

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

ALEXANDRE BUENO CATEB

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Alexandre Bueno Cateb – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-102-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresas – Legislação. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

O GT DIREITO EMPRESARIAL II contou com 28 artigos muito bem elaborados por pesquisadores de todo o Brasil. Com satisfação, pudemos participar de debates acalorados entre os participantes. A opinião corrente é a de que o Direito Empresarial não pode ser analisado como um ramo de proteção de classes, mas como um mecanismo de crescimento e desenvolvimento econômico.

Preocupados com os rumos recentes pelos quais vem passando o país, em que a crise política se soma à recessão que perdura por mais de um ano, os participantes foram uníssomos em afirmar a necessidade de se garantir à classe empresarial, por meio de instituições fortes e seguras, meios para incentivar o investimento no setor produtivo brasileiro.

A EMPRESA E A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: DESVIRTUAMENTO OU NECESSIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO COMO CONSUMIDOR?

THE ENTERPRISE AND STATE INTERVENTION IN BUSINESS CONTRACTS: MISREPRESENTATION OR NEED FOR CHARACTERIZATION OF THE ENTREPRENEUR AS A CONSUMER?

Daniel Silva Queiroga

Resumo

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor frente ao poder econômico com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) promoveu uma verdadeira cisão evolutiva no direito comercial, dividindo os contratos em interempresariais e em entre empresas e consumidor. Tal cisão foi abreviada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que passou a aplicar, em determinadas situações, as normas consumeristas aos contratos interempresariais. Nesse contexto, esse artigo analisa a utilidade prática da aplicação do CDC às relações contratuais interempresariais, em detrimento das normas existentes no Código Civil de 2002 (CC/2002).

Palavras-chave: Contratos interempresariais, Código de defesa do consumidor, Código civil de 2002, Aplicação, Caracterização do empresário como consumidor, Utilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The recognition of consumer vulnerability to economic power with the Consumer Protection Code (CDC) held a true evolutionary split in the commercial law, dividing contracts between business-to-business and business to consumer. This split was cut short by the Superior Court of Justice (STJ), which now applies, in certain situations, consumer standards to business-to-business contracts. In this context, this paper analyzes the practical utility of the application of the CDC to contractual relations between enterprises, in spite of existing rules in the Civil Code of 2002 (CC/2002).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Intercompany contracts, Consumer protection code, Civil code 2002, Application, Entrepreneur's characterization as a consumer, Utility

1 INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

A proposta deste texto é analisar a utilidade prática da aplicação da Lei 8.078 de 11/09/1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações contratuais interempresariais.

Discussão se faz profícua em função de quatro ordens de razão. *Primeiramente*, porque o CDC inaugura uma nova classe de contratos, em que apenas um dos polos é orientado pela lógica comercial do lucro, o que retira os contratos entre comerciantes e consumidores do direito comercial (FORGIONI, 2010, p. 18). Em *segundo lugar*, os estudos no campo da defesa do consumidor que foca na tutela das relações de consumo, deixando os contratos empresariais em um limbo, que justifica-se repensar os elementos dos contratos mercantis (FORGIONI, 2010, p. 18). A *terceira*, é constatação de que os tribunais pátrios tem aplicado o CDC às relações contratuais interempresariais¹. *Por fim*, no campo do direito privado, o direito consumerista, que passou então a conviver, nos anos 1990, com o direito contratual previsto no Código Comercial de 1850 (CCo) e no Código Civil de 1916 (CC/1916), e no século XXI, com o sistema unificado² do Código Civil de 2002 (CC/2002), o que impende verificar os contornos materiais que separam o direito comercial do direito do consumidor. É digno de nota que o desenvolvimento legislativo contratual pátrio nos permite fazer duas análises quanto a aplicação do CDC, antes e depois do CC/2002.

Na evolução histórica dos contratos, verifica-se o surgimento do direito do consumidor a partir do direito comercial, em decorrência das mudanças sociais e econômicas no mercado para tutelar a vulnerabilidade do consumidor frente ao poder econômico do fornecedor. O CDC passou a permitir a aplicação de normas de ordem pública em relações privadas, em detrimento da tradicional aplicação de normas supletivas aos contratos no silêncio das partes.

Todavia, a despeito da evolução histórica que especializou o direito do consumidor, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) abreviou a cisão consumerista do direito privado aplicando, em determinadas situações, que serão analisadas no texto, normas consumeristas aos contratos empresariais. Dessa forma, indaga-se a utilidade prática da aplicação do CDC nessas situações, em detrimento das normas existentes no CC/2002?

¹ A título exemplificativo STJ aplicou o CDC em contratos interempresariais em diversos casos, dentre eles: REsp 286.441, REsp 302.212, REsp 476.428, AgRg no Agravo 1.316.667.

² Entende-se, nesse texto, o termo unificação apenas no seu aspecto formal, já que há regras distintas, no direito brasileiro, para a insolvência do empresário e para o consumidor (civil), não operando-se no direito brasileiro a unificação obrigacional no aspecto material. Nesse sentido ver Rubens Requião (2012, p. 47-50).

Para responder tal questionamento, será usado o método de revisão de literatura, organizando-se o texto em 5 (cinco) partes, sendo a última delas conclusiva. Na *primeira*, far-se-á uma breve evolução do direito contratual desde a edição do CCo, em 1850 ao CDC, em 1990. Em *seguida*, abordar-se-á os fundamentos da intervenção estatal nos contratos e nas relações de consumo. Na *terceira e quarta parte*, serão apresentados os argumentos doutrinários e o entendimento jurisprudencial acerca da aplicação do CDC aos contratos interempresariais. *Por fim*, analisar-se-á a utilidade ou não da caracterização do empresário como consumidor para aplicação do CDC em detrimento das normas do CC/2002, nas relações interempresariais.

2 BREVE EVOLUÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL PRIVADO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

No período moderno, após a Independência do Brasil, face ao comando do artigo 179, XVIII, da Constituição de 1824 o direito privado pátrio foi codificado. Todavia, a codificação se deu em duas partes: a primeira com a edição do Código Comercial (CCo) – Lei 556 de 26/06/1850, e, a segunda, 66 anos depois, com o Código Civil (CC/1916) – Lei 3.071 de 01/01/1916. Ambos os códigos baseavam-se na autonomia da vontade, mas suas normas tinham aplicação distinta em campos próprios de atuação, embora muitas disposições gerais do CCo, relativas aos contratos e obrigações, foram reproduzidas ou incorporadas no CC/1916 (GONÇALVES NETO, 2014, p. 113).

Até a edição do CC/1916 as leis civis eram incipientes e desorganizadas, assim, segundo Alfredo de Assis, o CCo regulou o direito “obrigacional em geral para proporcionar o adequado tratamento ao que nele tinha de estar regulado” (GONÇALVES NETO, 2014, p.113). Logo, durante aqueles 66 anos o CCo foi aplicado de forma genérica a todo e qualquer contrato, seja civil, comercial, trabalhista ou de consumo. Porém, esse código permitia a aplicação das normas civis, esparsas, às relações comerciais, conforme disposição dos artigos 121 e 428 do CCo. Como dito, a legislação civil foi codificada em 1916, fazendo a distinção clara entre contratos de natureza civil e comercial³. Por tal razão, embora o direito comercial tenha se formado empiricamente como um desdobramento do direito civil, sua disciplina é estritamente adequada à realização da atividade econômica, informada pelos princípios da livre concorrência e da livre produção (BARBI FILHO, 2003, p. 21).

³ Os contratos empresariais “se submetiam aos mesmos princípios estabelecidos para os negócios civis, especialmente em relação ao direito obrigacional” (FRANCO, 2009. p. 23).

Por disposição literal do artigo 191 do CCo sempre que uma das partes envolvidas no contrato fosse comerciante seriam aplicadas as disposições do CCo. Logo, as relações entre o comerciante e seus funcionários, seus clientes e seus fornecedores eram todas regidas pelo direito comercial, permitindo a aplicação de normas civis em caso de ausência de disposição expressa no CCo. É importante destacar que o critério subjetivo, que privilegia o comerciante, foi superado ao longo tempo, para entender que contrato comercial é aquele celebrado entre empresas (FORGIONI, 2010, p. 30). Tal mudança se deve a uma série de transformações sociais e econômicas ocorridas ao longo do século XX que afastaram os princípios liberais clássicos dos contratos comerciais, retirando da tutela mercantil as relações com os funcionários e com os clientes.

