



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANGELINNE LAILA DE SOUSA CAVALCANTE

DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA
APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

SOUSA - PB
2011

ANGELINNE LAILA DE SOUSA CAVALCANTE

DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA
APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Monnília Pereira Nóbrega.

SOUSA - PB
2011

ANGELINNE LAILA DE SOUSA CAVALCANTE

DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA
APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Monnizia Pereira
Nóbrega

Banca Examinadora:

Data da Aprovação:

Prof.^a Monnizia Pereira Nóbrega
Orientadora-UFCG

Examinador interno-UFCG

Examinador externo-UFCG

A Nossa Senhora de Fátima Minha Protetora.
A Minha Família.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, que me acima de tudo é o grande responsável pela realização dos meus objetivos, sem sua permissão, nada seria possível.

À minha queridíssima orientadora e amiga Monnizia, por ter contribuído de forma ímpar para a realização desse trabalho, com suas preciosas orientações, paciência e disposição de ajudar sempre.

A minha maravilhosa família que sempre apóiam, acreditam e investem em meus objetivos.

RESUMO

Na atualidade, a tutela jurídica das relações empresariais encontra-se incompleta, notadamente quando de trata de relações jurídicas entabuladas entre empresários desiguais, o que merece sem sombra de dúvidas, mais atenção do legislador tendo em vista a importância e a geração de recursos que as transações negociais entre empresários promovem ao país. Acompanhando a evolução das citadas negociações e do próprio Direito, cabe aos aplicadores da lei, supri tal necessidade absorvendo novos conceitos e evoluindo de acordo com as transformações sociais. Assim, a pesquisa em tela pretende analisar a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação contratual entre empresários desiguais quando estes demonstrarem sua posição de desigualdade perante a outra parte, ou seja, quando incidirem as características de vulnerabilidade e hipossuficiência em relação ao outro contratante. Para tanto, faz-se o uso do método dedutivo como método de abordagem, e do método comparativo de análise de casos, como métodos de procedimento; e da pesquisa bibliográfica, como técnica de pesquisa. De forma que se constata, ante a jurisprudência pátria, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da tutela protecionista despendida ao consumidor, também aos empresários frente suas relações empresariais quando presentes a hipossuficiência e a vulnerabilidade, posto a própria abrangência do conceito legal de consumidor.

Palavras-Chave: Contratos empresariais. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade.

ABSTRACT

Currently, legal protection of business relationships is incomplete, especially when it comes to the legal relations undertaken between dissimilar business, which undoubtedly deserves more attention from the legislature in view of the importance and revenue generation that transactions negotiation between employers promote the country. Following the evolution of these negotiations and the law itself, it is for law enforcers, supply this need by absorbing new concepts and evolving in accordance with social transformations. Thus, the search screen is to examine the applicability of the Code of Consumer Protection in the contractual relationship between employers when they demonstrate their unequal position of inequality before the other party, ie when relate the characteristics of vulnerability in relation to hipossuficiencia another contractor. Therefore, it is using the deductive method as a method of approach, and the comparative method of analysis of cases, such as methods of procedure, and literature, as a research technique. So that it turns out, before the law country, especially, the Supreme Court, the application of protectionist expended consumer protection, also facing entrepreneurs present their business relations when the weaker and vulnerable, given the very breadth of the concept of legal consumer.

Keywords: Business contracts. Code of Consumer Protection. Applicability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	11
2.1 Do Empresário.....	11
2.2 Da relação contratual empresarial.....	20
2.3 Regime jurídico aplicável.....	29
3 DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	32
3.1 Conceito e noções gerais.....	32
3.2 Princípios informadores.....	40
3.3 Protecionismo ao consumidor.....	44
4 INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	49
4.1 Modelo reliberalizante.....	49
4.2 Consumidor por equiparação.....	54
4.3 Posicionamento dos Tribunais acerca do tema.....	61
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

No contexto econômico e social de um país, a empresa possui importância imensurável. Todo o desenvolvimento econômico de uma sociedade está diretamente ligada a seu potencial industrial, comercial, transacional, ou seja da sua capacidade empresarial. A empresa, além de contribuir com impostos, é responsável por fazer circular riquezas, pois, terá que pagar salários aos seus empregados que também contribuirão com o governo com o pagamento de impostos. A atividade empresarial também atrai para perto de si, outros empreendimentos de pequeno e médio porte que contribuirão de forma indispensável para a realização de suas atividades, fazendo nascer, inúmeras relações jurídicas entre empresários. Tais relações, ainda pouco tuteladas pelo Direito Pátrio, causando desproteção a alguns empresários que se encontram em posição de vulnerabilidade na cadeia de contribuição.

Sabendo-se da importância que os empresários contam no cenário nacional, em que se vive em uma sociedade capitalista, é de se pensar em legislações que beneficiem, ou pelo menos tutelem de forma específica as relações entre empresários. Trazendo mais informação e segurança na relação entre eles. Uma forma interessante que está sendo usada pelos julgadores mais atualizados é a equiparação do empresário ao consumidor, quando este se encontrar em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em relação a outro empresário.

O Código de Defesa do Consumidor completou 20 anos de lei vigente no Brasil. De caráter vanguardista para o tempo e que foi editada e também para o tempo atual, essa lei possui vários instrumentos de tutela e defesa do consumidor que são pouco usados, tendo em vista a falta de informação dos consumidores, e de muitos aplicadores que não enxergam nos princípios e artigos da citada lei formas mais abrangentes de interpretação. Tais formas também podem beneficiar os empresários, como tem entendido o Superior Tribunal de Justiça em julgados recentes, o que justifica a presente pesquisa, posto a necessidade de um estudo científico que embase jurídica e socialmente a abrangência do Código de Defesa do Consumidor. De forma que se terá como problematização, a seguinte: É possível aplicar o CDC as relações empresariais? E como hipótese : Sim, haja vista, o entendimento da doutrina e da jurisprudência do conceito mais abrangente de consumidor e uma tendência a adoção da teoria subjetivista maximalista que

defende o alargamento da definição de destinatário final, diminuindo dessa forma a desigualdade de tratamento entre os empresários em suas relações jurídicas.

Assim, o presente trabalho pretende analisar a possibilidade da equiparação do empresário a consumidor em uma relação empresarial, de forma a se verificar se há base legal para esse entendimento e o que a doutrina relata respeito, bem como, demonstrar a incidência do modelo reliberalizante no ordenamento jurídico pátrio, para assim, constatar a adoção do citado modelo nos Tribunais brasileiros, os quais defendem a incidência da lei consumerista a relações contratuais empresariais como mecanismo de defesa do empresário vulnerável.

Para tanto, se fará o uso do método dedutivo como método de abordagem, voltado a um processo de investigação que utiliza a aplicação de princípios gerais a casos particulares, envolvendo entre outras etapas seqüenciais, a identificação de um problema e a formulação de hipóteses. Também será usado como métodos de procedimento o comparativo e a análise de casos, consistindo o primeiro no confronto entre as teorias consumeristas e os modelos usados por agente econômicos nas relações contratuais, levando em consideração seus atributos e promovendo o exame dos dados a fim de obter diferenças ou semelhanças que possam ser constatadas, e as devidas relações entre elas. Já o segundo método analisa a aplicabilidade da hipótese a casos concretos, efetivados pelos aplicadores do direito. Usar-se á também a pesquisa bibliográfica, como técnica de pesquisa, posto que se procurará analisar e entender os escritos dos doutrinadores conceituados na área de estudo, fazendo um comparativo com a jurisprudência disponibilizada.

Dessa forma, no primeiro capítulo será analisada a figura do empresário e sua evolução no contexto econômico, também serão analisados os contratos entre empresários, seus requisitos e formas, além do regime jurídico aplicável a estas relações. Por sua vez, no segundo capítulo, será feito um estudo acerca das relações de consumo, os conceitos de consumidor e fornecedor, além dos princípios informadores que dão base a relação jurídica entre eles. Também será visto em tópico específico o protecionismo ao consumidor, e como está proteção pode ser estendida ao empresário. E por fim, no terceiro capítulo, se voltará à possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre empresários, para tanto, se levará em consideração o modelo reliberalizante da economia, e o posicionamento dos Tribunais acerca do tema.

Isto posto, tem-se que aplicação das normas de proteção consumeristas, ou seja, a equiparação do empresário vulnerável a consumidor em casos que este se mostre hipossuficiente em relação a outra parte nas relações jurídicas, se apresenta a forma mais adequada e justa para dirimir conflitos entre empresários desiguais. Sabendo-se que essa efetiva aplicabilidade já se encontra na Corte de Justiça Superior no Brasil.

2 Dos Contratos Empresariais

Na exploração da atividade econômica a que se dedica, o empresário celebra, certamente, diversos contratos. Desde o momento do seu surgimento até os dias atuais, o empresário, seja ele pessoa física ou sociedade empresária, haverá de utilizar-se constantemente desse instrumento. Pois, a aquisição de matéria-prima ou do estoque se faz mediante contrato de compra e venda; os serviços de consultoria, de marketing ou de contabilidade se dão por meio de contrato de prestação de serviços; seus empregados são admitidos por meio de contrato de trabalho; as mercadorias fabricadas pela indústria são vendidas aos seus clientes mediante um instrumento contratual. Enfim, toda a movimentação do empresário para consecução de seus objetivos é realizada por contratos, sem os quais não se pode imaginar a existência da atividade empresarial.

2.1 Do empresário

De acordo com o Código Civil, em seu artigo 966, considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou prestação de serviços. O artigo traz a conceituação do empresário unipessoal. Ao decompor o conceito legal de empresário, tem-se que: a) o empresário ao desenvolver seu ofício mediante uma atividade, um desenrolar de atos praticados repetidas vezes, e não através de um único ato isolado que não se prolonga no tempo, ou seja, quem exerce determinada atividade econômica de forma esporádica como, por exemplo, um negócio ocasional de compra e venda ou mediação, não será considerado, empresário; b) esta atividade deve ser de natureza econômica, ou seja, deve ser exercida com intuito de lucro, deve também ser criadora de riqueza, seja mediante a produção de bens ou de prestação de serviços; c) a atividade deve ser organizada, o empresário deverá utilizar-se de forma planejada dos meios de produção (bens naturais, capital, trabalho e tecnologia) com o objetivo de buscar o lucro; d) deve estar presente também a profissionalidade, que consiste na habitualidade da atividade e em seu intento de lucro; e e) a atividade deve estar voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços destinados a

abastecer o mercado, não sendo considerado empresário aquele que desenvolve uma determinada atividade para o seu consumo próprio.

Note-se, todavia que o legislador, no parágrafo único do citado artigo, excluiu dessa definição aqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que disponha do concurso de auxiliares, exceto se o referido exercício profissional constitui elemento de empresa. Mais adiante no citado diploma legal, o artigo 982 define sociedade empresária, como aquela que tem por objeto o exercício de atividade própria do empresário. Esclarece Fazzio Júnior (2008, p. 19) que:

Sob a epígrafe empresário, estão compreendidos tanto aquele que, de forma singular, pratica profissionalmente atividade comercial, como a pessoa de direito constituída para o mesmo fim. Ambos praticam atividade econômica organizada para a produção, transformação ou circulação de bens e prestação de serviços. Ambos tem por objetivo o lucro.

O conceito de empresário acima transcrito pode-se estabelecer, logicamente, que empresa é uma atividade econômica organizada com a finalidade de fazer circular ou produzir bens ou serviços. Empresa é, portanto, atividade, algo abstrato. Empresário, por sua vez, é quem exerce empresa. Assim, aquela não é sujeito de direito, quem é sujeito de direito é o titular da empresa. Posto que, o Direito Brasileiro filia-se ao sistema italiano, ou seja, adota a Teoria da Empresa, voltando-se portanto, para a conceituação jurídica da empresa como atividade econômica a gerar direitos e obrigações na medida em que este conceito é que determina e delimita o conteúdo do Direito Comercial moderno. Para um melhor entendimento acerca da atual teoria adotada pelo Brasil, é necessário que se faça algumas considerações sobre o desenvolvimento e a evolução do próprio comércio.

O comércio existe desde a Idade Antiga, o exercício da atividade comercial de forma organizada remonta a tempos distantes, já que o homem, assim que superou sua fase mais primitiva quando tomava o que queria, iniciou o exercício de atividades econômicas, sobretudo para o estabelecimento de relações comerciais, por meio de troca, ou escambo, posteriormente utilizando-se de moedas. Comentando sobre o tema, Ramos (2010) explica que foi na Idade Média onde o comércio atingiu um estágio mais avançado, e não era mais uma característica de alguns povos, mas de todos eles, pois é justamente nessa época que se costuma apontar as raízes do surgimento do Direito Comercial. Fala-se então na primeira fase desse ramo do Direito. É o tempo do renascimento das cidades (“burgos”) e do

comércio, sobretudo o marítimo. Ocorre que nessa época não havia ainda um poder político central, capaz de redigir regras gerais e aplicá-las a todos. Surgem nesse cenário as Corporações de Ofício, que logo assumiram relevante papel na sociedade da época, conseguindo obter, inclusive certa autonomia em relação à nobreza feudal. Bem organizadas, as corporações passaram a tutelar os interesses de seus membros em face à impotência do Estado.

