16/projeto-do-novo-codigo-comercial/>> Acesso em: 24 jun. 2012.

LIPPERT, Marcia Mallmann. *A empresa no código civil: elemento de unificação no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e mudança social*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995, nº 722.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o*

Código Civil de 2002. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004.)

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman v.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 27.

MARTINS-COSTA, Judith. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS DA COSTA, Geraldo de Faria. *Consumidor e profissional: contraposição jurídica básica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENDES, Cândido. *Princípios de direito mercantil*, pelo Visconde de Cairu, Introdução, p. DCVLVIII do vol. I.

MILKO, George; OSTERBERG, Kay; RUDY, Theresa Meehan. *The practical law manual to consumer legal affairs*. Random House Inc, Westminster, Maryland, U.S.A., 1991.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Rio Janeiro: Borsoi, 1954, vol. 22.

MONTORO FILHO, André Franco. Teoria elementar de funcionamento de mercado. *In: Manual de economia*. Equipe de professores da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.

MOWEN, John C., MINOR, Michael S. *Consumer behavior: a framework*. New Jersey: Prentice Hall, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NICOSIA, Francesco. *Consumer decision processes*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1996.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Consumidor-empresário: A defesa do finalismo mitigado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PEQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administrative*. Paris: A. Pedone, 1945.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no Código Civil e na Lei das Sociedades Anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de law & economics*. Editora Campus: [sem data].

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

PIRES, Klauber Cristofen. Lei antitruste: proteção da concorrência ou dos concorrentes? Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=70>> Acesso em 29 Ago. 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio Janeiro: Borsoi, 1954, vol. 22, p. 7

REALE, Miguel. *Discurso do Professor Miguel Reale na cerimônia especial de sanção da lei que institui o novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/discmr.htm>> Acesso em: 20 jun. 2012.

REALE, Miguel. *Exposição de motivos do novo Código Civil*. Senado Federal, Brasília: 2002.

REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil: tramitação do projeto*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>> Acesso em 20 jun. 2012.

RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1981.

RICHERS, Raimar. *Surfando as ondas do mercado*. São Paulo: RR&CA, 1996.

RIVOLTA, Gian Carlo M. *Empresa e Empresário: do Código Civil Italiano ao Novo Código Civil Brasileiro*. In *Direito de empresa no novo Código Civil*. Coord. RODRIGUES, Frederico Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1931.

RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. *Revista de Direito Mercantil*, v. 39, n. 119, jul./set., 2000.

SAMPAIO JR., Rodolpho Barreto. *A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico*. XV Congresso Nacional do CONPEDI – Manaus. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho_barreto_sampaio_junior.pdf> Acesso em: 16 jun. 2012

SENNHOLZ, Hans F. *Monopólio bom e monopólio ruim: como são criados e como são mantidos*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1057>> Acesso em: 29 Ago. 2012.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 83-85.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *A vulnerabilidade do consumidor apenas no mercado de consumo?* Academia Brasileira de Direito, São Paulo, julho 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1606&categoria=Direitos%20do%20Consumidor>. Acesso em: 20 de jul 2012.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Disponível em: <<http://i-ahrens.de/schule/bvw/Wealth-Nations.pdf>> Acesso em: 17 fev. 2012.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do sistema nacional de defesa do consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, v. 32.

TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. *Aspectos principiológicos do código de defesa do consumidor*. Campinas: Russel Editores. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito civil*. In: Temas de Direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 9-11, out./dez. 2005.

THEODORO Jr., Humberto. *O contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. v. 1.; 3. ed. São Paulo: Atlas: 2011.

Universidade Federal de Alagoas. FRANÇA, Sara Regina Albuquerque. *Consumidor Consciente: Um Projeto Universitário de Aproximação do Direito com a Sociedade*. Disponível em: www.seer.ufal.br/index.php/extensaoemdebate/article/download/.../7... Acesso em: 27 jun. 2012.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos da economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VASSALI, Filippo. *Trattato di diritto civile italiano*. Torino: UTET, 1973.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I.

VIVANTE, Cesare. *Tratado de derecho mercantil*. Madrid: Editorial Reus, 1932. v. 1.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922. v. 1.

Kovacic, William E. Competition Policy, Consumer Protection, and Economic Disadvantage *Journal of Law & Policy* 101, v. 25, p. 114, 2007. Texto original: consumer protection laws are important complements to competition policy.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Tradução e revisão técnica de Celso Seiji Gondo, Antônio Martins Cortada e Jayme Fonseca Francisco Junior. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

WOODS, Thomas. *Monopólio e livre mercado: uma antítese*. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=366>. Acesso em: 29 ago. 2012.

WRIGHT, D. Joshua. Behavioral law and economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective. George Mason University School of Law. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 2, n. 3, p. 470 - 511, 2007.

ZWEIGERT, Konrad; KOETZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts II*. Tübingen: Mohr, 1984.