Nesse contexto, a primeira cisão ocorreu nas relações entre comerciante e seus funcionários, as disposições do CC/1916 relativas a locação de serviços (artigo 1.216 e seguintes) não eram mais suficientes às relações sociais. A liberdade de negociar e aceitar termos contratuais, baseada em uma ideologia apenas liberal, foi mitigada, reconhecendo-se a hipossuficiência do trabalhador. Isto se dá por três fatos concomitantes: (i) a crise de superprodução ocorrida após a Primeira Guerra Mundial, que soçobrou as principais economias do mundo em deflação e desemprego, fez emergir os direitos sociais; (ii) o Estado Social que surgiu como resposta à crise econômica, constitucionalizando direitos sociais do trabalho, arrefecendo a ideologia eminentemente liberal das constituições⁴; (iii) a adoção da regulamentação internacional do trabalho por meio de tratados criados na âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁵.

Como diz Forgioni (2012, p. 123) “‘o interesse geral do comércio’ exige que o fator trabalho continue desempenhando seu papel no processo de produtivo, dando seguimento à acumulação de capital”. O capitalismo se reinventa e inaugura uma nova categoria autônoma de Direito, o direito do trabalho. A aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – Decreto-lei 5.452 de 01/05/1943 inaugura uma nova fase no direito contratual brasileiro, ideológica por reconhecer a vulnerabilidade do trabalhador, dirigista por permitir total intervenção estatal nas relações de trabalho, e, autônoma por criar um novo ramo no âmbito do direito.

⁴ A Constituição do Império Alemão, mais conhecida como Constituição de Weimar de 1919, uma das pioneiras a romper com a ideologia do liberalismo econômico (MARQUES; SANTOS; GONÇALVES, 2010, p. 11-12).

⁵ A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi instituída na Parte XIII do Tratado de Versalhes (1919) como uma agência da Liga das Nações após o fim à Primeira Guerra Mundial. A Constituição do Império Alemão, mais conhecida como Constituição de Weimar de 1919, uma das pioneiras a romper com a ideologia do liberalismo econômico, previu em seu texto todas as convenções aprovadas pela OIT.

Passado 47 anos da CLT, houve outra cisão no direito comercial, desta vez nas relações entre comerciante e seus clientes, novamente para tutelar outro aspecto fundamental do sistema capitalista: o consumidor e o consumo.

Um sistema de mercado capitalista baseia-se em um conjunto de regras, onde se compram e vendem bens e serviços e também fatores de produção. A circulação de bens e serviços compreende o que chama-se de ciclo econômico “que se inicia com a produção ou oferecimento de determinado bem ou serviço, desenvolve-se com a circulação ou distribuição dos mesmos, e perfaz-se quando são adquiridos pelo consumidor final” (FIGUEIREDO, p. 68). Portanto, o consumidor é um dos elos da economia de mercado (FONSECA, p. 95), sem ele o ciclo tende a ruir pela perda de uma ligação fundamental. A proteção do consumidor se justifica na atual sociedade de consumo em que

“[i] constata-se a cada vez maior sofisticação dos modos de captação de clientela, com recuso à publicidade ou outras formas de promoção de vendas, por vezes agressivas ou enganosas (...) [ii] a concentração dos espaços de distribuição em grandes superfícies e conseqüente aumento da distância entre consumidor e vendedor (...) [iii] hoje são mais complexas e frequentemente globalizadas as formas de organizar a produção, o que contribui para aumentar o risco do consumidor, justificando todos estes factores o alargamento dos seus direitos e garantias e o reforço e simplificação dos meios de as efectivar” (MARQUES; SANTOS; GONÇALVES, 2010, p. 58)

A sanção da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC) inaugura outra nova fase no direito contratual brasileiro, também por reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, por permitir intervenção estatal nas relações de consumo, e, autônoma.

Assim, o direito contratual consumerista, passou a conviver, nos anos 1990, com o sistema contratual privado previsto no Código Comercial de 1850 (CCo) e no Código Civil de 1916 (CC/1916). Porém, como aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior (p. 16), devido a desatualização das normas comerciais e civis, que reproduziam ideias liberais clássicas, o CDC acabou por influenciar o direito privado brasileiro depois de 1990, trazendo uma “nova visão do mundo negocial”, percebida na doutrina e na jurisprudência, seja na interpretação como na aplicação do Direito.

Tal influência pode ser ilustrada em julgado do STJ⁶ que considerou de consumo relação entre o agricultor e o fornecedor de insumo (adubo) indispensável para

⁶ Ementa: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDENCIA. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. **É de consumo a relação entre o vendedor de maquina agrícola e a compradora que a destina a sua atividade no campo.** - pelo vício de qualidade do produto respondem solidariamente o fabricante

atividade econômica. Porém, no caso há uma relação entre profissionais que poderia, portanto, ser regida apenas pelo direito civil, ou pelo direito comercial – caso o agricultor tivesse optado pelo regime mercantil, mas pelo contexto jurídico apontado da época foi utilizado o CDC.

Percebe-se que a ausência de normas protetivas de tutela dos empresários nas relações interempresariais permitiu a aplicação extensiva do CDC, como se fossem normas gerais destinadas ao campo comercial. A cisão consumerista do direito comercial, apesar de formal, não teve seus contornos materiais definidos nos primeiros anos de vigência do CDC. Apenas com o transcorrer do tempo poder-se-á desenhar os contornos materiais distintivos entre os dois ramos, como se verifica na dicotomia distintiva entre o direito civil e o comercial⁷. A citada influência consumerista no Direito não pode significar o desvirtuamento do direito comercial, como adverte Paula Forgioni (2012, p. 115) “[o] baralhamento desses pontos cardeais não levam à modernização, mas ao comprometimento da mecânica do direito comercial e, conseqüentemente, do adequado fluxo de relações econômicas”, para a mesma autora a autonomia do direito do consumidor permite “a ‘redescoberta’ dos contratos comerciais como categoria autônoma merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras do direito civil e do direito consumerista” (FORGIONI, 2012, p. 116).

Nessa mesma linha, encontra-se Comparato (2011, p. 30), ao aduzir que os institutos do direito do consumidor devem ser aplicados ao consumidor e não ao empresário. Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2014, p. 119-120), entende que os contratos de consumo são instrumentos para a realização dos fins da empresa e balizam sua conduta com os destinatários da sua atividade, pois a legislação estabelece padrões que facilitam a consumação de negócios e definem a responsabilidade do empresário. O mesmo autor aponta que os contratos realizados na cadeia da atividade empresarial são diferentes dos contratos celebrados no exercício da atividade econômica, sendo os da segunda categoria (consumo) caracterizados pela informalidade, celeridade, ausência de negociações preliminares, repetição, etc.

Vera Helena de Mello Franco (2009, p. 23) afirma que a despeito das normas comuns aplicadas aos contratos no campo comercial, elas se adequam à especialidade da

e o revendedor (art. 18 do CDC). (STJ - REsp: 142042 RS 1997/0052889-8, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 11/11/1997, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.12.1997 p. 67510) (grifa-se)

⁷ Sobre o assunto explica Paula Forgioni (2012, p. 115): “Após infundáveis discussões, os operadores do direito têm razoavelmente delineadas as diferentes pautas de funcionamento do direito civil e do direito comercial. Bem ou mal, dominam-se as áreas de interseção, bem como os princípios peculiares do direito mercantil, que o diferenciam daqueles que moldam o direito civil”.

atividade econômica que visa a produção e circulação de bens ou serviços que são ofertados no mercado, e que isto é o que caracteriza as relações empresariais e por consequência os contratos empresariais que se distinguem daqueles denominados civis, e, por consequência, dos de consumo e do trabalho.

Celso Barbi Filho (2003, p. 22) e Paula Forgioni (2012, p. 116) em conjunto, acentuam que a principal característica dos contratos empresariais é a busca de lucro por todas as partes contratantes, que pactuam buscando organizar a atividade econômica.

Os contornos que separam o direito comercial do direito consumerista devem ser estudados, sobretudo, após a unificação obrigacional do direito privado ocorrida com o CC/2002, influenciada por ambos ramos do direito. Vera Helena de Mello Franco (2009, p. 23) explica que na unificação obrigacional foram usados princípios já antes reconhecidos no campo do direito comercial, como por exemplo da boa fé e o da integração dos contratos⁸.

Com respeito aos princípios do direito do consumidor, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 16) aponta que eles foram inseridos no CC/2002 como cláusulas gerais, tais como “proporcionalidade, publicidade, igualdade, equivalência das prestações, informação, consentimento informado, defesa do hipossuficiente”.

Percebe-se que nas transformações ocorridas ao longo do século XX⁹ provocaram alterações no direito contratual brasileiro, havendo a redução da liberdade de contratar, com a edição da CLT, do CDC, bem como, com o menos liberal CC/2002. Para Caio Mário a mitigação da liberdade contratual se deu em benefício da *ordem pública*, e que ela é uma ideia dominante no direito atual e conclui que há na evolução dos contratos a regulamentação legal do contrato para refrear abusos decorrentes da desigualdade econômica, através “[d]o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada” (PEREIRA, 2000, p.13-14). Tal conclusão será discutida na próxima seção.