Nessa primeira fase a corporação estabelece, por meio de seus próprios estatutos, uma regulação das relações comerciais vinculativa, não apenas para os comerciantes membros da corporação, incluindo os artesãos, mas também para terceiros não comerciantes, que com esses estabelecessem contrato. Assim, a corporação cria em seu núcleo jurisdições mercantis, exercidas por juízes-comerciantes que, além da competência para conhecerem das questões controvertidas entre comerciantes, conheciam também das questões entre comerciantes e não comerciantes.

Outra característica marcante desta fase inicial é o seu caráter subjetivista. Pois era o Direito Comercial o direito dos membros da corporação, ou seja, a serviço do comerciante, resultante da autonomia corporativa, este Direito então se caracterizava pelo acento subjetivo e somente se aplicava aos comerciantes associados à corporação. Portanto, bastava que uma das partes de uma determinada relação fosse comerciante para que a mesma fosse disciplinada pelo Direito Comercial, em detrimento dos demais direitos, o que provocou uma profunda transformação na Teoria do Direito, pois o sistema jurídico tradicional passa a ser derogado por um Direito específico, peculiar a uma determinada classe social e disciplinador da nova realidade econômica que emergia, como bem esclarece Ramos (2010)

É de ressaltar que, a atividade comercial foi se intensificando progressivamente, sobretudo em razão das feiras e dos navegadores. O sistema de jurisdição especial, ou seja, as Corporações de Ofício, surgidas e desenvolvidas nas cidades italianas, difunde-se por toda a Europa, chegando a países como Inglaterra, França, Alemanha e Espanha. Em meados do período medieval, surgem no cenário geopolítico mundial os grandes Estados Nacionais monárquicos, os quais representados na figura do monarca absoluto, submetiam seus súditos, incluindo a classe dos comerciantes, ao um direito posto, em contraposição ao Direito Comercial de outrora. Com isso as corporações foram perdendo paulatinamente o monopólio

da jurisdição mercantil, na medida em que se consagra a liberdade e a igualdade no exercício das artes e ofício, tornando-se assim os diversos Tribunais de Comércio atribuição do Estado.

Sobre a segunda fase do Direito Comercial, Ramos (2010, p.32) esclarece que:

A codificação feita por Napoleão na França dividiu cristalinamente o Direito Privado em dois lados: de um o Direito Civil, e do outro o Direito Comercial. Vale ressaltar que o Código Civil Napoleônico era, fundamentalmente, um corpo de leis que atendia aos interesses da burguesia fundiária, pois estava centrado no direito de propriedade. Já o Código Comercial encarnava o espírito da burguesia comercial e industrial, valorizando a riqueza mobiliária.

Essa divisão feita no Direito Privado gerou a necessidade de se criar um critério que delimitasse o âmbito de incidência do Direito Comercial, já que este surgiu como um regime jurídico especial destinado a regular as atividades mercantis. O que fez decorrer a denominada Teoria dos Atos de Comércio, que de acordo com Ramos (2010), tinha como uma de suas funções essenciais a de atribuir a quem praticasse os denominados atos de comércio, a qualidade de comerciante, o que era pressuposto para a aplicação das normas do Código Comercial. De acordo com esta Teoria, o citado ramo do Direito, regularia as relações jurídicas que envolvessem a prática de atos definidos em lei como atos de comércio. Assim, o Direito Comercial abandonava o sistema subjetivista, segundo o qual este direito se aplicava apenas a quem estivesse inscrito como comerciante no correspondente registro, e adaptava-se ao sistema objetivista, segundo o qual o referido ramo jurídico aplica-se a todos os atos de comércio, praticados por quem quer seja, ainda que ocasionalmente.

Ainda seguindo orientação de Ramos (2010), percebe-se que não é difícil imaginar as deficiências do sistema francês. Afinal, se resume ao estabelecimento de uma relação de atividades econômicas, sem que haja entre elas nenhum elemento interno de ligação, gerando indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas. Ademais, outras atividades econômicas, tão importantes quanto à mercancia não se encontravam na enumeração legal dos atos de comércio. Algumas delas porque se desenvolveram posteriormente (ex: prestação de serviços), e a produção legislativa como se sabe não consegue acompanhar o ritmo veloz do desenvolvimento social e tecnológico. Outras delas, por razões históricas como a negociação mobiliária.

Outro problema citado por Ramos (2010), decorrente da aplicação da Teoria dos Atos de Comércio, era referente aos chamados atos mistos (ou unilateralmente comerciais), aqueles que eram comerciais para apenas uma das partes, como na venda de produtos aos consumidores, por exemplo, o ato era comercial para o comerciante vendedor, e civil para o consumidor adquirente. Nestes casos, aplicavam-se as normas do Código Comercial para a solução de eventuais controvérsias. Diante de tal situação, fica claro o retorno ao corporativismo do Direito Comercial, que voltava a ser um Direito de classe como era na sua primeira fase. Não obstante tais críticas, a Teoria francesa dos Atos de Comércio, por inspiração da codificação napoleônica, foi adotada por quase todas as codificações oitocentistas, inclusive no Brasil, por meio do Código Comercial de 1850.

Segundo Ramos (2010), “a insuficiência da Teoria dos Atos de Comércio forçou o surgimento de outro critério identificador do âmbito de incidência do Direito Mercantil, uma vez que este já não abrangia atividades econômicas tão ou mais importantes que o comércio de bens”.

Vê-se, portanto, que a noção de Direito Comercial fundada nos Atos de Comércio mostrou-se ultrapassada, sobretudo após a Revolução Industrial, que transportou consigo o surgimento de diversas outras atividades econômicas relevantes, e muitas delas não estavam inseridas no conceito de “atos de comércio”. Surgindo na Itália em 1942, com a edição de seu novo Código Civil, um sistema delimitador da incidência do regime jurídico comercial, sendo denominada de Teoria da Empresa, segundo a qual é a empresa um centro fomentador do comércio, como sempre o foi, mas com o diferencial com o qual nunca foi vislumbrada.

Além disso, o Código Civil Italiano promoveu uma unificação formal do Direito Privado, disciplinando as relações civis e comerciais num único diploma legislativo. O Direito Mercantil entra, enfim, na terceira fase de sua etapa evolutiva, superando o conceito de mercantilidade e adotando o critério da empresarialidade como forma de delimitar o âmbito de incidência da legislação comercial. O mais importante, todavia, com a edição do Código Civil Italiano e a formulação da Teoria da Empresa, é que o Direito Comercial deixa de ser, como tradicionalmente o foi, um direito do comerciante (período subjetivo das corporações de ofício) ou dos atos de comércio (período objetivo da codificação napoleônica), para alcançar limites muito mais largos. Para a referida teoria, o Direito Mercantil, não se limita a regular apenas as relações jurídicas em que ocorram a prática de um determinado ato definido em lei

como ato de comércio. Portanto, para a Teoria da Empresa, qualquer atividade econômica, desde que exercida profissionalmente e destinada a produzir ou fazer circular bens ou serviços, é considerada empresarial e pode submeter-se ao regime jurídico empresarial.

No Brasil a adoção da Teoria Francesa dos Atos de Comércio pelo Direito Comercial Brasileiro, fez com que o mesmo merecesse várias críticas, pelos motivos já expostos. Com efeito, não se conseguia justificar a não-incidência das normas de regime jurídico comercial a algumas atividades tipicamente econômicas e de suma importância para a atividade negocial, como a prestação de serviços, a negociação imobiliária e a pecuária. Diante disso, e a divulgação das idéias da Teoria da Empresa, após a edição do Código Civil de 1942, pode-se perceber uma nítida aproximação do Direito Brasileiro ao sistema italiano. A doutrina da década de 1960, já começava a apontar com maior ênfase as vicissitudes da teoria dos atos de comércio e a destacar as benesses da teoria da empresa.

Uma outra prova de que o Direito Brasileiro já vinha aproximando-se dos ideais da Teoria da Empresa pode ser encontrada na análise da legislação esparsa editada nas últimas décadas, como destaca Ramos (2010, p. 43) ao afirmar que:

O Código de Defesa do Consumidor é um exemplo claro. Nele, o conceito de fornecedor é bem amplo, englobando todo e qualquer exercente de atividade econômica no âmbito da cadeia produtiva. Aproxima-se mais, portanto, do conceito moderno de empresário do que do conceito antigo de comerciante.

Assim, a Lei nº 10.406/2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro, completou a tão esperada transição do Direito Comercial Brasileiro, pois abandonou-se a Teoria Francesa dos Atos de Comércio para adotar-se a Teoria Italiana da Empresa. Assim, desaparece a figura do comerciante, e surge a figura do empresário (da mesma forma, não se fala mais em sociedade comercial, mas em sociedade empresária). A mudança, porém, está longe de se limitar a aspectos terminológicos. Ao disciplinar o Direito de Empresa, o Direito Brasileiro se afasta, definitivamente, da ultrapassada Teoria dos Atos de Comércio, e incorpora a Teoria da Empresa ao ordenamento jurídico Pátrio, adotando o conceito de empresarialidade para delimitar o âmbito de incidência do regime jurídico comercial.

Sabendo-se a teoria que o Direito Brasileiro filia-se, a doutrina volta suas preocupações para a conceituação jurídica da empresa como atividade econômica a gerar direitos e obrigações, na medida em que este conceito é que determina e delimita o conteúdo do direito mercantil moderno. Bertoldi (2010, p.54), afirma que não há que se distinguir os conceitos econômicos e jurídicos, uma vez que são a mesma coisa, para este autor é a empresa uma:

Organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade.

Como observa Bertoldi (2010), cada vez mais se sedimenta o entendimento de que a empresa nada mais é senão a atividade desenvolvida pelo empresário, sujeito de direito. É materialização da iniciativa criadora do empresário, da projeção patrimonial de seu trabalho de organização dos distintos fatores produtivos. Para um melhor entendimento, o referido autor (2010, p. 55), fornece um exemplo claro: “Tomemos com exemplo uma indústria de automóveis. O *empresário*, nesse caso, será a sociedade que tenha por objeto social a fabricação de automóveis e a *empresa* desenvolvida por este empresário (atividade) é a construção de automóveis”. (grifos do autor)

Segundo o entendimento do autor mencionado, a empresa, tida com a atividade exercida pelo empresário, não é pressuposto para a existência de uma sociedade, na medida em que esta atividade pode ser exercida por uma única pessoa física e não por um conjunto de pessoas reunidas em sociedade. Porque enquanto esta é o sujeito de direito, a empresa é o objeto de direito, ou seja, a empresa, ao contrário da sociedade, não tem personalidade jurídica, não é pessoa jurídica. O empresário pode apresentar-se por meio de uma sociedade, se exercida por uma pessoa jurídica (reunião de diversas outras pessoas), ou então pode surgir mediante o exercício empresarial desempenhado por uma única pessoa natural que é o empresário individual.

Lembra Coelho (2007), que o ordenamento jurídico brasileiro na maioria das vezes, regula a atividade empresarial partindo da pessoa do comerciante individual, pessoa física. Mas que, no entanto, atualmente a esta atividade é exercida mais

frequentemente por sociedades empresárias, o que termina por ensejar repetidas confusões entre, o empresário, pessoa jurídica e seus sócios. Dessa forma, não é correto denominar-se empresa a sociedade, e seus sócios empresários, como costuma acontecer quotidianamente. Portanto, que fique claro que, a empresa é a atividade explorada pela sociedade, e o empresário é a própria sociedade e não as pessoas que a constituem, daí a denominação a denominação sociedade empresária.

Vale ressaltar que as empresas podem ser classificadas, quanto à atividade desenvolvida, em comerciais, industriais, prestadoras de serviços e agropecuárias. Pode-se também dividi-las, levando em conta a qualidade de seus sócios, em empresas públicas, privadas e de economia mista. Basta que qualquer destes entes econômicos se enquadre no conceito de empresário (art. 966, CC) para que a eles se atribua esta qualidade. A empresa comercial é aquela que tem como atividade econômica a prática de atos de interposição de troca, ou seja, o empresário comercial deverá se organizar para a aquisição de mercadorias para sua posterior venda com a realização de lucro, lucro este advindo da diferença a maior entre o preço de compra e o de venda. O empresário industrial, além de praticar atos de interposição de troca, comprando e vendendo bens, o faz agregando a estes bens determinada qualidade, e isto se dá mediante a transformação da matéria-prima adquirida em produto final, é o caso da indústria de fabricação de móveis. O empresário prestador de serviços, por sua vez exerce atividade da qual não resulta um determinado produto tangível, como ocorre com a indústria, trata-se da aplicação de mão-de-obra para a realização de alguma atividade economicamente relevante como é o caso do serviço de transporte, de telecomunicações ou de limpeza e conservação.

O empresário agropecuário é aquele que se utiliza da terra, retirando dela bens destinados ao consumo. É de bom alvitre lembrar que, será Pública aquela empresa, que muito embora se trate de pessoa jurídica de direito privado, cujo capital esteja exclusivamente depositado nas mãos do Estado, que a criou, mediante previsão legal, para explorar determinada atividade econômica de interesse social. Privada é a empresa que está nas mãos dos particulares, e de Economia Mista, quando, tem-se uma empresa em que o capital privado e o público se unem para consecução de um objetivo empresarial em comum.