⁸ Princípios contidos nos artigos 131 e 133 do CCo.

⁹ Para Fábio Nusdeo (2001, p. 186) “[a] agenda estatal no campo econômico ampliou-se extraordinariamente ao longo do presente século, atingindo seu clímax durante as três décadas seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial, quando o monitoramento ou direcionamento da economia pelo aparato governamental acabou por condicionar direta ou indiretamente as decisões tomadas no âmbito do mercado, mesmo porque uma boa parte dos agentes desse mercado era formada por empresas e entidades de caráter estatal”.

3 O FENÔMENO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS E NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O direito comercial, com sua lógica própria, disciplina a interação da empresa com outras empresas no mercado (FORGIONI, 2012, p.104), logo, soaria estranho, em primeira análise, aplicar as normas de defesa do consumidor aos contratos interempresariais. Uma vez que quando dois ou mais empresários celebram um contrato pressupõe-se que conhecem as regras do ambiente comercial, a profissionalidade da atividade que desempenham lhes permite antever os riscos e vantagens do contrato celebrado¹⁰.

Os contratos são de fundamental importância para a vida da sociedade empresária ou do empresário, pois são os responsáveis pela necessária circulação de bens e serviços imprescindíveis para a atividade econômica organizada profissionalmente na busca do lucro e a acumulação de riquezas, baseada na autonomia da vontade, na boa-fé e na assunção do risco. Para Jensen e Meckling (1976, p. 8.) “[a]s relações contratuais são a essência da empresa, não só com os trabalhadores, mas com fornecedores, clientes, credores, e assim por diante” e por isso devem ser reconhecidas como um feixe de contratos (*nexus of contracts*) para um conjunto de relações entre contratantes.

Segundo Forgioni (2010, p. 28) “a empresa celebra contratos com as mais diversas categorias de agentes econômicos: consumidores, Estado, trabalhadores e assim por diante”, e por tal razão ela se torna um “centro de imputação de direitos, deveres e obrigações, independentemente do empresário ou da sociedade empresária” (2012, p. 104). Para Calixto Salomão Filho “[o] interesse social passa, então, a ser identificado com a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas” (2011, p. 45). Verifica-se, portanto, a função econômica do contrato comercial que é inerente ao modo de produção econômico dominante no mundo em que vivemos, o capitalismo.

O sistema capitalista traz ao mercado uma dinâmica dual, na qual, para haver acumulação de riquezas, há desigualdades. Nesse contexto, o Estado acaba intervindo na economia para minimizar os efeitos considerados negativos da dualidade capitalista. Isto não significa relativização da *autonomia da vontade*, definido por Caio Mário “como a faculdade

¹⁰ Nesse sentido, o artigo 2º da **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)** reconhece que o risco do negócio é pressuposto da atividade econômica desempenhada pelo comerciante, in verbis: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. (grifa-se)

que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos” (PEREIRA, 2000, p.10), posto que não é princípio absoluto. A declaração volitiva feita em um contrato se dá em conformidade com a lei, que estabelece restrições de ordem pública¹¹ e de dirigismo contratual¹² (intervenção do Estado na vida do contrato). Para Silvio Rodrigues (1995, p.16-17) o princípio da *autonomia da vontade* sempre esbarra ordem pública, entendida como o conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Logo, a limitação da ordem pública promove a colisão do interesse individual com o sociedade, no qual o primeiro desaparece frente ao segundo.

Identifica-se os princípios norteadores da *ordem pública* e do *dirigismo contratual* do Estado brasileiro na Constituição da República de 1988 (CR/1988), que conforma a dinâmica capitalista. Na carta magna foi estabelecida a ordem econômica no seu artigo 170, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos um existência digna, conforme os ditames da justiça social¹³.

O constituinte reconhece na livre iniciativa (artigo 1º, IV, da CR/1988) a relevância da empresa como vetor do sistema econômico e sua influência de forma crescente nas relações sociais (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 01). Por outro lado, o constituinte originário permitiu a atuação estatal (intervenção), que pode condicionar a atividade econômica (SILVA, 2009, p. 792) em função dos programas e fins pretendidos pela sociedade, a serem realizados pelos Estado (artigo 1º, 3º, e 170 da CR/1988).

Pela simples leitura dos princípios explícitos no artigo 170¹⁴ da CR/1988, percebemos uma divisão dual na qual compreende princípios eminentemente econômicos (II; III; IV; e VIII) e princípios não econômicos (V; VI; VII; e IX), estes, por sua vez, no

¹¹ A *ordem pública* pode ser entendida como o conjunto de regras estabelecidas pelo legislador como basilares da estrutura econômica, política e social do Estado, que acabam por limitar a liberdade de todos. (PEREIRA, 2000, p.11).

¹² O *dirigismo contratual* permite a defesa da parte contratualmente inferior contra abusos de quem está superior, através de normas que impõem a contratação em determinados casos; instituição de cláusulas coercitivas insuscetíveis de derrogação; a possibilidade de revisão contratual pelo juiz. (PEREIRA, 2000, p.13).

¹³ Para José Afonso da Silva (2009, p. 789) “[o] regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria”.

¹⁴ CR/1988. **Art. 170.** (...), observados os seguintes princípios: **I** - soberania nacional; **II** - propriedade privada; **III** - função social da propriedade; **IV** - livre concorrência; **V** - defesa do consumidor; **VI** - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; **VII** - redução das desigualdades regionais e sociais; **VIII** - busca do pleno emprego; **IX** - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. **Parágrafo único.** É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

entendimento de José Afonso da Silva (2009, p. 796) são princípios de integração, pois buscam resolver problemas econômicos que acarretam na marginalização social ou regional. Como condicionantes da atividade econômica, todos os princípios do artigo 170 da CR/1988, permitem a intervenção reguladora do Estado, que estabelece também limites da licitude dos contratos em geral, e visa reprimir abusos de poder de mercado como foi determinada à lei pelo comando do artigo 173, § 4º da CR/1988.

Diante das considerações expostas deve-se refutar a ideia de transitoriedade que o vocábulo intervenção transmite, pois, pelo sistema econômico definido na CR/1988 o Estado integra o sistema econômico. Para Eros Roberto Grau (2010, p. 146-147) intervenção significa a “atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito (‘domínio econômico’)” e a classifica em (i) intervenção por *absorção* ou *participação*; (ii) intervenção por *direção*; e, (iii) intervenção por *indução*.

Atua por *absorção* quando exerce com exclusividade atividade econômica, sendo o seu único fornecedor. Assim, atua em regime de monopólio no caso de atividade econômica em sentido estrito, ou presta serviço público em regime de privilégio. Já a participação, ocorre quando o Estado compete no mercado com outros agentes, logo seus atos são regidos pelo direito privado. É o que ocorre com as empresas públicas e sociedades de economia mista. Age por *indução* quando promove o fomento à economia, editando normas de caráter facultativo, concedendo benefícios ou prêmios, visando o desenvolvimento de determinado setor econômico. Age por *direção* quando edita normas obrigatórias, intervindo para dirigir a economia, protegendo o interesse público e regulando a atividade econômica.

Diante da classificação tem-se três conclusões. Primeiro, na *absorção* e *participação* há ação direta do Estado do mercado como agente econômico na forma estatuída no *caput* do artigo 173, da CR/1988. Em segundo, há a ação indireta do Estado, nela ele não é agente econômico, mas sim se apresenta como aquele que regula, incentiva e fiscaliza a atividade econômica, conforme *caput* do artigo 174, da CR/1988. Por fim, o dirigismo contratual é uma manifestação da intervenção por direção, indireta, pois nela há “determinações cogentes quanto a cláusulas que [devem] ou não constar de contratos privados de caráter civil ou comercial” (NUSDEO, 2001, p. 205).

Na intervenção por direção do Estado na atividade econômica, segundo Salomão Calixto Filho (2003, p. 02), há o interesse estatal em disciplinar interesses de grupos sociais ligados à atividade empresarial, que permite a “adoção de disciplinas jurídicas externas à empresa, visando exatamente a proteção de grupos de interesses por ela afetados”.

Para o mesmo autor, essa atuação externa tem como norte o princípio da função social da propriedade no qual

[s]ua influência pode ser sentida em campos tão dispares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 02)

Assim, o direito pode ser visto como um instrumento de controle do ímpeto econômico do sistema capitalista, evitando sua autodestruição ou que seu perfeito funcionamento fosse maculado. Logo, cria normas que mitigam os preceitos liberais, como normas de proteção do meio ambiente, de repressão ao abuso do poder econômico, de incentivo ao desenvolvimento de atividades econômicas para as pequenas e médias empresas e de defesa do consumidor, por exemplo.