Em uma abordagem mais atualizada, percebe-se que não mais se pode afirmar que o lucro seja o único objetivo da empresa, pois, ela passou a ser uma instituição social que pela sua importância, desenvolvimento e influência depende toda a humanidade. Nela, a maior parte de população possui alguma ligação, seja como sócio, seja como empregado ou consumidor. É uma instituição social porque provém à grande maioria de bens e serviços da sociedade e, ainda, dá ao Estado grande parcela de suas receitas fiscais. Com isso, o empresário não pode mais agir pensando exclusivamente, em seus interesses, terá que atuar sempre em benefício, também, da própria comunidade, que são consumidores.

Importante exposição sobre o tema é feita por Fiúza (2007, p. 340), segundo o qual:

A ordem constitucional de nossos tempos, por isso, evita o intervencionismo gerencial público no processo econômico; deixa de atribuir ao Estado a exploração direta dos empreendimentos de ordem econômica; mas também não pode permitir que em nome da liberdade negocial a força econômica privada seja desviada para empreendimentos abusivos, incompatíveis com o bem-estar social e com valores éticos cultivados pela comunidade.

Diante do exposto, surge o termo “função social” da empresa, que é utilizada para limitar a autonomia privada dos empresários, posto que a autonomia privada, princípio absoluto. A função social é exaustivamente disciplinada na Constituição Federal, em seus arts. 5º, XXIII, 170, III, 173, § 1º, I, 182, § 2º, 184, caput, e 185, parágrafo único. O termo, também, está previsto no Código Civil, art. 421, e no Direito Empresarial, art. 116, parágrafo único da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), e art. 47 da Lei 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Empresarial).

Entretanto, o princípio da função social não pode ignorar a função primeira da empresa que é o lucro. Como bem preleciona Fiúza (2007), não pode ser lucro anulado a pretexto de cumprir uma atividade assistencial, filantrópica, por exemplo. A empresa tem uma função social, mas não uma função de assistência social. Primeiro, portanto, tem que reconhecer a função específica da empresa, para, depois, pensar em limitar essa necessária função. A função social jamais poderá ocupar a função econômica da empresa, porque Empresa sem lucro não sobrevive, deixa de funcionar. Mas é inegável que o comentado princípio trouxe consigo maior grau de justiça nas relações sociais, visando coibir os abusos individuais e delimitar

a autonomia privada. Nas empresas, direciona a fazer o bem comum, possibilitando um ganho econômico mais justo para todos.

Diante dessa nova realidade, deve a empresa ter como meta outros objetivos atrelados a uma exploração da atividade econômica que não se pauta exclusivamente no objetivo de lucro, mas está associada a valores de justiça social e bem-estar coletivo.

2.2 Da relação contratual empresarial

Segundo Diniz (2009 p. 24), é o contrato, “um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, como o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”. Pode-se entender que é um negócio jurídico que depende para sua formação de um acordo de vontades com a finalidade de criar, adquirir, modificar, transferir e extinguir direitos e obrigações. Quando uma determinada sociedade empresária que explora atividade industrial de grande porte, por exemplo, necessita de recursos para ampliar seu maquinário, pode celebrar com uma instituição financeira um contrato de financiamento ou mesmo adquirir as novas máquinas por meio de leasing.

Da mesma forma, um pequeno comerciante pode celebrar com outro, contrato de compra e venda de mercadorias, a fim de revendê-las aos seus consumidores, com os quais celebrará novos contratos de compra e venda, estes contratos, por sua vez, podem ser feitos através de operações especiais, como o cartão de crédito. Já uma outra sociedade empresária, que teve aumento significativo de suas vendas, pode estar precisando de mais funcionários, razão pela qual firmará um série de contratos de trabalho com novos empregados. São enfim, diversos os contratos que os empresários individuais e as sociedades empresárias celebram no exercício diário de suas atividades econômicas.

Após um estudo acerca das atividades de produção ou distribuição de bens ou de serviços e a forma pela qual são implementadas, constata-se que elas envolvem e necessitam, de uma complexa, mais organizada, teia de recursos economicamente mensuráveis e de transações, ou seja, contratos juridicamente relevantes. A divisão e a especialização do trabalho humano fez com que hoje seja

praticamente impensável, a produção de algum bem, ou a prestação de algum serviço efetuada, do seu início ao seu término, por um único indivíduo munido apenas dos recursos materiais de sua propriedade. Ainda que, do ponto de vista fático, seja possível que um bem ou um serviço seja inteiramente produzido ou distribuído exclusivamente por uma pessoa e por seus recursos materiais, essa operação econômica se revelará certamente mais eficiente, lucrativa e menos dispendiosa, se efetuada a partir do esforço conjunto e dos recursos materiais de diferentes pessoas, cada qual responsável por uma parte da cadeia produtiva.

Assim, a produção ou a distribuição de bens e serviços é realizada a partir do agrupamento de diferentes fatores que, somados e organizados, permitem que sejam implementadas tais atividades. Portanto, são os fatores de produção, de acordo Rossetti (2003 *apud* FIÚZA 2007, p. 293):

Os recursos de produção são também denominados fatores de produção. Eles são constituídos pelas dádivas da natureza (fator terra), pela população economicamente mobilizável (fator trabalho), pelas diferentes categorias de capital (fator capital) e pelas capacidades tecnológicas (fator tecnologia) e empresarial (fator empresarialidade ou organização). [...]. Do emprego desses cinco fatores de produção, de sua disponibilidade, de suas qualificações ou capacitações, das formas de sua mobilização e de sua interação resultam os padrões de atendimento das ilimitáveis necessidades individuais e sociais.

Dessa forma, comprova-se que a geração de bens e serviços realiza-se essencialmente a partir do agrupamento dos recursos naturais e financeiros disponíveis. A esses dois elementos deve-se acrescentar a mão-de-obra humana e também os conhecimentos tecnológicos existentes, fatores aptos à otimização e transformação dos recursos naturais e financeiros. É inegável também que de pouco adiantaria a composição desses quatro fatores produtivos se faltasse o elemento organização, ou seja, a empresa. É a partir dele que os outros quatro fatores de produção são combinados de forma bem ordenada e destinados, todos, a uma mesma finalidade: a produção e circulação de bens ou prestação de serviços. Fiúza (2007, p.294), dispõe muito bem sobre o tema, da seguinte forma:

Considera-se que, quando deixados entregues a si próprios, a terra, o trabalho e o capital não produzem nada. Deve haver alguém, um indivíduo ou um grupo de pessoas, que organize estes três fatores de modo a que possa haver produção. Alguém tem que decidir: a) o que produzir (o tipo de bens ou serviços e a quantidade); b) como produzir (os processos de produção); c) onde produzir (localização da empresa). Aquele que toma as decisões e assume os riscos conseqüentes designa-se por empresário. O

empresário é o indivíduo que se dedica à produção com o objetivo de obter lucro.

Nesse sentido, é a empresa de acordo com o autor mencionado, a soma de recursos naturais (fator terra), mão-de-obra (fator trabalho), dinheiro (fator capital) e conhecimentos técnicos (fator tecnologia), para que, devidamente organizados por uma pessoa física ou jurídica (empresário), gerem bens e serviços. É necessário observar, porém, que o agrupamento harmônico dos fatores de produção ou insumos somente se implementa a partir da realização, pelo empresário, de uma intrincada, mais organizada, série de transações. O termo “transações”, usualmente empregado em Economia, corresponde àquilo que, em Direito, se conhece por relação jurídica. Toda vez que dois ou mais indivíduos decidem livremente entre si quais os direitos e deveres de um em relação ao outro temos uma transação tanto no sentido econômico quanto jurídico. A transação ou relação econômica ou jurídica por excelência é constituída pelo contrato.

Assim, para obter o insumo “trabalho”, o empresário realiza contratos, com as pessoas dispostas a fornecer sua força de trabalho em troca, são recompensadas por meio de salários. Para conseguir o fator “produção capital”, esse mesmo comerciante necessita negociar contratos com o Poder Público ou instituições financeiras que tenham esse recurso para ceder-lhe mediante uma recompensa corporificada pelos juros cobrados. Também o fator “terra” é obtido por meio de relações jurídicas levadas a cabo entre o empresário que dele necessita e seus titulares. De forma semelhante, esse mesmo empresário, para conseguir a matéria-prima ou a tecnologia de que necessita, deve negociar contratos com seus fornecedores e remunerá-los por meio do pagamento de preços ou *royalties*.

Assim, como bem explica Fiúza (2007), se a empresa pode ser economicamente concebida como a organização dos fatores produtivos, ela deve ser compreendida não apenas como o conjunto composto por terra, capital, trabalho, tecnologia e matérias-primas (visão estática da empresa), mas também como o conjunto das transações jurídicas (contratos) que se deve implementar para organizar e manter em funcionamento de tais fatores de produção (visão dinâmica da empresa). No sentido mais atualizado, empresa vem a ser entendida, portanto, tanto como um conjunto organizado de recursos economicamente relevantes, os fatores de produção ou insumos, quanto como o conjunto de transações ou relações

jurídicas contratuais destinadas ao constante agrupamento e organização desses mesmos fatores de produção, os denominados contratos empresariais.

Os quais se caracterizam por serem firmados entre os empresários para a consecução de suas atividades profissionais e são marcados pelo seu caráter dinâmico de propriedade, pela informalidade, necessária para dar maior velocidade aos negócios, e pela a uniformização de procedimentos e normas referentes à atividade mercantil, de maneira que facilite as operações empresariais, tanto no âmbito nacional quanto internacional, tendo em vista a expansão das transações comerciais no mundo cada vez mais globalizado. O que o difere do contrato civil, posto que neste não se verificam as características da profissionalidade imprescindível nos contratos mercantis.

Em razão da importância de que se revestem, os contratos devem nortear-se por uma principiologia, que além de ser organizada, evolua de acordo com as necessidades dos contratantes. Os princípios que direcionam os contratos desfrutam de enorme significação, pois, aplicados as situações concretas, permitem a prevalência do equilíbrio entre as partes. Assim, dentre eles, pode-se citar: autonomia da vontade, boa-fé, função social do contrato ou supremacia da ordem pública, consensualismo, e princípio da relatividade.

Ramos (2010), explica que o princípio fundamental da Teoria Geral do Direito contratual é o da autonomia da vontade das partes contratantes, que assegura às pessoas a liberdade de contratar, desde que respeitada à chamada função social do contrato, conforme determina o art. 421 do Código Civil, segundo o qual, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Assim as partes são livres em princípio, para escolher com quem vão manter relações contratuais, delimitar o que vai ser objeto da relação contratual e fixar o conteúdo dessa mesma relação contratual. É certo que essa liberdade de contratar assegurada as partes de maneira ampla não é absoluta, sendo limitada não apenas pela necessidade de atendimento à função social, conforme determinação do dispositivo legal citado, mas também pelos preceitos de ordem pública e pelo respeito aos bons costumes. Acrescenta o mencionado autor (2010, p. 527), que:

O princípio da autonomia esbarra sempre na liberdade criada por lei de ordem pública. Esbarra, igualmente, na noção de bons costumes, ou seja, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico. A noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes

constituem, conseqüentemente, barreiras limitadoras da liberdade individual em matéria de contrato.

Além disso, o ordenamento jurídico atualmente tem procurado cada vez mais assegurar o equilíbrio contratual entre as partes contratantes, razão pela qual a própria legislação tem estipulado limites, não raro, a autonomia da vontade, o que se convencionou chamar de dirigismo contratual, Restiffe (2006), esclarece que este busca impedir que interesses particulares consigam de alguma maneira prejudicar os interesses coletivos alcançados através das garantias fundamentais, buscando-se assim o equilíbrio entre os interesses particulares manifestados através da vontade dos contratantes, como por exemplo, o bem-estar comum. Sobre o assunto, Ramos (2009, p. 528), preleciona que:

As idéias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram todavia o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área da normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação de emergência sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor. O dirigismo contratual diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário-mínimo, tabelamento de gênero, fixação de percentagem de juros).

O surgimento desse dirigismo contratual aponta Gomes (2001), se deu em razão do reconhecimento de que a liberdade de contratar, num regime de desigualdades econômicas latentes, produz um forte desequilíbrio em muitas relações contratuais.

Por sua vez, pelo princípio do consensualismo ou do consentimento, basta para a constituição do vínculo contratual o acordo de vontade entre as partes, sendo desnecessária qualquer outra condição para que se aperfeiçoe o contrato. Porém, todos os contratos podem ser classificados como consensuais, fogem a essa regra os contratos reais, os quais, além do consentimento, é imprescindível, para o aperfeiçoamento da relação contratual, a entrega de uma determinada coisa.

Sob a ótica do princípio da relatividade dos contratos, entende-se que a relação contratual produz efeitos somente entre as partes contratantes, bem a seus herdeiros, salvo se o contrato é personalíssimo, e não se estende além do objeto da avença. Em outras palavras, pode-se dizer que esse princípio possui um aspecto subjetivo e outro aspecto objetivo. Quanto ao subjetivo, entende-se que o contrato

vale apenas para pessoas que contraíram o vínculo contratual, não produzindo efeitos perante terceiros estranhos à relação pactuada. De acordo com seu aspecto objetivo, por outro lado, entende-se que o contrato está restrito ao seu objeto, não atingindo bens estranhos a esse objeto. No ensinamento de Gomes (2001, p.23):

*O princípio da relatividade dos contratos diz respeito a sua eficácia. Sua formulação fez-se em termos claros e concisos ao dizer-se que o contrato é *res alios acta, neque nocet neque potest*, o que significa que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros. Para torná-lo compreensível, é indispensável a distinguir da existência do contrato os *efeitos internos*. A existência de um contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais se torna *oponível*. Os *efeitos internos*, isto é, os *direitos e obrigações* dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se. Em regra, não é possível criar, mediante contrato, direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é *relativa*; seu campo de aplicação comporta, somente, as *partes*. Em síntese, ninguém pode-se tornar *credor ou devedor* contra a vontade se dela depende o nascimento do crédito ou da dívida. Pothier, chamando-a de verdade evidente, enunciou a regra nesses termos: “uma convenção não tem efeito senão a respeito das coisas que constituem seu objeto; e somente entre as partes contratantes”. (grifos do autor)*

Tal princípio, entretanto, não é absoluto, existindo algumas exceções quanto à sua aplicação, ou seja, há contratos que, excepcionalmente produzem efeitos em relação a terceiros não vinculados à relação contratual. É o que ocorre, por exemplo, no contrato de seguro em favor de terceiro. É de bom alvitre ressaltar, que, para que o contrato possa produzir efeitos sobre a esfera jurídica de terceiros estranhos ao pacto, é preciso que esta possibilidade esteja prevista expressamente em lei.

No âmbito do Direito Contratual, apresenta-se também o princípio da boa-fé que num primeiro aspecto está relacionado a uma questão de interpretação do contrato. Nesse sentido, entende-se que não se deve fazer prevalecer, sobre a real intenção da partes, apenas o que está eventualmente escrito no acordo firmado. Assim, em todos os contratos há certas regras implícitas, decorrentes da própria natureza da relação contratual firmada. Sobre esta temática, Gomes (2001, p. 42), preleciona que:

O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela, inferível. Ademais, subentende-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade. Fala-se na existência de condições subentendidas. Admite-se, enfim, que as partes aceitaram essas conseqüências, que realmente rejeitariam se as tivessem previsto. No caso, pois, a interpretação não se resume na simples apuração da intenção das partes.

Este princípio pode ainda ser visualizado sobre um outro aspecto, o da necessidade de as partes contratantes atuarem com boa-fé na celebração do contrato, bem como na sua execução, algo que é definido há bastante tempo pela doutrina contratualista e que o Código Civil expressamente consagrou em seu art. 422 ao dispor que: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Este dispositivo incorporou ao ordenamento jurídico-contratual brasileiro, o princípio da boa-fé objetiva, o qual de acordo com Wald (2004 *apud* RAMOS, 2010, p. 533), faz um breve relato sobre a boa-fé objetiva:

Configura-se como cláusula geral e, portanto, corresponde a uma técnica legislativa que busca garantir a relação entre o direito e a realidade social, possibilitando a existência de um sistema jurídico aberto com constantes adaptações das normas legais às exigências do mundo de relações e da alteração dos seus valores com o tempo. Assim, a cláusula geral fornece um ponto de partida para se alcançar resultados justos e adequados. [...] na boa-fé objetiva busca-se a proteção da confiança, exigindo-se que as partes atuem de acordo com os padrões usuais. Representa, por um lado, o dever de lealdade, e, por outro, a correlativa proteção da expectativa que nasce em uma pessoa. [...]

Entretanto, vale ressaltar que tal princípio difere da função social do contrato. Porque, enquanto este limita a autonomia da vontade para proteger a sociedade dos efeitos do contrato, aquele analisa a conduta e os efeitos internos do contrato, referindo-se à eticidade da conduta das partes.

Por fim, em relação ao princípio da função social do contrato dada a sua importância, devem ser feitas algumas considerações. Como se pode notar, trata-se de cláusula geral ou conceito aberto (indeterminado) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa. Aliás, de nada adianta que seja concebido um contrato com acentuado potencial econômico ou financeiro, se, em contrapartida apresentar um impacto negativo ou desvalioso no campo social. O contrato para ser chancelado pelo Poder Judiciário deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica.

A socialização da idéias de contrato não é pensamento novo. A partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da ambiência econômica, a função social do contrato ganhou contornos mais específicos. Registre-se nesse ponto a observação de Gagliano (2006, p. 45), para o qual:

Ainda que o vocábulo social sempre apresente essa tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta idéia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada doutrina da função social.

A partir do momento em que se começou a perceber que a propriedade somente mereceria tutela se atendesse a uma determinada finalidade social, abandonou-se o antigo modelo oitocentista de concepção desse direito, que cederia lugar a uma doutrina mais afinada aos anseios da sociedade atual. Com isso, socializando-se a noção de propriedade, o contrato naturalmente, experimentaria o mesmo fenômeno, ainda que o reconhecimento legal dessa alteração no seu trato ideológico não se houvesse dado de forma imediata.

De acordo com o pensamento de Nalin (2001 *apud* GAGLIANO, 2006, p. 46) a função social manifesta-se em dois níveis: o intrínseco, que seria o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e a boa-fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes; e o extrínseco, pelo qual o contrato é visto em face da coletividade, ou seja, sob o aspecto de seu impacto eficaz na sociedade em que fora celebrado.

De fato, é perfeitamente adequada a sistematização e o trato ideológico da função social, segundo o pensamento de Nalin (2001 *apud* GAGLIANO, 2006, p. 47). Em um primeiro plano, a socialização da idéia de contrato, na sua perspectiva intrínseca, propugna por um trabalho idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais. E nessa perspectiva a relação contratual deverá compreender os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial (de dar, fazer, ou não fazer), bem como deverão ser levados em conta os deveres anexos ou colaterais que derivam desse esforço socializante. Com isso, obrigações esquecidas pelo individualismo cego da concepção clássica de contrato ressurgem gloriosamente, a exemplo dos deveres de informação, confidencialidade, assistência

e lealdade. E todo esse sistema é, sem sombra de dúvidas, informado pelo princípio maior da proteção da dignidade da pessoa humana.

Em um segundo plano, o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social. Sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo com que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana. Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado. Ao ser concebida a figura do contrato firmado entre particulares, ele não poderá ser deslocado da conjuntura social que lhe dá ambiência. Como poderá ser chancelado um negócio que mesmo atendendo aos pressupostos formais de validade, desrespeite leis ambientais ou pretenda fraudar leis trabalhistas? Nessa mesma linha, não se pode admitir contratos que violem a livre concorrência, as leis de mercado ou os postulados de defesa do consumidor, sob o pretexto de se estar incentivando a livre-iniciativa. Seguindo esta esteira, preleciona Santos (2002 *apud*, GAGLIANO 2006, p. 47) que:

[...] o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social- uma função pela sociedade - quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que traga prejuízos à sociedade - em suma, que o contrato seja socialmente justo.

Com isso, a intenção não é aniquilar os princípios da autonomia da vontade ou do *pacta sun servanda*, mas, apenas, relativizá-los, tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes, ou seja, não pode ser considerado justo o modelo de contrato que só contemple a manifestação de vontade da parte declarante, seguindo diretriz tipicamente liberal, impondo-se, outrossim, a observância dos limites traçados pela própria ordem social, a fim de que a perseguição dos interesses das partes contratantes não esbarre em valores constitucionais superiores, condensados sinteticamente no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Código Civil, consagrou esse importante preceito, ao afirmar em seu art. 421, que: "a

liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Ao mencionar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, Pereira (2004) explica, que o legislador espera superar de vez o individualismo, reconhecendo-se mais ainda que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, em uma nova ordem global que seja aberta a problemática social. Nesse sentido é o pensamento do citado autor (2004, p. 6), para o qual, embora em alguns países em desenvolvimento como é o caso do Brasil, a prática jurídica seja ainda fortemente influenciada pela doutrina neoliberal, cujas políticas tendem a valorizar entes abstratos como mercado em detrimento dos interesses da pessoa humana, verifica-se que o Direito moderno tende cada vez mais a abandonar o individualismo exacerbado e o interesse privilegiado do Estado para consagrar o sentido comunitário e o personalismo.

Com isso, os aplicadores do Direito devem harmonizar o jurídico com o econômico, assim uma relação jurídica contratual não deve ter em vista apenas o interesse do mercado, mas sobretudo a justiça contratual. De forma que, um regime contratual passa a cumprir sua função econômica e realizar o valor utilidade que lhe é próprio, mas sempre com vistas à realização da justiça e a função social do contrato.

2.3 Regime jurídico aplicável

No Direito Privado Brasileiro anterior a vigência do Código de Defesa do Consumidor, as obrigações contratuais entre os particulares, salvo as decorrentes de relação de emprego, dividiam-se em civis e comerciais. Dois grandes regimes jurídicos disciplinavam os contratos privados, sendo um geral, estabelecido pelo direito civil, e outro específico, pelo direito comercial. Para delimitar o âmbito de incidência desse último e, assim, de certa forma estabelecer as fronteiras entre os sistemas respectivos, valiam-se os doutrinadores de conceitos como o de atividade comercial, atos de comércio e empresa. A compra e venda, portanto, era civil ou comercial, segundo se inserisse ou não no contexto de cada regime jurídico, de

acordo com tais conceitos. Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1991, o Direito Privado Brasileiro passou a contemplar não só dois, mas três diferentes regimes jurídicos. Boa parte dos negócios entre particulares permanecem sob a égide do Direito Civil ou Comercial, embora esses ramos tenham deixado de disciplinar alguns dos contratos até então submetidos à sua incidência.

O novo disciplinamento trazido pelo Código Civil de 2002, altera-se, uma vez mais a divisão dos regimes contratuais do direito privado, pois o Código adotou a tese da uniformização do Direito das Obrigações, eliminando as diferenças, que eram já sutis e de pouca relevância entre os regimes civil e comercial. Atualmente, de acordo com Coelho (2007) o Direito Privado dos contratos se biparte em dois regimes: o cível e o da tutela dos consumidores. Em termos genéricos e ainda em tanto imprecisos, o regime cível disciplina as relações contratuais entre contratantes iguais (dois empresários ou dois não-empresários), e o consumerista cuida das relações entre contratantes desiguais (fornecedor e consumidor). Tecnicamente falando, porém, a definição do regime jurídico a aplicar se encontra no conceito legal de relação de consumo, quando caracterizada esta, o contrato se submete ao Código de Defesa do Consumidor, quando não, ao Código Civil.

Os contratos são umas das fontes das obrigações, certamente um dos instrumentos mais importantes e usados frequentemente pelos empresários em suas atividades cotidianas, levando-se em conta, que toda a movimentação da atividade empresarial é feita através da realização de contratos. Os quais são firmados por empresários para consecução de suas atividades profissionais, por isso denominados contratos empresariais. Estes, estão sujeitos a dois regimes jurídicos distintos. Primeiramente como regra geral, ao regime do Código Civil, que é o diploma legal que disciplina o direito das obrigações e em especial a teoria geral dos contratos, além de reger diversos contratos típicos do Direito Brasileiro, como é o caso da compra e venda, agência e distribuição, seguro, entre outros.

Além do Código Civil, os contratos mercantis, são também, em situações especiais, regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, isso sempre que um dos empresários contratantes for equiparado a consumidor. Portanto, em outras palavras, pode-se afirmar que, entre empresários iguais, isto é, com recursos para entabular negociações devidamente informados sobre a exata extensão dos direitos e obrigações em contratação, aplica-se o regime cível; por sua vez entre empresários desiguais, aplicam-se as normas especificamente editas para o

contrato (p.ex., as das leis sobre representação comercial) ou o regime do consumidor (na hipótese se empresário consumidor ou vulnerável), conforme preconiza Coelho (2007).

O Código Civil apresenta as normas gerais a serem seguidas tanto nos contratos civis quanto nos mercantis. São exemplos dessas regras a da validade do negócio jurídico (art. 104, CC); os seus eventuais defeitos (art. 138 e seguintes, CC); prescrição e decadência (art. 189 e seguintes, CC); princípio da função social do contrato (art. 421, CC); princípio da boa fé objetiva (art. 422, CC); contratos de adesão (art. 423 e 424, CC); formação do contrato (art. 427 e seguintes do CC); vícios redibitórios (art. 441 e seguintes do CC); evicção (art. 447 e seguintes do CC).

Cabe, quanto ao estudo dos contratos mercantis, verificar quais são suas características particulares e identificar a partir daí, os princípios que a eles deverão ser aplicados. Todavia, surgem novas características, alçadas a princípios que deverão ser aplicadas aos contratos mercantis, como bem ensina Bertoldi (2008). As quais seriam: a) o caráter dinâmico da propriedade no direito comercial, em contraposição à característica estática com que ela é vista pelo direito civil, impondo assim um tratamento diverso e específico; b) a informalidade característica dos contratos mercantis, provinda da necessidade de dar maior velocidade aos negócios que são realizados nesse âmbito; c) a uniformização de procedimentos e normas atinentes à atividade mercantil, de forma a facilitar as operações empresariais, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

Dessa forma, mesmo contando com um disciplinamento jurídico num único corpo legislativo, o Código Civil, não resta dúvida de que aos contratos empresariais o intérprete deverá direcionar especial atenção, aplicando aos mesmos, regras de interpretação que levem em conta suas características peculiares.