Considerando a importância do consumidor ciclo econômico e necessidade de preservar as estruturas de mercado, deve-se analisar dois fatores. *Primeiro*, considera-se o consumidor com um fim em si mesmo, como alguém vulnerável e dependente, por estar em desvantagem em relação aos demais sujeitos do mercado que são os detentores dos fatores de produção¹⁵. Conforme Comparato, em artigo anterior ao CDC, consumidor é o indivíduo que se submete ao poder de controle dos titulares dos fatores de produção (empresários) (COMPARATO, 2011, p. 29). *Segundo*, a visão de que um adequado tratamento do consumidor também é meio para preservar e garantir a livre concorrência. Esta, na era liberal servia apenas para proteger a concorrência como um fim em si mesmo, pensando exclusivamente na liberdade dos competidores. Hoje, a tutela da concorrência, “se funda, sobretudo, na proteção do interesse do consumidor, interpretando a livre concorrência como simples meio de se atingir este último alvo e, portanto, podendo e devendo ser suprimida quando se mostra, para tanto, ineficiente ou mesmo prejudicial” (COMPARATO, 2011, p. 32)¹⁶.

¹⁵ Adota-se essa definição genérica considerando o artigo 31 da Lei 12.529/2011 (Nova Lei do CADE) na qual são sujeitos das disposições de proteção do mercado “às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal” e não somente as sociedades empresariais e os empresários.

¹⁶ Argumento que pode ser confirmado no artigo 1º da Lei 12.529 de 2011 (Nova Lei do CADE). **Art. 1º**. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão

Nesse contexto, a CR/1988 adotou a concepção moderna de diversas correntes do direito de proteção do consumidor (FONSECA, 2010, p. 95), estabeleceu no seu artigo 5º, XXXII, a defesa do consumidor na forma da lei como direito fundamental individual, e, no seu artigo 170, II, a defesa do consumidor como princípio da Ordem Econômica. Todas diretrizes para a intervenção estatal no ciclo econômico, no qual o constituinte exige a atuação do Estado nas relações de consumo com a finalidade de proteger a parte mais fraca, a saber, o consumidor. Os limites de tal intervenção estão no CDC, que cumpriu, com ligeiro atraso, o disposto do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Tal limitação, por outro lado, é essencial para evitar o arbítrio e abuso do Estado em relação a sociedade no mercado¹⁷, já que não se pode, sob a argumento de proteção do consumidor preterir os demais princípios que regulam as relações contratuais, tais como boa-fé, autonomia da vontade, e livre iniciativa.

As normas do CDC são totalmente diferenciadas em relação ao CCo e o CC/1916. Naquele os contratos de consumo são entendidos como aqueles em que há a figura de um lado do consumidor, e do outro o fornecedor, sendo o primeiro o destinatário final de um produto ou serviço acabando com a necessidade da presença do indefinido critério de ato de comércio para ensejar a aplicação do CCo ou CC/1916. Caso não haja a caracterização de ambos na relação, significa que o contrato é contrário à relação de consumo, sendo regido ou pelo direito comercial, civil, administrativo, do trabalho, etc. (COELHO, 2013, p. 212). Logo, convém antecipar que o consumidor é concebido pelo legislador como parte vulnerável e, portanto, tutelada com proteção especial. Quando o CDC define o que é consumidor e fornecedor fica claro que o objetivo do legislador é buscar o equilíbrio contratual ideal para a sociedade de consumo moderna, já que toda lógica do código está fundada na ideia de vulnerabilidade *apenas do consumidor e daqueles à ele equiparados*¹⁸.

No artigo 6º do CDC são estabelecidos como direitos básicos do consumidor: (I) proteção à vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços, (II) educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, (III) informação clara e adequada sobre os mesmos, (IV) proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, meios coercitivos ou desleais, cláusulas abusivas em

às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. **Parágrafo único.** A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

¹⁷ É importante lembrar que o mercado integra o patrimônio nacional conforme o artigo 219 da CR/1988.

¹⁸ A definição da relação de consumo será analisada na quarta parte.

contratos de consumo; (V) das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; (VI) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (VII) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à efetiva prevenção e reparação daqueles danos; (VIII) a inversão do ônus da prova para hipossuficientes a critério juiz com base na verossimilhança da alegação ou nas regras ordinárias de experiência.

No artigo 4º do CDC que trata da Política Nacional das Relações de Consumo há o reconhecimento expresso do consumidor como hipossuficiente e a introdução da boa-fé como cláusula geral aplicável aos contratos de consumo, sedimentando o princípio da boa-fé objetiva, que ganhou dimensão após a promulgação da CR/88.

Também, as relações contratuais, tradicionalmente bilaterais, tiveram caracterização pluralistas, uma vez que o CDC estabelece a solidariedade da cadeia de fornecimento e a responsabilidade objetiva de todos os componentes dessa relação, conforme os artigos 7º, § único, 12, 14, 18 e 19 do CDC. Em relação ao CC/1916, o artigo 27 do CDC reduziu o prazo prescricional de 20 (vinte) anos para 5 (cinco) nas ações de reparação de danos. Ainda, estabelece no artigo 101, I, CDC, o foro privilegiado no domicílio dos consumidores para as ações de responsabilidade contra o fornecedor.

Verifica-se, no artigo 28 do CDC a recepção da doutrina estadunidense da Doutrina da Desconsideração, na qual a desconsideração da personalidade jurídica ocorre quando “a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária antepõe-se como obstáculo à justa composição dos interesses” (COELHO, 2013, p. 65).

Conclui-se que o Estado passa a intervir cada vez mais nas relações contratuais e isto gera desdobramentos para o direito comercial, sobretudo no que diz respeito sobre a aplicação do CDC às relações interempresariais, objeto de estudo da próxima parte.

4 A APLICAÇÃO DO CDC AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Como dito, o sistema capitalista cria distorções que atingem a empresa, a alta concentração de poder de mercado¹⁹, cria poderes econômicos distintos que acarretam em

¹⁹ A Lei 12.529 de 2011 (Nova Lei do CADE), define no seu artigo 36, § 2º, poder de mercado quando uma ou mais empresas, individualmente ou coordenadamente, podem alterar as condições de compra e venda no mercado, *in verbis*: “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou

restrições da autonomia da vontade, aumento de custos de transação, assimetria de informação, aumento da dependência econômica, etc. Situação que coloca as empresas com menor poder de mercado em situação de vulnerabilidade, o que demanda atuação positiva do direito estatal, para garantir a propriedade privada econômica e função social da propriedade privada econômica previstas no artigo 170 da CR/1988. A novidade das normas consumeristas, nos anos 1990, e a falta de sistematização adequada dos contratos empresariais (GONÇALVES NETO, 2014, p. 119) atraíram os olhares dos juristas na busca em dar melhor equilíbrio as relações interempresariais. A doutrina e jurisprudência se debruçaram na possibilidade de caracterizar o empresário como consumidor, tendo em vista o conceito impreciso do artigo 2º do CDC, bem como as equiparações previstas na mesma lei, que expandem o âmbito de aplicação das normas de *ordem pública* para além do consumidor.

Para perquirir se o CDC se aplica aos contratos interempresariais deve-se analisar o conceito de consumidor estrito senso, e as equiparações legais, para avaliar a possibilidade de se tutelar o empresário ou a sociedade empresária conforme o código.

Segundo o artigo 2º, *caput*, do CDC consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Por esta definição o consumidor pode ser leigo ou civil, uma vez que a lei não exige profissionalidade para caracterizar a pessoa jurídica como consumidora. Mas o que é “destinatário final”? Aquele que retira o bem ou serviço do mercado? Ou aquele que adquire o bem ou serviço para utilizá-lo na produção de novos bens ou serviços, realimentando a cadeia produtiva? Dar precisão ao conceito de destinatário final implica por estabelecer o âmbito de aplicação do CDC ao contrato, entretanto, tal abertura conceitual, cria um campo para discussões acerca da ampliação do conceito ao empresário.

Desde a vigência do CDC, desenvolveram-se duas correntes de interpretação do termo “destinatário final” que foram consideradas majoritárias pela doutrina e pela jurisprudência, denominadas *finalista* e *maximalista*.