3 DA RELAÇÃO DE CONSUMO

A relação de consumo tem sua origem estritamente ligada às transações de natureza comercial e ao comércio propriamente dito, surgindo naturalmente à luz deste. Com o implemento e a difusão da atividade comercial, as relações de consumo experimentaram naturalmente ao longo dos tempos, um processo de desenvolvimento e aprimoramento das práticas comerciais, ganhando posteriormente importância, até atingir a forma contemporânea, sendo devidamente regulamentada pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que passou a tutelar essa relação, revestindo-a de caráter público, a fim de resguardar os interesses da coletividade. Geralmente as relações de consumo surgem através de um negócio jurídico compreendido entre duas ou mais pessoas, gerada através de princípios contratuais básicos, como autonomia da vontade, boa-fé objetiva entre outros já vistos anteriormente.

A proteção do consumidor é um tema universal e uma das grandes questões do Direito Contratual que marcaram o final do século passado e que continua a merecer a atenção, pois traduz o ideal de justiça do modelo de sociedade nos dias atuais. Isso porque, na sociedade massificada a liberdade contratual deu lugar ao desequilíbrio desproporcional das relações, não sendo mais de se pensar que a vontade, por si só, geraria a justiça contratual. A partir de então, algo mais haveria de se fazer para proteger os consumidores, na medida em que estes não determinam o conteúdo dos contratos que são obrigados a celebrar, seja porque não estão em condições técnicas para avaliar a qualidade dos bens e serviços, seja porque os contratos não são negociados individualmente, ao contrário, são prévia e unilateralmente elaborados pelos fornecedores.

3.1 Conceito e noções gerais

Antes da Revolução Industrial, as relações eram diretas entre os artesãos e os consumidores, sem intermediários. A produção em massa inseriu diversos intermediários entre o fornecedor e o consumidor, eliminando o contato direto que antes havia. Além do consumidor ter ficado sem saber a quem reclamar, os

esclarecimentos sobre o funcionamento dos produtos e serviços deixaram de ser dados, provocando uma série de problemas.

O aumento da produção diminuiu o preço dos produtos, fazendo com que diminuísse a importância de cada consumidor. Na pequena produção do artesão o lucro obtido na venda de cada produto era maior. Consequentemente, cada consumidor perdido significava diminuição considerável do lucro. Na produção em larga escala, o consumidor perdeu importância, porque o fator determinante do lucro passou a ser a quantidade, o lucro obtido em cada produto deixou de ter tanta importância.

A perda da importância individual do consumidor levou o fornecedor a impor no mercado regras. Surgiram os contratos de adesão, com cláusulas pré definidas, que deveriam ser integralmente aceitas ou recusadas pelo consumidor. Este quando deixava de contratar também perdia a chance de atender sua necessidade. Já o fornecedor que deixasse de contratar perdia apenas um consumidor, sendo que o seu lucro continuava garantido pelos demais consumidores. Essa disparidade de forças tornou necessária uma legislação específica para o consumo, uma vez que as regras do direito civil não serviam para enfrentar essa nova realidade. A relação de consumo, portanto, parte de uma desigualdade, pois o fornecedor impõe as regras e o consumidor tem que aceitar sob pena de não se satisfazer.

A Constituição Federal reconhece expressamente essa vulnerabilidade em seu art. 5º, XXXII, ao afirmar que o Estado promoverá a defesa do consumidor. A mesma preocupação com o consumidor também é encontrada no texto do art. 170, ao "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", e desde de que observados determinados princípios fundamentais, encontrando-se dentre eles exatamente a defesa do consumidor.

Ainda em nível constitucional, a preocupação com a preservação dos interesses e direitos do consumidor aparece no inc. II do art. 175 da Carta Magna, quando alude a "usuários" de serviços públicos por intermédio de concessão ou permissão do Poder Público, afirmando que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". E seu parágrafo único diz que a lei disporá sobre os direitos dos usuários dos mencionados serviços públicos concedidos ou permitidos.

É importante observar que as normas ora instituídas são de ordem pública e de interesse social, o que equivale a dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como, por exemplo, a convenção coletiva de consumo, prevista no Código Consumerista em seu art. 107, *in verbis*:

Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e característica de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

O caráter cogente, todavia, fica bem marcado, sobretudo quando se trata das chamadas cláusulas abusivas, fulminadas de nulidade (art. 51, do CDC), ou então já antes, nos arts. 39 a 41, que versam sobre as "práticas abusivas". Sobre isso, Grinover (2007) comenta a ocorrência em certas relações jurídicas, da intervenção cada vez mais acentuada do Estado na sua regulamentação, é o chamado fenômeno do dirigismo contratual.

É certo que frequentemente sob o império da necessidade que o indivíduo ter de contratar, vem se tornando o motivo dele ceder facilmente ante a pressão das circunstâncias, obrigado pelas dificuldades do momento, o economicamente mais fraco cede sempre às exigências do economicamente mais forte, e neste caso transforma em tirania a liberdade, que será de um só dos contratantes. Se abusou tanto dessa liberdade durante o liberalismo econômico, que não tardou a reação, criando-se normas tendentes a limitá-las, e foi assim que surgiu um sistema de leis e garantias, visando a impedir a exploração do mais fraco, de modo que as partes fiquem obrigadas a aceitar o que está previsto em lei, não podendo nessa matérias regular diferentemente seus interesses.

A característica da relação de consumo é portanto, a vulnerabilidade do consumidor, que a identifica como relação desigual. A legislação de consumo vem para tentar restabelecer a isonomia, estabelecendo instrumentos de direito material e processual, que visam aparelhar o consumidor para que possa ter dignidade no mercado. Essa vulnerabilidade ocorre, em regra, nos aspectos técnico, patrimonial e jurídico, conforme aduz Grinover (2007).

A vulnerabilidade técnica existirá toda vez que o consumidor não conhecer o funcionamento do produto, a sua forma de produção, de armazenamento, de comercialização. Por sua vez, a vulnerabilidade patrimonial significa que, também como regra, o fornecedor tem melhores condições econômicas do que o consumidor. Isso faz com aquele suporte as conseqüências de um produto ou serviço, defeituoso ou viciado, de forma muito mais adequada do que o consumidor. Já a vulnerabilidade jurídica significa que, quase sempre, o fornecedor tem estrutura jurídica própria ou condições econômicas para contratar escritórios especializados, enquanto que o consumidor, muitas vezes não sabe a quem recorrer quando é prejudicado.

Quando o consumidor possui a vulnerabilidade técnica, o que, ainda que seja o mais comum, pode não ocorrer no caso concreto, está presente a figura da hipossuficiência. Hipossuficiente é o consumidor que tem a sua vulnerabilidade, que é de todo e qualquer consumidor por presunção constitucional, exacerbada pelo desconhecimento técnico do produto ou serviço que está sendo adquirido, conforme ensina a citada autora. É nesse prisma, de vulnerabilidade e hipossuficiência, que surge a relação de consumo.

Não se pode esquecer também o interesse social que o Código de Defesa do Consumidor objetiva, que é resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também, dotá-lo de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo. Assim, embora destinatária final de tudo que é produzido em termos de bens e serviços, a comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face da outra personagem das relações de consumo, donde pretende o Código do Consumidor estabelecer o necessário equilíbrio de forças.

Assim, o conceito de consumidor adotado pelo Código de Defesa do Consumidor foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Dessa forma, procurou-se abstrair de tal conceituação, componentes de natureza sociológica – consumidor é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social – ou então

psicológica – aqui se encarando o consumidor como o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo.

Para Grinover (2007, p. 29), é consumidor:

Qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação de vontade, isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente exigir.

Assim, entende-se por consumidor, qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço. Desde logo, não há como escapar de uma conceituação de consumidor como um dos partícipes das relações de consumo, ou seja, relações jurídicas por excelência, embora, como também já enfatizado, procurando tratar desigualmente pessoas desiguais, levando-se em conta que o consumidor está em situação de manifesta inferioridade ante o fornecedor de bens e serviços.

Pode-se concluir também que toda relação de consumo, envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (consumidor), e, do outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (produtor/fornecedor), bem como, tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor, o qual, não dispõe, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Ao invés de utilizar-se de termos como industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador, ou mesmo empresário, preferiu o legislador o termo fornecedor para tal desiderato. Ou seja, o protagonista das sobreditas relações de consumo, responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor. Nesse sentido, é que são considerados todos quanto propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo importante indagar-se a que título, sendo relevante, isto sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedores nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores, ou então para que os próprios fornecedores atuem na vida regressiva

e em cadeia da mesma responsabilização, visto que vital a solidariedade para a obtenção efetiva de proteção que se visa a oferecer aos mesmos consumidores.

Tem-se por consequência, que fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.

Fala ainda o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor que o fornecedor pode ser público ou privado, entendendo-se no primeiro caso o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos, destacando-se nesse aspecto que um dos direitos dos consumidores expressamente consagrados pelo art. 6º, mas precisamente em seu inciso X, é a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. O mesmo dispositivo abrange ainda tanto os fornecedores nacionais como os estrangeiros que exportem produtos ou serviços para o País, arcando com a responsabilidade por eventuais danos ou reparos o importador que posteriormente poderá regredir contra os fornecedores exportadores.

Fornecedores são ainda os denominados entes despersonalizados, assim entendidos os que, embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços, como, por exemplo, a gigantesca Itaipu Binacional, em verdade um consórcio entre os governos brasileiro e paraguaio para a produção de energia elétrica, e que tem regime jurídico *sui generis*.

Outro exemplo significativo de ente despersonalizado é a massa falida que é autorizada a continuar as atividades comerciais da empresa sob regime de quebra, para que se realizem ativos mais celeremente, fazendo frente ao concurso de credores. Ou, ainda, o espólio de um comerciante, em nome individual, cuja sucessão é representada pelo inventariante.

Quanto às atividades desempenhadas pelos fornecedores, são utilizados os termos produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços, ou, em síntese, a condição de fornecedor está intimamente ligada à atividade de cada um e desde que coloquem aqueles produtos e serviços efetivamente no mercado, nascendo daí, eventual responsabilidade por danos causados aos destinatários, ou seja, pelo fato do produto.

De acordo com Grinover (2007), ao referir-se acerca da responsabilidade pelo fato do produto, assevera que um produto é considerado defeituoso se for perigoso além do limite em que seria percebido pelo adquirente normal e de acordo com o conhecimento da comunidade dele destinatária no que diz respeito às suas características. Ou ainda, como maior propriedade, atingindo as principais fases de produção, concepção e informação acerca de produtos, acrescenta o citado autor que os defeitos constatados podem ser da seguinte ordem: a) vícios ocorridos na fase de fabricação afetando exemplares numa série de produtos; b) vícios ocorridos na concepção técnica do produto, afetando toda uma série de produção; e c) vícios nas informações e instruções que acompanham o produto.

Um outro aspecto deve ser levado em consideração diz respeito acerca das universalidades de direito ou mesmo de fato, como, por exemplo, associações desportivas ou condomínios. Ou seja, indaga-se se eles poderiam ou não ser considerados como fornecedores de serviços, como os relativos aos associados ou então aos condôminos (propiciamento de lazer, esportes, bailes, ou então serviços em geral de manutenção das áreas comuns).

A questão é relevante, tendo-se em vista o disposto no § 1º do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual as multas de mora passam a ser da ordem de 2%. Resta evidente que aqueles entes, despersonalizados ou não, não podem ser considerados fornecedores. E isto porque, quer no que diz respeito às entidades associativas, quer no que concerne aos condomínios em edificações, seu fim ou objetivo social é deliberado pelos próprios interessados, em última análise, sejam representados ou não por intermédio de conselhos deliberativos, ou então, mediante participação direta em assembléias gerais que, como se sabe, são os órgãos deliberativos soberanos nas chamadas sociedades contingentes.

Decorrendo, por conseguinte, que quem delibera sobre seus destinos são os próprios interessados, não se podendo dizer que eventuais serviços prestados pelos empregados, funcionários ou diretores, síndico e demais dirigentes comunitários, seja enquadráveis no rótulo fornecedores, conforme a nomenclatura do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, se as despesas sociais, conseqüentes contribuições sociais, e multa por inadimplemento das mesmas obrigações sociais são estabelecidas pelos órgãos deliberativos das sociedades em geral, ou então pelos condomínios, não há que se falar em serviços prestados por terceiros, senão pela própria entidade, sendo, aliás, o seu objetivo social.

As relações de consumo, como já acentuado, nada mais são do que relações jurídicas por excelência, pressupondo por conseqüência dois pólos de interesse: o consumidor-fornecedor e a coisa, objeto desses interesses. No caso, mais precisamente, e consoante ditado pelo Código Consumerista, tal objeto consiste em produtos e serviços. O § 1º do art. 3º do mencionado diploma fala em produto, definindo-o como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Melhor, entretanto, seria falar-se em bens e não produtos, mesmo porque, como notório o primeiro termo é bem mais abrangente que o segundo, tal aspecto fica ainda mais evidenciado quando se tem em conta que no caso se haverá que cuidar de bens como efetivos objetos das relações de consumo, isto é, com o que está entre os dois sujeitos da relação de consumo.

Em linhas gerais, entende-se por bens, como objetos de interesse para a economia política, são coisas que sendo úteis aos homens, acabam sendo objetos de apropriação privada. Desse modo, o citado autor, entende que também são os bens econômicos, acrescentando que estes existem em quantidade limitada no universo, ou seja, só seriam bens econômicos as coisas úteis e raras, porque só elas são suscetíveis de apropriação.

A classificação de bens duráveis, bens não duráveis e serviços, que se aplica igualmente tanto a bens de consumo como a bens industriais, conforme apresenta Grinover (2007), que os distingue em três categorias, com base na taxa de consumo e na tangibilidade deles: bens duráveis (bens tangíveis) que normalmente sobrevivem a muitos usos (exemplos: refrigeradores, roupas); bens não duráveis (bens tangíveis) que normalmente são consumidos em um ou em alguns poucos usos (exemplo: carne, sabonete); serviços (atividade, benefícios ou satisfações) que são oferecidas à venda (exemplos: corte de cabelo, concertos).

Dessa forma, e até para efeitos práticos, para fins do Código de Defesa do Consumidor, produto (entenda-se bens) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final. E, com efeito, o Código Civil, manteve a tradicional nomenclatura, prevendo os bens em seus arts. 79 a 103. Por sua vez o § 2º do art. 3º do Código Consumerista se refere a serviço como sendo, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Importa salientar-se desde logo, que aí não se inserem os tributos em

geral, ou taxas ou contribuições de melhoria, especialmente as que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária.

Não se há de confundir os referidos tributos com as tarifas, pois, são estas que estão inseridas no contexto dos serviços, ou mais particularmente, preço público, pelos serviços, prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante a sua concessão ou permissão pela iniciativa privada. O que se pretende dizer é o que contribuinte não se confunde com o consumidor, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida as prestações de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum. Resta evidenciado, por outro lado, que as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, na prestação de serviços aos seus clientes, inserem-se igualmente no conceito amplo de serviços. Aliás, o Código fala expressamente em atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, aqui se incluindo igualmente os planos de previdência privada em geral, além dos seguros propriamente ditos, de saúde.

3.2 Princípios informadores

De acordo com as lições de Coelho (2007), pode-se colher da disciplina legal dos contratos de consumo, em especial da vedação das cláusulas abusivas, três princípios fundamentais: a) o da transparência, de acordo com o qual o consumidor deve ser informado da exata extensão das obrigações assumidas por ele e pelo fornecedor; b) o princípio da irrenunciabilidade de direitos, que acaba com a nulidade de todas as cláusulas contratuais restritivas dos direitos dos consumidores; e c) o princípio do equilíbrio, pelo qual o contrato não pode estabelecer prerrogativas ao fornecedor sem concedê-las também ao consumidor. Esses princípios suscitam questões próprias, o primeiro citado, corresponde ao dever de informação imposto ao fornecedor. O segundo por sua vez articula-se coma margem residual da autonomia da vontade, e o terceiro está ligado à vulnerabilidade do consumidor.

Observa-se pelo princípio da transparência, que o legislador pressupõe que o amplo acesso dos consumidores ao conjunto de informações relativas ao fornecimento e ao contrato a ser celebrado é condição para o exercício consciente e racional das opções de mercado de consumo. A idéia do consumidor racional é bem

verdade, nem sempre corresponde à realidade. De qualquer modo, para a ordem jurídica, o acesso a informação é pressuposto inafastável para o consumidor realizar suas escolhas, ao qual corresponde o dever do fornecedor no sentido de franqueá-lo o mais largamente possível. A lei elenca (art. 6º, III, CDC), como direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, como concretas especificações quantitativas, qualitativas, de preço e sobre riscos apresentados. Coelho (2007, p.182) sintetiza expondo que:

A informação é o principal instrumento para o consumidor nortear suas decisões no mercado de consumo. O empresário é obrigado a franquear o acesso às informações sobre os seus produtos ou serviços antes de o consumidor obrigar-se por contrato. [...]. Tal é a importância da franquia do acesso às informações aos consumidores que é possível, inclusive, pretender o tratamento delas no mercado de consumo como tema central da legislação consumerista. O cumprimento do dever de informar pelo empresário é aspecto que permeia todos os grandes assuntos referidos pelo Código: a inversão do ônus da prova relaciona-se com o monopólio da informação; a definição de fornecimento perigoso, por exemplo, é função da adequabilidade e suficiência das informações prestadas sobre os riscos à segurança e a saúde dos consumidores; há defeitos de comercialização na impropriedade das informações prestadas acerca do uso de produto e serviço; considera-se vício de qualidade o descompasso entre as informações constantes de publicidade, embalagem, rotulagem ou recipiente e a realidade do fornecimento; toda a disciplina da publicidade gravita em torno da questão do conteúdo veiculado nas mensagens.

A primeira manifestação específica do princípio da transparência na disciplina da tutela contratual dos consumidores encontra-se no art. 46 do CDC, que garante a exoneração dos consumidores em relação às cláusulas contratuais que não forem prévia e adequadamente apresentadas ao seu conhecimento ou formuladas por redação que dificulte a sua compreensão, isto é, o consumidor não se vincula aos termos do contrato se não lhe tiver sido dada oportunidade de conhecê-los com a antecedência indispensável ao seu perfeito entendimento.

Também não vincula o consumidor às cláusulas contratuais redigidas de maneira a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Independentemente da intenção do fornecedor, que até pode ter agido de boa-fé, se a cláusula não possibilita imediata compreensão pelo consumidor padrão (o mais desprovido de conhecimento entre os consumidores específicos do fornecimento em referência), ela não tem, objetivamente, aptidão para obrigar o aderente. Assim, não há por que se indagar das qualidades subjetivas, grau de instrução, profissão ou experiência de vida do consumidor concretamente considerado. Basta, com efeito, que a cláusula

em tese, tão somente pela sua exteriorização, crie dificuldades à pronta intelecção pelo consumidor padrão para que resulte eficaz.

A obrigatoriedade da forma escrita e do caráter complementar da garantia contratual, estabelecida pelo art. 50 do CDC, guarda relação direta com o princípio da transparência. Se o fornecedor, em sua estratégia competitiva, oferece aos consumidores garantia suplementar, deve fazê-lo obrigatoriamente por escrito, adotando instrumento padronizado que esclareça a extensão da garantia e a forma, prazo e lugar de exercício do direito correspondente. Deverá, também, esclarecer se há ônus a cargo do consumidor, especificando-os. As cláusulas que possibilitam ao fornecedor, direta e indiretamente e de modo unilateral, alterar as condições do negócio ou o preço do fornecimento são, também, abusivas e inválidas (CDC, art. 51, X e XIII). Repercutem o princípio da transparência, na medida em que inviabilizam a mensuração exata, pelo consumidor, da extensão das obrigações por ele assumidas no contrato.

Pelo princípio da irrenunciabilidade de direitos, entende-se que na disciplina dos contratos de consumo, as normas de Direito de positivo possuem caráter cogente e não podem ter a incidência afastada por vontade dos contratantes. Ou em outros termos, o consumidor não pode por via de contrato renunciar a direito assegurado pela lei, ainda que seja claríssima a sua intenção nesse sentido no momento da contratação. O beneficiário pela disposição legal pode renunciar apenas de fato ao seu direito, não exercendo a ação correspondente, todavia não está, em nenhuma circunstância, vinculada a cláusula contratual restritiva da proteção legal. A legislação consumerista não é supletiva da autonomia da vontade. No seu âmbito, a equação inverte-se: a faculdade de auto-regulação dos próprios interesses inscreve-se na margem das lacunas legais.

Ainda sobre o citado princípio, cabe mencionar que este se apresenta principalmente, por meio, da definição da nulidade de diversas cláusulas abusivas, previstas no art. 51 do Diploma em estudo, como é no caso das que inviabilizam, exoneram ou restringem a responsabilidade do fornecedor por vícios ou defeitos nos produtos e serviços, ressalvada a limitação justificável dessa responsabilidade nas relações de consumo em que o consumidor é pessoa jurídica (inciso I); das que impedem o exercício, pelo consumidor da opção de ser reembolsado da quantia paga nas hipóteses em que a lei lhe assegura essa alternativa (inciso II); das que transferem a terceiros a responsabilidade imputada pelo Código de Defesa do

Consumidor ao fornecedor (inciso III); das que invertem o ônus de prova judiciária em prejuízo aos consumidores (inciso VI); das impositivas de arbitragem necessária (inciso VII); das contrárias ao sistema de proteção do consumidor (inciso XV); e das que importam em renúncia à indenização por benfeitorias necessárias (inciso XVI).

De acordo com os ensinamentos de Coelho (2007), as disposições consideradas abusivas por ofensa ao sistema de proteção ao consumidor são incompatíveis com os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4º, CDC) ou com os direitos básicos do consumidor (art. 6º, CDC). Exemplo de cláusula abusiva dessa categoria pode-se encontrar nas disposições de contrato em que o consumidor assume a obrigação de abster-se de procurar órgãos de tutela, oficiais ou não, ou mesmo divulgar pela imprensa a eventual reclamação que tiver contra o fornecedor. Note-se que não se confundem os conceitos de sistema de proteção ao consumidor (CDC, art. 51, XV) e Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (CDC, arts. 105 e 106). Este é um conceito administrativo concernente à atuação harmônica de órgãos federais, estaduais e municipais envolvidos com a matéria da tutela e promoção dos consumidores, ao passo que aquele, é teórico reportado a um conjunto semelhante de normas jurídico-consumeristas reunidas no Código de Defesa do Consumidor e na legislação especial.

No campo do Direito Consumerista, não se pode deixar de mencionar o princípio do equilíbrio contratual, que prega a igualdade das partes, no âmbito das relações de direito privado. Em outras palavras, tratar igualmente as pessoas não significa ignorar as diferenças, porque isso acarreta a prevalência dos interesses dos economicamente mais fortes. O tratamento igualitário das pessoas privadas consiste, na atualidade, na outorga de privilégios e no reconhecimento de preferências aos economicamente mais fracos, com vistas a dotá-los de meios indispensáveis para a negociação em condições equitativas. É de conhecimento de todos que nas relações de consumo, o consumidor encontra-se em situação de vulnerabilidade. E em regra, não tem conhecimentos sobre os produtos e serviços a ponto de aferir a pertinência das informações repassada pelo fornecedor, cujo interesse é a realização do negócio (vulnerabilidade técnica), da mesma forma não possui geralmente conhecimentos sobre os contornos jurídicos do negócio, e suas repercussões econômicas, suficientes para dialogar com o fornecedor acerca das condições gerais da proposta (vulnerabilidade jurídica). E também não tem,

normalmente, as mesmas condições sociais e econômicas de seu parceiro negocial (vulnerabilidade socioeconômica).

Diante deste quadro, procura a legislação consumerista conceder aos consumidores direitos que nivelem, pelo menos sob o ponto de vista jurídico, os personagens da relação de consumo. O citado princípio manifesta-se, principalmente, na invalidação de certas cláusulas abusivas, como as que estabelecem obrigações incompatíveis com a boa-fé, com a equidade ou exageradamente desvantajosa para os consumidores (CDC, art. 51, IV); as que obrigam o consumidor, mas abrem ao fornecedor a alternativa de concluir ou não o negócio (CDC, art. 51, inciso IX); as que facultam apenas ao fornecedor o cancelamento unilateral do contrato (CDC, art. 51, inciso XI); as que obrigam apenas o consumidor a ressarcir despesas com a cobrança de obrigação contratual (CDC, art. 51, inciso XII).

Note-se, que a nulidade das cláusulas que facultam ao fornecedor concluir ou não o contrato, rescindi-lo ou ressarcir-se das despesas de cobrança, sem que a mesma faculdade seja considerada ao consumidor, deve ter o seu alcance bem definido. Dessa nulidade parece não decorrer a extensão em favor do consumidor da prerrogativa concedida contratualmente ao fornecedor. Se a regra define como nulas tais cláusulas, entende-se que, prevendo-as o contrato, nem um dos dois poderiam valer-se das faculdades em questão. O fornecedor não poderia exercê-las porque a cláusula seria absolutamente nula e, assim, sem nenhum efeito, e o consumidor também não poderia porque o contrato não lhe reconheceria essa possibilidade.

3.3 Protecionismo ao consumidor

A origem protecionista do consumidor, segundo Rondow (2002), foi gerada a partir das modificações nas relações de consumo, sendo esta difícil por seu turno, precisar seu início. É certo que o ser humano não passa um só dia sem consumir algo, de modo que o consumo faz parte da sua rotina. A afirmação que todos são consumidores é de fato verdadeira. Aduz o citado autor (2002, p. 4) que “independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o

nascimento e em todos dos períodos de nossa existência. Por motivos variados, que vão desde a necessidade e da sobrevivência até o consumo por simples desejo”.

Não há dúvida de que as relações consumo ao longo do tempo evoluíram drasticamente. Do primitivo escambo e das minúsculas operações mercantis tem-se hoje complexas operações de compra e venda, que envolvem milhões de reais e de dólares, ficando para trás relações de consumo que estavam intimamente ligadas às pessoas que negociavam entre si, para ceder lugar a operações impessoais e indiretas, em que não há importância no fato de ver ou conhecer o fornecedor. Os bens de consumo passam a ser produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores e os serviços também se ampliaram em grande medida. Com essa produção massificada juntamente ao número cada vez maior de consumidores fez nascer à sociedade de consumo ou sociedade de massa.