A *corrente finalista* é aquela dos pioneiros do consumerismo no Brasil, entendem que consumidor é como destinatário fático e econômico do bem ou do serviço, interpretação restrita, inspirada nos princípios básicos do CDC contidos, em especial, nos seus artigos 4º e 6º (MARQUES, 2014, p.303). Segundo a corrente não basta retirar o bem ou serviço da cadeia produtiva, é necessário interromper a atividade econômica, exaurindo sua função econômica (MIRAGEM, 2014, p.155) com o consumo. Através desse raciocínio,

mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

quando o adquirente usa o bem ou serviço na sua atividade profissional retira o caráter de consumo desta relação, por ausência do critério destinatário econômico. *Logo, seriam consumidores as pessoas físicas e jurídicas que utilizassem o produto de forma não profissional*²⁰, e qualquer interpretação mais extensa desvirtuaria a aplicação da legislação consumerista acabando com a própria razão de tutela especial do consumidor. Também, para os finalistas, o alargamento da definição de destinatário final tornaria o CDC regra geral de contratos privados, impedindo que a jurisprudência fosse construída “onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede” (MARQUES, 2014, p.303). Conclui-se que pela *corrente finalista* é impossível a aplicação CDC aos contratos interempresariais, entendimento verificado em julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²¹ e do Supremo Tribunal Federal (STF)²².

Em 2006 o STF julgou constitucional o artigo 3º, §2º, do CDC, que declara expressamente que o código deveria ser aplicado às instituições financeiras, de crédito e securitárias. A decisão foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2591, conhecida como ADI dos Bancos, que foi proposta pela Confederação Nacional do Sistema

²⁰ Nesse sentido: CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSOESPECIAL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO. CONTRATO DE EDIFICAÇÃO PORCONDOMÍNIO. CDC. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI N. 4.591/64. - Na hipótese de contrato em que as partes ajustaram a construção conjunta de um edifício de apartamentos, a cada qual destinadas respectivas unidades autônomas, não se caracteriza, na espécie, relação de consumo, regendo-se os direitos e obrigações pela Lei n.4.591/64. - Agravo não provido. (STJ - AgRg no Ag 1307222 SP 2010/0081575-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA).

²¹ Nesse sentido: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSÃO. ÂMBITO DA DEFESA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BENS JÁ INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. TAXA DE JUROS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. APLICAÇÃO DA TR. MORA DOS DEVEDORES CONFIGURADA. (...) **Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo.** Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor. (...) Recurso especial conhecido, em parte, e provido. (STJ - REsp: 264126 RS 2000/0061703-2, Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, Data de Julgamento: 08/05/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/08/2001 p. 344). (grifa-se)

²² Nesse sentido: HOMOLOGAÇÃO DE LAUDO ARBITRAL ESTRANGEIRO. REQUISITOS FORMAIS: COMPROVAÇÃO. CAUÇÃO: DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI Nº 9.307/96. CONTRATO DE ADESÃO: INEXISTÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS. INAPLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Hipótese em que restaram comprovados os requisitos formais para a homologação (RISTF, artigo 217). 2. O Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a caução em homologação de sentença estrangeira (SE nº 3.407, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, DJ DE 07.12.84). 3. As disposições processuais da Lei nº 9.307/96 têm incidência imediata nos casos pendentes de julgamento (RE nº 91.839/GO, RAFAEL MAYER, DJ de 15.05.81). 4. **Não é contrato de adesão aquele em que as cláusulas são modificáveis por acordo das partes.** 5. **O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu artigo 2º, aplica-se somente a "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".** Pedido de homologação deferido. (STF - SEC: 5847 IN , Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 01/12/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 17-12-1999 PP-00004 EMENT VOL-01976-02 PP-00236). (grifa-se)

Financeiro. Com o julgamento, ocorreu alguma confusão acerca equiparação de empresários e sociedades empresárias a consumidores, quando a relação contratual for de estabelecida com uma instituição financeira, de crédito ou securitária. Tal confusão não procede, pois para aplicação do CDC é imperioso a caracterização da relação de consumo, pois o STF, no caso, não alterou o conceito de relação de consumo, apenas confirmou a constitucionalidade do mencionado artigo²³.

Por outro lado, a *corrente maximalista* sustenta, tendo em vista a própria denominação, que a definição de consumidor deve ser interpretada extensivamente (MIRAGEM, 2014, p.157). Assim, vê que o CDC deve reger todas as relações contratuais do mercado, ou seja, para a sociedade de consumo, “que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis de ora fornecedores, ora de consumidores” (MARQUES, 2014, p.304). Logo, o conceito de consumidor seria aplicado a um maior grupo de relações no mercado, incluindo até mesmo aquelas entre profissionais, não importando com a necessidade de haver ou não vulnerabilidade do agente destinatário final do bem ou do serviço, basta apenas que ele retire o bem ou serviço da cadeia produtiva, seja para consumo próprio, ou para transformação. Para os *maximalistas* o consumidor é destinatário fático do bem ou do serviço, logo pela definição o CDC seria aplicado aos contratos interempresariais. Entendimento verificado em julgados do STJ²⁴.

²³ Pode se identificar na jurisprudência o entendimento finalista em contratos entre empresários e instituições financeiras, como por exemplo: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL.AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. 1. A agravante não impugnou, como seria de rigor, todos os fundamentos da decisão ora agravada, circunstância que obsta, por si só, a pretensão recursal, porquanto aplicável o entendimento exarado na Súmula 182 do STJ, que dispõe: "É inviável o agravo do art. 545do Código de Processo Civil que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada." 2. **Nas operações de mútuo bancário para obtenção de capital de giro, não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista, uma vez que não se trata de relação de consumo, pois não se vislumbra na pessoa da empresa tomadora do empréstimo a figura do consumidor final, tal como prevista no art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor.** 3. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Relativamente à variação cambial pelo dólar, incide na espécie o enunciado sumular nº 83 desta Corte Superior. 4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa. (STJ - AgRg no REsp: 956201 SP 2007/0121684-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/08/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2011). (grifa-se)

²⁴ Nesse sentido: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE TRANSPORTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO. 1. O Acórdão recorrido enfrentou todas as questões apresentadas na apelação, não havendo necessidade de referência expressa a determinados dispositivos legais, ausente, portanto, a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. **Aplica-se a prescrição do Código de Defesa do Consumidor (art. 27), em caso de ação de indenização decorrente de dano causado em mercadoria durante o respectivo transporte marítimo, não importando para a definição do destinatário final do serviço de transporte o que é feito com o produto transportado.** No caso, o serviço de transporte foi consumado com a chegada da mercadoria no seu destino, terminando aí a relação de consumo, estabelecida entre a transportadora e a empresa que a contratou. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 286441 RS 2000/0115400-1, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 07/11/2002, T3 - TERCEIRA TURMA) (grifa-se)

Para Bruno Miragem há duas ordens de razão que justificam o surgimento da corrente *maximalista*, são elas:

Primeiro, a notada deficiência do Código Civil de 1916 e demais normas de direito civil para regularem o tema do contrato e sua complexidade, nos primeiros dez anos de vigência do CDC (até a promulgação do Código Civil de 2002). Segundo, a ausência de normas de correção do desequilíbrio contratual e proteção do contratante mais fraco fora do regime do CDC (MIRAGEM, 2014, p.158) (grifa-se).

Em que pesem os argumentos dos *maximalistas* a aplicação do CDC não pode prosperar em relação os contratos interempresariais. Questiona-se a aplicação do CDC nos casos de uma empresa estar em posição de fraqueza, dependência, vulnerabilidade ou sujeição em relação à outra. Já que interpretação positiva poderia, em primeira análise, desvirtuar a lógica do direito comercial, pois sempre há nas trocas interempresariais o intuito de lucro, enquanto para o direito do consumidor apenas o empresário-fornecedor tem o intuito de lucro (FORGIONI, 2010, p. 34), já que o consumidor tem visa apenas satisfazer suas necessidades através do ato de consumo. No mesmo sentido, Vera Helena de Mello Franco (2009, p. 24), ataca a interpretação extensiva do conceito de consumidor, pois caracterizar a relação de consumo é fundamental para enquadrar cada sujeito em um regime legal que lhe é apropriado. Ademais, pensar como os *maximalistas* seria equivalente ao fim dos contratos comerciais, ao tornar comum a norma especial consumerista.

Para Fábio Konder Comparato (2011, p.29-30), antes da edição do CDC, o empresário poderia ser consumidor, desde que o ato de consumo não estivesse ligado com a sua atividade empresarial, além disso, sustenta que o direito penal e o direito comercial sempre tutelou o consumidor de forma indireta, através das normas de propriedade industrial, concorrência desleal e da repressão ao abuso do poder econômico.

Cláudia Lima defende que com a vigência do CC/2002²⁵, não haveria mais utilidade a discussão sobre aplicação do CDC aos contratos interempresariais, contudo, não descarta aplicação excepcional das normas especiais de consumo para “relações civis puras,

No mesmo sentido: RECURSO ESPECIAL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE MARÍTIMO. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. I - A seguradora sub-roga-se em todos os direitos do segurado, em relação à restituição do valor integral pago a título de indenização pelo prejuízo sofrido pelo consumidor. II - Em caso de ação de indenização decorrente de dano causado em mercadoria durante transporte marítimo, aplica-se a prescrição prevista no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp 302212 RJ 2001/0010266-2, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 07/06/2005, T3 - TERCEIRA TURMA).