Essa nova forma de vender e comprar conduziu em seu bojo o poderio econômico das macroempresas de impor seus produtos e mercadorias aos consumidores. Este que parecia ser inicialmente o rei do sistema percebeu que estava mais para súdito, bem como se encontrava desprotegido e vulnerável às práticas abusivas das empresas e para tanto necessitavam de proteção legal. Assim a justificativa para a tutela do consumidor, de acordo com o Rondow (2002), nasceu dos mais variados problemas sociais surgidos da complexidade da sociedade moderna e os reclamos de indivíduos e grupos. Emergiu de uma reação a um quadro social, reconhecidamente concreto, em que se vislumbrou a posição de inferioridade do consumidor em face do poder econômico do fornecedor, por isso a tutela surge e se justifica na tentativa de uma busca de equilíbrio contratual entre as partes envolvidas.

A proteção ao consumidor conta com amparo constitucional, pois, a Constituição de 1988 prevê em dispositivos específicos essa proteção, como exemplo, no artigo 5º, inciso XXXII, onde diz que dentre os deveres impostos ao Estado Brasileiro, está o de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Em outra passagem, é atribuída a competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor (art. 24, inciso VIII, CF/88). No capítulo da Ordem Econômica a defesa do consumidor é apresentada como um dos motivos justificadores da intervenção do Estado na economia (art. 170, inciso V, CF/88). Ainda na Constituição, o artigo 48 Dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, assim dispõe: “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da data da promulgação da Constituição,

elaborará código de defesa do consumidor”, o que resultou na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Esta lei estabelece, desde logo no seu art. 1º, seu caráter protecionista e de interesse social, mesmo porque uma das questões básicas que justificam a intervenção do Estado no domínio econômico, é o da necessidade de proteção do consumidor em relação a aquisição de certos produtos e serviços, como bem assevera Nunes (2010).

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais vulnerável, pois tendo-se em conta que os detentores dos meios de produção, detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro. Embora se tenha em vista o livre mercado, a livre concorrência, é o próprio art. 170 da Constituição, como já citado, que estabelece os parâmetros da ordem econômica visada pelo Estado brasileiro, colocando a defesa do consumidor como um de seus pilares imprescindíveis. Tal preocupação também visa estabelecer o equilíbrio necessário a qualquer harmonia econômica no relacionamento consumidor-fornecedor. E é exatamente por isso que dentre os direitos básicos do consumidor, está à facilitação de seu acesso aos instrumentos de defesa, notadamente no âmbito coletivo, com o estabelecimento da responsabilidade objetiva, aliada à inversão do ônus da prova, como bem explica Grinover (2007).

Resta mais do que evidente, de acordo com a citada autora, que o consumidor no mais das vezes se dispõe a resolver um direito seu de uma forma menos custosa e menos traumática, mas em muitos casos acabam por sair frustrados com os custos da justiça comum, e sua notória e irritante morosidade, como também em face do que irá enfrentar, ou seja, o poder econômico, incontestavelmente mais bem aparelhado e treinado para referidas questões. Daí por que se parte do princípio da fraqueza manifesta do consumidor no mercado para conferir-lhe certos instrumentos para melhor defender-se. Dentro dessa perspectiva, cabe ao Estado não apenas desenvolver atividades nesse sentido, mediante a instituição de órgãos públicos de defesa do consumidor, como também incentivando a criação de associações civis que tenham por objeto a referida defesa.

Vale ressaltar, tomando por base os ensinamentos de Coelho (2007), que o Código de Defesa do Consumidor apresenta acentuada preocupação com os momentos antecedentes ao da celebração do contrato de consumo, tendo em vista que, é nessa oportunidade que o consumidor necessita de especial tutela da lei para

decidir conscientemente pela aquisição do produto ou do serviço que deseja. Pois, quando o consumidor procura o fornecedor para obter as informações preliminares acerca das especificações, preço e condições de pagamento do fornecimento, deve a lei assegurar-lhe a prestação de informações suficientes e adequadas, em um ambiente comercial marcado pela transparência, lealdade e boa-fé.

Conclui o citado autor, que a legislação consumerista, por esta razão, estende a sua proteção a todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais (CDC, art. 29), ou seja, os consumidores em potencial. Se a legislação tutelar, por hipótese, ignorasse o momento antecedente ao da celebração do contrato, a defesa do consumidor, por certo, não estaria completa, e por vezes resultasse inoperante. Com efeito, uma vez firmado o contrato de consumo, a simples negativa de eficácia às cláusulas abusivas poderia revelar-se insuficiente à proteção daquele consumidor que, por não ter sido adequadamente informado acerca do produto ou serviço ofertado, acabou por adquirir algo que não atende perfeitamente às suas necessidades. Nesse sentido, a lei consumerista disciplina os requisitos que devem constar de toda oferta e apresentação de produtos ou serviços, tais como a correção, clareza, precisão e ostensividade das informações (CDC, art. 31).

Da mesma forma que dispõe em seu art. 47, que as cláusulas contratuais serão interpretadas do modo mais favorável ao consumidor. Trata-se da incorporação, pela legislação consumerista, do princípio desenvolvido pela teoria dos contratos de adesão, segundo o qual as condições gerais do negócio devem ser interpretadas sempre em desfavor de quem as estipulou. Assim deve ser, na medida em que o contratante ao elaborar as cláusulas, às quais adere a outra parte, encontra-se em posição mais vantajosa quanto ao conhecimento da extensão das obrigações nelas referidas, tendo, inclusive, a possibilidade de aprimorar sua redação, com vistas ao atendimento de seus próprios interesses. Nesse sentido, observa Coelho (2007, p. 208) que:

O Código de Defesa do Consumidor determina que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47). Isso significa que, havendo mais de uma interpretação possível do contrato de consumo, em razão, por exemplo, de ambigüidades ou contradições na redação das cláusulas, prevalecerá a mais interessante ao consumidor. Havendo, porém, uma só interpretação cabível, esta prevalece ainda que desinteressante a ele.

Com isso, entende-se que a interpretação mais favorável ao consumidor prevista expressamente na legislação brasileira, diz respeito às contradições encontradas entre as condições gerais do negócio. Se o conflito se estabelecer entre disposições dessa natureza e cláusula pactuada individualmente, a solução adequada é a da primazia desta sobre as condições gerais. Portanto, insta asseverar que o consumidor brasileiro está legislativamente equiparado à altura, faltando-lhe, porém, apenas a proteção efetiva, vezes que pela falta de vontade política e até mesmo de recursos técnicos e materiais, o consumidor passa por dificuldades reais ao buscar a tutela efetiva dos seus direitos, levando-se em conta também que a dificuldade do acesso a justiça é realidade perene no Brasil.

Tornando-se a proteção integral e dinâmica do consumidor um verdadeiro desafio, representando um dos temas mais atuais do Direito que deve ser constantemente debatido e melhorado. Nesse sentido, é de fundamental importância, o incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes do controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos, e aqui estão inseridos, porque de relevância manifesta, os chamados departamentos ou serviços de atendimento aos consumidores, ou mais precisamente no atendimento a reclamações, mas também no recebimento de sugestões dos próprios consumidores, beneficiando-se com isso ambas as partes das relações de consumo.

4 INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Além da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às hipóteses em que se verifica a aplicação do conceito de destinatário final fático e econômico ao empresário, o legislador criou o chamado consumidor equiparado, ampliando sensivelmente a abrangência de aplicação do citado código, o qual, em seu art. 29 equipara a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, que estejam expostas às práticas comerciais que dizem respeito à oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados e cadastro de consumidores, bem como no que se refere à proteção contratual em face de cláusula abusiva e contratos de adesão. Nessas hipóteses, sempre que qualquer pessoa esteja exposta às práticas ali descritas, a ela aplicar-se-ão as normas protetivas da Lei nº 8.078/90. Isso significa dizer que, mesmo que o empresário não se enquadre no conceito legal de consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, ainda assim este poderá ser aplicado, desde que expostas às situações determinadas pelas lei consumerista.

4.1 Modelo reliberalizante

Na seara da evolução do Direito Contratual, segundo Coelho (2007), pode-se dividir o tratamento que esse direito reserva aos acordos entre agentes econômicos em três modelos fundamentais: o primeiro, em que prevalece sempre a vontade das partes, e a interferência do aparato estatal limita-se, basicamente, a garantir tal prevalência, este é o modelo liberal; o segundo, em que a interferência do aparato estatal substitui, em determinadas situações, a vontade manifestada pelas partes por regras de direito positivo, este é o modelo neoliberal; e, o terceiro, em gestação, em que se distingue o acordo feito por agentes econômicos iguais do contrato entre desiguais, com o intuito de prestigiar a vontade das partes naquele e tutelar o economicamente mais fraco, este é o modelo reliberalizante. No plano da evolução do direito, o interesse nos dois primeiros modelos justifica-se como instrumento para melhor compreensão do modelo reliberalizante e de sua operacionalidade na

solução dos conflitos relacionados aos acordos entre agentes econômicos, no tempo atual.

Para a doutrina, representada aqui por Coelho (2007), a autonomia da vontade é a referência ao reconhecimento, pela ordem positiva, da validade e eficácia dos acordos realizados pelos próprios sujeitos de direito. A vontade autônoma, para a doutrina, é a que se manifesta livremente, na criação de direitos e obrigações, porque nenhuma lei os preestabelece. Em outros termos, pela autonomia da vontade, o sujeito de direito contrata se quiser, com quem quiser e na forma que quiser. A ordem jurídica reconhece os direitos e deveres gerados pela livre manifestação de vontade das pessoas, conferindo validade e eficácia ao contrato entre elas. Para Coelho (2007, p. 8) o princípio da autonomia da vontade, nuclear no regime privado do direito dos contratos, desdobra-se em postulados como os seguintes:

Todos são livres para contatar ou não. Ninguém está obrigado a celebrar contrato contra a sua vontade. Assim, o sujeito de direito motiva-se a contratar exclusivamente pelo interesse que identifica, segundo seus próprios e subjetivos critérios, no resultado da troca em negociação. Todos são livres para escolher com quem contratar. Em razão do princípio da autonomia da vontade, ninguém pode ser obrigado a contratar com quem não quer. Em decorrência do primado da liberdade de escolha do contratante, o sujeito vinculado a contrato não pode substituí-se no vínculo por ato unilateral de vontade. Os contratantes têm ampla liberdade para estipular, de comum acordo, as cláusulas do contrato. Como os sujeitos são livres para contratar ou não e para escolher com quem contratam, é consequência natural dessa ampla liberdade a possibilidade de as partes definirem, de comum acordo, os termos e condições do contrato, sem nenhuma restrição externa ao encontro de vontades. (grifos do autor)

Costuma-se sintetizar o princípio da autonomia da vontade, no modelo liberal, pela afirmação de que o contrato é lei entre as partes. Este é o primado ideológico básico. O sujeito de direito que livremente assume compromisso, perante outro sujeito, de dar, fazer ou não fazer (normalmente em troca de alguma prestação que lhe parece equivalente) tem, pela ordem jurídica, uma obrigação a cumprir. Se não o faz, o sujeito perante o qual o compromisso foi assumido pode acionar os mecanismos estatais de coerção para obter o cumprimento forçado do contrato (execução específica), um resultado semelhante ao cumprimento ou a indenização das perdas e danos sofridos. E é exatamente porque a pessoa é livre para se vincular ou não por contrato, que se a sua vontade foi a de se obrigar, terá que se expor à coerção do Estado, na hipótese de faltar ao cumprimento da obrigação.

Nesse contexto, do modelo liberal, há uma acentuada preocupação da tecnologia jurídica sobre o grau de liberdade dos contratantes, porque para ser vinculativa, a vontade deve ser livre, amplamente livre. Admitindo-se a invalidação, ineficácia ou desfazimento do vínculo contratual, nas situações em que o sujeito não se encontrava em condições a sua vontade a salvo de qualquer restrição externa. A teoria dos vícios de consentimento reputa não constituída a obrigação nas hipóteses de erro, dolo ou coação, porque fatores exógenos à vontade do sujeito deturparam-na quando de sua manifestação num ato jurídico. A emissão de vontade nesse caso é defeituosa. A única limitação à vontade das partes é a ordem pública, concretizada nos ditames da lei.

O liberalismo acentuado que informou toda a construção legislativa do início do século XIX ensejou a dogmatização da teoria da teoria geral do contrato, fundada na autonomia privada, fazendo do contrato o mais importante e relevante dos negócios jurídicos celebrados entre pessoas. O princípio *pacta sunt servanda* foi elevado às suas conseqüências máximas, nada obstante pode significar, em alguns casos, descompasso entre o conteúdo do contrato e a realidade fática e circunstancial que envolve a relação jurídica entre os contratantes. Esse regime atendia às necessidades de uma sociedade estabilizada, tanto do ponto de vista político como do sociológico e econômico, mesmo que nela houvesse disparidades sociais e econômicas. Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a situação sociopolítica das sociedades européias até então estáveis se modificou, de sorte que a realidade impôs a adoção de regras que atendessem às necessidades oriundas da guerra, bem como conduzissem a sociedade do pós-guerra de volta as tão esperadas estabilidade e paz social. E nesses períodos de grande comoção econômica, aliada as vicissitudes políticas e sociais, que surge o fenômeno do dirigismo contratual, como espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar.