²⁵ Compre destacar o ensinamento de Vera Helena de Mello Franco (2009, p. 23) “(...) independente da unificação obrigacional, os contratos empresariais (então comerciais) se submetiam aos mesmos princípios estabelecidos para os negócios civis, especialmente com relação ao direito obrigacional”.

envolvendo pessoa ou contratantes mais fracos e mais raramente nas relações entre profissionais ou empresários” (MARQUES, 2003, p.95). Ocorrem tais casos raríssimos e difíceis quando, v.g., uma pequena empresa se encontra em situação de dependência de insumos fora da sua área de especialidade, para esses casos há a corrente *finalista aprofundada* que será descrita na próxima seção. A postura da autora é cautelosa, uma vez que a noção de profissionalismo da atividade empresarial, prevista no artigo 966 do CC/2002, afasta, por si só, a ideia de hipossuficiência do empresário. Ademais, o conceito de empresário do CC/2002 coincide com o de fornecedor previsto no artigo 3º do CDC.

5 O FINALISMO APROFUNDADO APLICADO AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS: NECESSIDADE OU NÃO DE SE REVISITAR O CC/2002?

Claudia Lima Marques (2014, p. 305) adverte que a partir de 2003 após a edição do CC/2002 surgiu um terceiro tipo de interpretação mediante a mitigação do critério *finalista*, chamada *teoria finalista aprofundada*, verificada na jurisprudência, especialmente no STJ. Para essa corrente as normas do CDC poderiam alcançar o empresário ou o profissional em última instância ou em casos raríssimos, desde que provada e reconhecida pelo judiciário a sua vulnerabilidade. Logo, a aplicação de CDC nesses casos se daria como exceção e não como regra geral, diferente do que pretendem os *maximalistas*.

O fundamento da interpretação *finalista aprofundada ou mitigada* se baseia em dois critérios: i) que a extensão do conceito de consumidor por equiparação é medida excepcional no CDC; ii) que é essencial tal condição para o reconhecimento da vulnerabilidade da parte que pretende ser considerada consumidora por equiparação (MIRAGEM, 2014, p.159).

As *equiparações legais* ao conceito de consumidor previstas no CDC, estabelece que agentes econômicos, ainda que não pratiquem atos de consumo, possam receber a proteção especial enquanto consumidores por equiparação. Isto se dá através de uma ficção jurídica estabelecida nos artigos 2º § único, 17 e 29 do CDC.

A *primeira equiparação*, do artigo 2º § único do CDC, visa proteger interesses difusos e coletivos no mercado de consumo, colocando a coletividade de pessoas sujeitas às práticas decorrentes das relações de consumo. É norma genérica que permite a aplicação do CDC à essa coletividade. Já a *segunda equiparação*, do artigo 17 do CDC, protege o terceiro prejudicado por um dano decorrente de uma relação de consumo entre um fornecedor e um consumidor. Tal extensão é dada a pessoa que não se enquadra no conceito de destinatário

final e é denominada pela doutrina como *bystander* (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p.109). A *terceira equiparação*, do artigo 29 do CDC, estende a aplicação da norma consumerista à pessoa que não se enquadra no conceito de destinatário final desde que exposta às práticas contratuais e cláusulas abusivas definidas no código.

Como dito, para os defensores do *finalismo aprofundado*, a vulnerabilidade é a pedra fundamental do sistema de proteção do consumidor, pois “é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p.98-99) e pode ser técnica, jurídica, fática e informacional²⁶.

Com relação as relações interempresariais o voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp 476.428-SC ampliou o conceito de vulnerabilidade para além hipóteses expostas acima:

Isso ocorre (...) porque a relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I).

Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. **Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores**” (STJ - REsp 476.428-SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005)²⁷. (grifa-se)

Por este entendimento, o STJ, conforme o artigo 29 do CDC, sem analisar a destinação, equipara decidindo apenas com a verificação da vulnerabilidade, aplicando as normas consumeristas à situações típicas do mercado em que não há relação de consumo em sentido estrito.

²⁶ Nesse sentido: “A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor. Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra)”. (STJ - REsp: 1195642 RJ 2010/0094391-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA). (grifa-se)

²⁷ No mesmo sentido do acórdão transcrito, pode-se citar REsp 661.145-ES, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgamento 22/02/2005; REsp 687.239-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento 06/04/2006, REsp 684.613-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento 21/06/2005; AgRg no Agravo 1.316.667, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), julgamento 15/02/2011.

Porém, o mesmo STJ tem usado o *finalismo aprofundado* para afastar a aplicação do CDC aos contratos interempresariais, senão vejamos:

A natureza da relação estabelecida entre as pessoas jurídicas - se de consumo ou puramente empresarial - não pode ser qualificada a partir de uma análise feita exclusivamente pelo prisma dos contratantes, à margem de qualquer reflexão sobre o contexto no qual se insere o contrato celebrado. Quando o vínculo contratual entre as partes é necessário para a consecução da atividade empresarial (operação de meio), movido pelo intuito de obter lucro, não há falar em relação de consumo, ainda que, no plano restrito aos contratantes, um deles seja destinatário fático do bem ou serviço fornecido, retirando-o da cadeia de produção. **Excepcionalmente, o STJ admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra.** Em regra, o contrato de transporte de cargas é serviço agregado à atividade empresarial dos importadores e exportadores de bens, que dele se valem para levar os seus produtos aos respectivos consumidores, transferindo-lhes o custo no preço final (consumo intermediário). **Na espécie, as recorridas não são destinatárias finais - no sentido fático e econômico - dos serviços de transporte marítimo de cargas prestado pelos recorrentes, nem foi reconhecida pelo Tribunal de origem a condição de vulnerabilidade daquelas em face destes, a atrair a incidência do CDC.** (STJ - REsp 1417293/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014)²⁸. (grifa-se)

De acordo com o entendimento esposado, todo cuidado é necessário ao equiparar o empresário à consumidor, sob pena de desvirtuar a lógica dos contratos interempresariais, fato que se percebe nos julgamentos mais recentes do STJ.

Bruno Miragem (2014, p.158) afirma que a hipótese do artigo 29 do CDC “abre a possibilidade de aplicação extensiva das normas do CDC a outros contratos que não se caracterizam como contratos de consumo”. O mesmo autor adverte que que imaginava-se com a edição do CC/2002 que haveria uma gradativa aplicação de normas civis para os casos de práticas contratuais abusivas, restringindo o CDC às relações tipicamente de consumo, todavia, isso não se verificou na intensidade prevista (MIRAGEM, 2014, p.158).

Considerando que tanto o CDC quanto o CC/2002 são informados pelos princípios nucleares da boa fé, função social do contrato e intervenção reequilibradora dos contratos questiona-se a posição do STJ, que se firmou no sentido do finalismo aprofundado de aceitar, excepcionalmente diante das necessidades fáticas e de prova, a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto. Portanto, acha-se prudente revistar o CC/2002 para avaliar a utilidade da corrente finalista

²⁸ Entendimento também encontrado em: AgRg no Ag 1248314 RJ 2009/0215953-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 16/02/2012, T3 - TERCEIRA TURMA e REsp 1358231 SP 2012/0259414-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 28/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2013

mitigada aos contratos interempresariais. Em outras palavras, seria o CC/2002 suficiente para resolver os casos difíceis em que temos um empresário em situação de vulnerabilidade frente a outro? Questionamento este que será respondido na próxima seção.

6 ANÁLISE DA UTILIDADE DE APLICAÇÃO DO CDC APÓS O CC/2002

É claro que as relações interempresariais comportam correções, para eliminar as imperfeições do mercado. Para Forgioni (2010, p. 35) o empresário em posição de sujeição ao poder de outro deve ser tutelado em conformidade com as regras e princípios típicos do direito comercial e não da lógica do direito do consumidor, através do direito antitruste e do direito contratual empresarial.

De forma breve, é inegável a utilidade do *direito antitruste*, através da Lei 12.529/2011 (Nova Lei do CADE), já que é possível reverter as situações de dependência econômica na qual a parte mais forte consegue impor as condições à parte mais fraca, que tem que aceita-las para sobreviver no mercado. Conforme o § 1º do artigo 36 de Nova Lei do CADE²⁹ não é ilícita posição dominante, mas sim o abuso dessa posição.

O *caput* artigo 36 da Nova Lei do CADE estabelece que

Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (grifa-se)

Assim, fica estabelecida a responsabilidade objetiva daquele que usa de forma abusiva a posição dominante, percebe lucros abusivos, prejudica a livre iniciativa e a livre concorrência, ou usa de sua conduta para dominar o mercado com a exclusão dos demais, ainda que os atos praticados para tanto não sejam alcançados.

O mencionado disposto na Nova Lei do CADE pode ser aplicado em conjunto com as normas dos outros sistemas jurídicos, como o civil-comercial e o do consumo, tendo em vista que o artigo 47 dessa lei não afasta o controle judicial das infrações contra a ordem econômica ou contra a concorrência, independentemente do controle administrativo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo Conselho

²⁹ Lei 12.529/2011 (Nova Lei do CADE). **Art. 36.** (...) § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo. (...)

Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF)³⁰. Destaca-se que a aplicação do direito antitruste pode ser usado para cessar a prática de condutas lesivas ao empresário mais fraco, e obter a reparação das perdas e danos sofridos de acordo com o CC/2002, num processo judicial, como se verá a seguir.

Como visto, as inovações do CDC podem ser resumidas em (a) definição jurídica das figuras do consumidor e do fornecedor; (b) definição dos direitos básicos do consumidor; (c) o reconhecimento do consumidor como hipossuficiente; (d) introdução da boa-fé como cláusula geral; (e) disciplina dos contratos de adesão, proteção contra práticas e cláusulas abusivas e revisão contratual; (f) inversão do ônus da prova; (g) a responsabilidade objetiva do fornecedor, prescrição e foro; e (h) a desconsideração da personalidade jurídica.

Com relação às disposições de *direito contratual empresarial* faremos a revisão das normas privadas unificadas pelo CC/2002, comparando-as com as do CDC nos seguintes campos: (i) boa-fé; (ii) revisão contratual, em caso lesão, onerosidade excessiva, redução da cláusula penal e contratos de adesão; (iii) inversão do ônus da prova; (iv) responsabilidade civil, prescrição e foro; (v) desconsideração da personalidade jurídica³¹.

O CDC traz a *boa-fé* com regra geral para relações de consumo e em consequência dessa disposição é possível a declaração de nulidade de cláusulas que são incompatíveis com a mesma³². Sobre a boa-fé, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 19) explica que o CC/2002 tem disposições mais amplas e completas, sendo mais avançado que o CDC. Isto, pois o artigo 422 do CC/2002 determina que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Mas entende-se que a boa-fé deve ser respeitada, não apenas desde a celebração até a satisfação do contrato, mas também antes da celebração e após a execução. Segundo Aguiar Júnior (2003, p. 20):

³⁰ Mas permanece o questionamento: a teoria finalista aprofundada mitigada afasta a aplicação das normas próprias das relações interempresariais, ou seja, o CC/2002? Questionamento que se buscará responder na próxima seção.

³¹ As inovações do CDC apontada nos itens (a), (b) e (c) não serão objeto de análise, pois entende-se que as mesmas são específicas da tutela consumerista, e logo, não estão previstas no CC/2002. Todavia, foram apontadas na terceira parte.

³² Nesse sentido, dispor o artigo 51 do CDC, *in verbis*: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) **IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;** (...) (grifa-se)

A boa-fé objetiva é o princípio de lealdade que deve orientar as relações humanas, de sorte que todos devem permitir sejam realizadas as expectativas que os outros têm nas relações mantidas na vida social, princípio ético que preside o ordenamento, está presente e serve de guia para todas as relações no campo do Direito Privado, e também no âmbito do Direito Público.

Segundo Forgioni (2010, p. 36) o abuso de dependência econômica empresarial pode enquadrar-se na espécie de *abuso de direito*, prevista no artigo 187 do CC/2002, desde que o contratante que se desvie do fim econômico do contrato, ou seja, para além da boa-fé. O ato ilícito previsto no mencionado artigo pode gerar o dever de indenizar, caso haja dano moral ou material.

A *lesão* é um vício que está presente no momento de celebração do contrato, onde se estabelece condições altamente desvantajosas para um dos contratantes. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 21) há na lesão “a possibilidade de existir um vício que atinge o próprio contrato” e o CDC traz o instituto da lesão no seu artigo 51 “para permitir a modificação de cláusula que estabeleça prestações desproporcionais, isto é, quando as prestações não forem equivalentes”. Do mesmo modo no CC/2002, o artigo 157 permite a revisão ou anulação do contrato no caso de lesão desde que o contratante se obrigue à prestação manifestamente desproporcional por necessidade premente ou inexperiência.

Diferentemente da lesão, a resolução ou revisão do contrato por *onerosidade excessiva* (também denominada teoria da imprevisão) ocorre em consequência de um fato posterior à celebração do contrato que acarreta em prestações manifestamente excessivas. Para o artigo 6º, V, do CDC, basta apenas a existência de fato supervenientes que tornem excessivamente onerosas as prestações para sua discussão judicial. Diferente critério é o do artigo 478 do CC/2002, que exige para a revisão ou resolução dos contratos de execução diferida ou continuada exige a configuração de dois requisitos, o primeiro é que haja em relação a uma das partes vantagem exagerada, e, o segundo é que o fato seja imprevisível. Entende-se que o critério do CC/2002 é o que melhor atende os contratos interempresariais, pois neles, como visto, existe a profissionalidade. Nesse sentido, decidiu o STJ:

DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. **Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.** 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades que

impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, **porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis**.⁵ Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 936741 GO 2007/0065852-6, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 03/11/2011, T4 - QUARTA TURMA) (grifa-se)

Caso a multa pelo descumprimento da obrigação for excessiva, o artigo 413 do CC/2002 permite a *redução da cláusula penal* independentemente da proporção do cumprimento da obrigação. Disposição não encontrada no CDC, pois a que seria análoga foi vetada no ato da sanção do código³³. Portanto, o alcance do CC/2002 é mais amplo, norma geral, que também pode ser aplicada às relações de consumo, conforme defende Ruy Rosado de Aguiar Júnior (p. 24).

Com relação aos *contratos de adesão* define o artigo 423 do CC/2002 que devem ser interpretados de maneira mais favorável ao aderente quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias. Preceito idêntico ao previsto no artigo 47 do CDC que determina que a interpretação das cláusulas contratuais deve sempre ser mais favorável ao consumidor. Presume-se que o aderente e o consumidor não tem possibilidade de escolher ou discutir as cláusulas contratuais.

Do mesmo modo, ainda, entende-se que não mais é útil, após a edição do CC/2002, a aplicação analógica do CDC aos contratos interempresariais, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Como o CCo e o CC/1916 não tratavam de cláusulas abusivas e contratos de adesão poderia ser aplicado o CDC para solucionar lacuna legislativa, desde que houvesse caracterizada a desigualdade material entre os contratantes.

Como visto, a *inversão do ônus da prova* no sistema do artigo 6º, VIII, CDC fica a critério do juiz quando houver verossimilhança da alegação, ou, quando houver hipossuficiência segundo as regras ordinárias de experiência. Impende destacar que a inversão não é automática, é a critério do juiz, logo a sistemática do artigo 333 Código de Processo Civil de 11/01/1973 (CPC/1973) não admite a inversão do ônus da prova, mas permite a

³³ Pretendia-se estabelecer no vetado dispositivo: CDC. **Art. 53. (...) § 1º** - Na hipótese prevista neste artigo, o devedor inadimplente terá direito a compensação ou à restituição das parcelas quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizada, descontada a vantagem econômica auferida com a fruição."

exibição de prova que se acha em poder da outra parte por determinação judicial, conforme artigo 355 do citado código.

Por outro lado, o artigo 373 do Código de Processo Civil de 16/03/2015 (CPC/2015), reproduz e amplia a disposição processual de 1973, na qual expressamente admite a inversão do ônus da prova, a critério do juiz, quando houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo probante de quem alega, bem como, quando a parte adversa maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Conclui-se que a inversão do ônus da prova é uma realidade no direito brasileiro, sempre após pronunciamento judicial, não sendo prudente, após o CPC/2015, caracterizar uma relação interempresarial como de consumo para permitir a inversão do ônus da prova.

Também não assiste razão a aplicação do CDC para caracterizar a *responsabilidade civil* objetiva do empresário, já que o CC/2002 no artigo 931 determina que tal responsabilização pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Pela disposição do citado artigo ele se aplica apenas nas relações empresariais ou civis, já que quando for caracterizada relação de consumo aplicar-se-á o CDC. Logo, não há razão útil para caracterizar uma relação interempresarial como de consumo para fins exclusivos de aferição da responsabilidade civil. Ademais, como dito acima o artigo 36 da Nova Lei do CADE prevê igualmente a responsabilidade objetiva daqueles que praticam infrações à ordem econômica.

Apenas com relação à *prescrição* e ao *foro* as normas se diferem largamente. No primeiro caso o CC/2002 estabelece que o prazo prescricional mais curto que o CDC, 3 (três) anos ao invés de 5 (cinco). Já no segundo, o foro das relações civis e comerciais é, como estatui a regra geral do artigo 94 do CPC/1973 e reproduzida no artigo 46 do CPC/2015, na qual as ações de indenização correm no domicílio do réu. Claro é que a disposição do artigo 101, I, do CDC é mais benéfica, pois o foro competente é do autor, que não teria que se deslocar para o foro do réu nem contratar patrono fora da comarca ou seção judiciária em que seu domicílio está circunscrito.

Por fim, com relação à *desconsideração da personalidade jurídica* a mesma não estava prevista no CC/1916, ainda mais que aquele código consagrava, em seu artigo 20, a absoluta separação entre a pessoa física e jurídica. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o CDC disciplina o tem de forma amplíssima “a respeito da responsabilidade dos sócios quando, na direção ou na administração da sociedade, tenham agido contra o contrato e/ou contra a lei, causando dano ao consumidor ao administrar mal a empresa, levando-a à insolvência ou à falência” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 24). Por outro lado a regra do artigo

50 do CC/2002 é mais restrita aplicando a desconsideração em apenas duas situações desvio de finalidade e pela confusão patrimonial.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 24) entende que a regra do artigo 28 CDC “não são hipóteses de desconsideração, mas de extensão de responsabilidade por atos ilícitos dos administradores” e conclui que “as hipóteses de desconsideração que estão no Código Civil também se aplicam em favor do consumidor”.

Pela análise das disposições acima percebe-se que praticamente todas as disposições inovadoras do CDC receberam previsão ou tratamento no CC/2002, mesmo que hajam pequenas diferenças, e são todas adequadas às relações interempresariais, conforme a própria ideia do código de reger as obrigações empresariais e as civis.

Nesse espírito de identificar no direito vigente as normas que possam dar a adequada proteção aos empresários em situação de vulnerabilidade, destaca-se o Anteprojeto de Código Comercial (ACCo) – Projeto de Lei do Senado 487/2013. Ao comentar o projeto Marcelo Féres (2012) afirma que o texto busca restabelecer coerência interna ao direito comercial a “reconduzindo-o uma merecida autonomia legislativa, com um código aglutinador de seus principais temas e categorias, bem como alicerçado sobre uma ampla base principiológica”.

Com relação à dependência econômica do empresário o artigo 17, III, do ACCo estabelece como princípio aplicável aos contratos empresariais “proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas”. O artigo 18 do ACCo³⁴ reconhece a liberdade contratual empresarial de modo a atender os interesses profissionais dos contraentes, todavia, é permitida a revisão judicial excepcional das cláusulas contratuais pelo § único do artigo 19 do ACCo³⁵. Para dar coerência à questão da dependência o artigo 20 do ACCo³⁶ prevê que a caracterização e a proteção da dependência econômica não pode ser estendida para preservar o empresário de atos de má gestão na condução da atividade.

³⁴ **ACCo. Art. 18.** No contrato empresarial, o empresário deve decidir por sua livre vontade a oportunidade de celebrar o negócio jurídico e contratar obrigações ativas e passivas que atendam, em ponderação final, aos seus interesses.

³⁵ **ACCo. Art. 19.** No contrato empresarial, a vinculação ao contratado é plena. **Parágrafo único.** A revisão judicial de cláusulas do contrato empresarial é excepcional. (grifa-se)

³⁶ **ACCo. Art. 20.** A proteção que este Código libera ao contratante economicamente dependente, nas relações contratuais assimétricas, não pode ser estendida para preservá-lo das consequências econômicas, financeiras, patrimoniais ou administrativas de suas decisões na condução da empresa. § 1º A assimetria das relações contratuais entre empresários será considerada pelo juiz em razão da dependência econômica entre a empresa de um contratante em relação à do outro. § 2º Mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a mera vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição de obrigação. (grifa-se)

Entende-se que reconhecimento da vulnerabilidade e da possibilidade de revisão dos contratos no anteprojeto visa reforçar a coerência já existente na tutela dos empresários vulneráveis em relação a outros dada pelo CC/2002 e pelo direito antitruste.

7 CONCLUSÕES

A natural separação do direito do trabalho e do consumidor e a evolução do direito privado – consagrada no CC/2002 – se mostram como reflexos da sociedade em que vivemos e das mudanças na economia do mercado capitalista. A evidente desigualdade do sistema clama por intervenção do Estado para a proteção dos vulneráveis, mas cada poder estatal deve promover a tutela apropriada com o corpo de normas específicas para cada situação de vulnerabilidade (trabalhador, consumidor, empresário e civil), sob pena de banalizar a aplicação da analogia, desconsiderar os costumes e os princípios gerais do Direito.

Verifica-se que a cisão do direito do consumidor do comercial, evidencia que aquele tem contornos próprios que devem ser analisados fora do direito comercial. Apesar das posições doutrinárias e jurisprudenciais, defende-se a não utilização do CDC aos contratos interempresariais, sob pena de desvirtuar toda a construção legal e doutrinária do direito comercial.

Como visto, o CDC tem por fim tratar de modo especial o conjunto de pessoas definidas como consumidores e presumidamente vulneráveis, alocando prejuízo ao empresário que não se conformar às suas regras no fornecimento de bens ou serviços. A utilização irrestrita dessa norma especial acabaria por torná-lo um direito comum não havendo mais um tratamento diferenciado para os consumidores. Ademais, a utilização indiscriminada do CDC nas relações entre empresas poderia eliminar o risco dos negócios que é inerente à atividade empresarial, premiando a ineficiência e a má gestão do empresário com enriquecimento sem causa.

No campo jurisprudencial, verifica-se a oscilação entre os entendimentos doutrinários *maximalistas* e *finalistas*, todavia o STJ consolidou o entendimento da *teoria finalista mitigada*, somente considerando consumidor o empresário ou as sociedades empresariais que demonstrem a vulnerabilidade no caso concreto. O que afasta a presunção de vulnerabilidade inerente às relações de consumo e estranha às relações comerciais, como se verifica, inclusive, no ACCo.

Com relação às equiparações legais de consumidor entende-se que o CDC se aplica aos empresários nos casos do artigo 2º § único do CDC, já que eles fazem parte da

coletividade, e do artigo 17 do CDC, protege o terceiro prejudicado por um dano decorrente de uma relação de consumo entre fornecedor e consumidor. Com relação à aplicação do artigo 29 do CDC aos contratos interempresariais, como se apropriam os defensores da *finalismo aprofundado*, não assiste razão, uma vez que as regras gerais dos artigos 421 a 424 do CC/2002 dão adequada proteção ao contratante contra cláusulas que violem a boa-fé e a probidade, permitindo a anulação de cláusulas nulas nos contratos de adesão e a interpretação mais favorável à parte aderente.

Pela análise das normas do CC/2002, a aplicação do CDC deve ficar restrita às relações de consumo como defendem os finalistas, já que os consumidores não se colocam no mercado com empresas, nem agem como elas na busca do lucro com profissionalidade. Empresário ou sociedade empresarial que pratica um ato de consumo fere a unicidade da atividade comercial, que abarca os atos meio para a sua consecução. As únicas disposições vantajosas do CDC são: (1) o prazo mais dilatado da prescrição de 5 anos, em detrimento do menor prazo de 3 anos do CC/2002; (2) e o estabelecimento do foro privilegiado para o domicílio do autor, ao invés da regra geral do domicílio do réu do CPC. Logo, a aplicação do CDC às relações interempresariais compromete os fundamentos do direito comercial e dos contratos empresariais, demonstrados ao longo do texto. Caso haja aplicação eventual do CDC aos contratos interempresariais, a mesma deve servir para aprimorar as relações do mercado e não para premiar a ineficiência

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de Convergência). **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003.

BARBI FILHO, Celso. Princípios para uma nova teoria geral dos contratos comerciais. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Volume 2**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Volume 3**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 27-46, jan./mar. 2011.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Em Busca do Direito Comercial Perdido**. Caderno Direito e Justiça do Jornal Estado de Minas, Belo Horizonte, p. 1 - 1, 14 maio 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro** – da mercancia ao mercado. 2. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 151/152, p. 22, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis e o Código Civil. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). **Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998: interpretação e crítica**. 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JENSEN, Michael C. e MECKLING, William H., Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. **Journal of Financial Economics (JFE)**, Vol. 3, No. 4, 1976.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; SANTOS, Antonio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito Econômico**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial. volume 1**. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Vol. 3**. 23 ed, atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLII, nº 132, outubro/dezembro de 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.