O Estado passou a interferir na liberdade de contratar, sem, contudo, extinguir o perfil civil da figura do contrato. O dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejado equilíbrio entre as partes contratantes. Atento a essa nova realidade, o Código de Defesa do Consumidor tem o propósito de instituir uma mudança de mentalidade no que respeita as relações de

consumo, que tem de ser implementada por todos aqueles que se encontram envolvidos nessas relações, notadamente o fornecedor e o consumidor. O novo regime contratual das relações de consumo tem visível compromisso com a modernidade, de modo a fazer com que a extinção do contrato não se concretize. Em outros termos, a posição do consumidor mudou, pois com o desenvolvimento da industrialização, além dos contratos de trabalho, os de natureza consumerista também foram afetados, de modo que o consumidor passou a contratar não porque quer, nem com quem quer, e nem mesmo do modo que deseja. Diante desse fato, encontrando-se o contratante sem vontade livre, o Direito foi forçado a elaborar um novo modelo para o Direito Contratual.

Observa Coelho (2007), que esta evolução não foi tão rápida, tendo em vista que a formulação do modelo neoliberal envolvia a discussão de valores fundamentais da ideologia dominante, presente nos alicerces do direito capitalista. Mas que de qualquer forma, na segunda metade do século XX, os institutos jurídicos que traduzem a mudança, como a revisão judicial dos contratos (fundada na teoria da imprevisão e, depois na onerosidade), as cláusulas gerais de negócio e os instrumentos de adesão, passaram a ser temas recorrentes na doutrina jurídica.

A grande maioria dos contratos celebrados desde a Revolução Industrial, não se verificam (nem se pode verificar) negociações entre sujeitos de direito acerca do conteúdo das cláusulas com o objetivo de encontrar o dispositivo que represente melhor a composição dos respectivos interesses. Se um pequeno empresário, por exemplo, necessita de um empréstimo para reformar seu estabelecimento ou estocar mercadorias, e procura o banco no qual é cliente para obter financiamento, certamente não terá chances de discutir as condições das poucas linhas de crédito que lhe serão oferecidas. Os juros, as taxas, a necessidade de garantia real, a equação entre o valor emprestado e o do bem onerado atendem a critérios gerais preestabelecidos pelo banco. Ao interessado no empréstimo só se abrem duas alternativas: aceitá-lo para celebrar o contrato ou não contratar. Pois, o banco não dispõe sequer de meios para considerar eventual contraproposta, em função dos custos em que incorreria ao mobilizar seus quadros técnicos de economistas e advogados no exame da alternativa apresentada pelo cliente.

Desse modo, os contratos em geral expressam a adesão de um dos contratantes às condições de negócio estabelecidas unilateralmente pelo outro. Em vista dessa realidade, o direito dos contratos desenvolve certas inovações com o

intuito de proteger o aderente contra abusos do estipulante. De fato, como prepara, prévia e isoladamente, os dispositivos contratuais de regência da relação, este último tem plenas condições de contemplar no instrumento contratual, os destinados à completa preservação de seus interesses, enquanto aquele não tem meios de introduzir os dele. Essas inovações para a tutela dos contratantes por adesão, desenvolvidas pelo direito dos contratos, constituem a essência do modelo neoliberal. Nesse contexto, ganha relevância a preocupação com instrumentos de equalização das partes do contrato, pois, normas positivas passam a atribuir ao economicamente mais fraco prerrogativas jurídicas que compensem a desvantagem econômica. A igualdade não é mais o fim das diferenças na lei, e sim a equalização das condições jurídicas de contratantes desiguais. Sobre a temática comenta Coelho (2007, p. 14) que:

Além da atenção ao contratante sem liberdade, outro fator que estimulou o desenvolvimento do modelo neoliberal do direito dos contratos foi a mudança no papel do Estado, no transcorrer do século XX. Uma das mais importantes reações ao capitalismo contra a organização do proletariado, em torno dos ideais revolucionários do socialismo marxista, foi a assunção do aparato estatal, de novas funções, com o objetivo de atenuar a precariedade das condições de vida das classes dominadas. Entre as novas funções do Estado capitalista, está a de organizar a economia. O Estado com o objetivo de evitar ou desimpactar as crises periódicas do sistema econômico, passa a intervir nas relações privadas em grau até então inaceitável pela ideologia liberal. No direito dos contratos, essa nuance da luta de classes traduz-se pelo conceito de dirigismo. O grau de liberdade das partes na composição de seus interesses é reduzido; nem tudo o que se contrata é válido ou eficaz.

Mas o modelo neoliberal segundo o citado autor também possui seu tempo e seus limites. A reliberalização da economia no final do século XX, impulsionada pelo processo de globalização e possibilitada pelo esgotamento do modelo de planificação de inspiração marxista, propõe novas questões para a evolução jurídica dos contratos. A mais importante, diz respeito à compreensão das disciplinas jurídicas das relações contratuais como direito-custo e a suas implicações na configuração de vantagens competitivas na economia global. Em outros termos, quanto maior o reconhecimento, pela ordem jurídica, da validade e eficácia das cláusulas constantes dos instrumentos de contrato, isto é, quanto menor a definição, em normas positivas, de direitos e obrigações de contratantes, mais facilmente será calculado pelo empresário o impacto da responsabilidade contratual nos custos da atividade econômica.

Assim com o desenvolvimento da globalização da economia, os empresários procuram localizar seus estabelecimentos industriais em países de direito-custo mais atraentes. Em vista disso, os interessados em atrair investimentos, como é o caso do Brasil, terão maior ou menos sucesso na medida em que os respectivos direitos passem a representar vantagens competitivas. Quanto maior a liberdade reconhecida pela ordem jurídica para os próprios agentes econômicos definirem, por contrato, seus direitos e obrigações, maior, será a atração de investimentos. A globalização, assim, revigora a autonomia da vontade.

Vê-se que o modelo reliberalizante de evolução do direito dos contratos responde às novas questões propostas pela economia global recuperando o primado do voluntarismo. Mas não o faz por um simples retorno ao modelo liberal, desconhecendo o contratante sem liberdade. Ao contrário, revela a síntese dos dois modelos que o antecederam, o reliberalizante prestigia a tutela do economicamente mais fraco, ao mesmo tempo em que reafirma a importância da autonomia da vontade entre contratantes iguais. Na verdade segundo Coelho (2007), a tecnologia dos contratos constata que, na relação entre desiguais, nenhum dos contratantes é livre, porque não tem condições para negociar amplamente o contrato. Somente o vínculo entre contratantes dotados dos mesmos recursos para arcar com os custos de transação pode ser visto como produto de livre manifestação de vontade.

Dessa forma, "no modelo reliberalizante, as normas positivas de direito contratual têm natureza diversa, segundo a condição dos contratantes. São cogentes, na relação entre desiguais, e supletivas, entre iguais" (COELHO, 2007, p. 17). O referido modelo ainda está em elaboração na doutrina, contudo, traduz-se melhor e mais adequado a realidade econômica brasileira que o modelo neoliberal. Sabendo-se que o consumidor brasileiro encontra-se no mais das vezes na condição de hipossuficiente e vulnerável em relação ao fornecedor, não possuindo meios adequados para em um possível litígio demandar de forma equitativa.

4.2 Consumidor por equiparação

Consoante apresentado por Bertoldi (2010), no que se refere a definição de consumidor, há duas correntes doutrinárias erguidas pela doutrina brasileira, os finalistas e os maximalistas. Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a

definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores, e esta tutela só existe porque o consumidor é a parte mais vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC em seu art. 4º. Com isso, logo convém delimitar quem merece essa tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. A proposta então, é que a interpretação da expressão "destinatário final" do art. 2º, seja feita de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º. Sendo, portanto, o destinatário final, aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Logo, segundo esta interpretação, não basta ser o consumidor destinatário fático do produto, ele deve ser final, não adquiri-lo para revenda, nem para uso profissional. Fica claro que para a corrente finalista a figura do consumidor é restringida àquele que adquire produto ou serviço para uso próprio e de sua família, seria o não profissional.

Já os maximalistas, enxergam nas normas do Código Consumerista o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. Pois para a citada teoria, conforme exposto pelo citado autor, o CDC seria um Código geral sobre o consumo, para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis tanto de fornecedores quanto de consumidores. Tanto é que os maximalistas defendem os chamados consumidores equiparados, os quais por determinação legal previstas pelo próprio Diploma Consumerista, merecem a proteção especial de suas regras.

Trata-se portanto de acordo com a teoria em estudo, de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha as de destinatário final econômico do produto ou serviço. Assim, para esta corrente, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa o lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica. Cabe esclarecer que mencionada teoria já está sendo entendida de forma mais abrangente pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que esta corte, em julgados recentes tem se posicionado a favor de um conceito mais

abrangente de consumidor considerando a cadeia produtiva na qual este se encontra e demonstrando sua vulnerabilidade diante dos grandes fornecedores. Assim, ocorreu à evolução do tema, tendo o STJ flexibilizado seus julgados para considerar destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional. E aqueles que adquirem produtos e serviços para dinamizar ou instrumentalizar seu negócio visando o lucro, também podem ser enquadrados no conceito de consumidor, desde que demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

Ao sustentar a Teoria Maximalista sobre o conceito de consumidor Bertoldi (2010, p. 745) ensina que:

Tivesse querido o legislador adotar o conceito restritivo de consumidor teria aprovado conceito distinto do que vemos no art. 2º do CDC. Assim, pode-se afirmar que em inúmeras situações as empresas (de comércio ou de produção) adquirem ou utilizam-se de produtos como destinatários finais, quando então, dada a definição do art. 2º, recebem plenamente a proteção deste Código, na qualidade de consumidor-pessoa-física. A empresa que adquire, por exemplo, em veículo para transporte de sua matéria-prima ou de seus funcionários certamente o faz na qualidade de adquirente e usuário final do produto, que não será objeto de transformação, nem tampouco, nesta hipótese, será implementado o veículo no objeto da produção da empresa (aqui consumidor-pessoa-jurídica).

De acordo com Grinover (2007), o Código Consumerista tem quatro definições de consumidor são elas: a) consumidor enquanto pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final (art. 2º, caput); b) consumidor enquanto coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único); c) consumidor enquanto toda vítima do evento danoso, na responsabilidade por acidente de consumo (art. 17); d) consumidor enquanto toda pessoa, determinável ou não, exposta às práticas previstas no art. 29, CDC.

A lei é clara ao classificar como consumidor a pessoa jurídica, explica a citada autora, desde que possa subsumir-se no enquadramento normativo dos conceitos de consumidor que o CDC estabelece. Há polêmica no Brasil acerca do tema, havendo quem queira distinguir onde a lei não o faz, considerando consumidora somente a pessoa jurídica apenas quando adquira produto ou se utilize de serviço que não seja considerado insumo para sua atividade empresarial. Esquecendo-se da pessoa física que também adquire produtos e serviços para sua atividade. Para essa corrente restritiva, indústria de automóveis que adquire computadores para seu

escritório não seria consumidora, pois os computadores melhoram sua produtividade e, nessa condição, são considerados insumos. Levada à sua última conseqüência, a tese restritiva nega vigência no art. 2º, caput, do CDC, pois, para os que a defendem, praticamente nunca a pessoa jurídica seria consumidora. Assim atesta-se a inutilidade dessa corrente que entende ao contrário da doutrina mais evoluída e julgados jurisprudências mais recentes, um conceito altamente restritivo de consumidor, não se adequando a realidade das relações consumeristas.

Cabe esclarecer ainda, segundo Grinover (2007), que o CDC não fala em contrato de consumo, nem mesmo em ato de consumo ou negócio jurídico de consumo, mas sim em relação de consumo, termo este que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões. Dessa forma, são elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço como destinatário final (art. 2º, caput, última parte, CDC). Com isso, as relações jurídicas que se encontram sob o regime do Código Consumerista são as denominadas relações jurídicas de consumo, vale dizer, aquelas que se formam entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto a aquisição de produtos ou a utilização de serviços pelo consumidor.

As afirmações introdutórias feitas neste início de tópico são de grande importância para embasar o atual estágio da ordem jurídica brasileira, na qual ainda falta discriminar dois regimes para disciplinar os contratos destinados a regular as relações entre empresários iguais e outro reservado para as relações entre os desiguais. Enquanto se aguarda a evolução da tecnologia jurídica nacional no campo do regime contratual cível, pode-se afirmar que os contratos entre empresários desiguais são melhor disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor, e não pelo Código Civil e legislação comercial complementar. Sabe-se que os contratos firmados entre empresários estão sujeitos à disciplina da legislação cível, e o CDC somente é aplicado em duas hipóteses: se um dos empresários contratantes é consumidor, ou se está, perante outro, em situação de vulnerabilidade análoga dos consumidores.

Em se tratando do empresário como consumidor, sabe-se que na relação de consumo o empresário sempre pode ser determinado como fornecedor, uma vez que o universo delineado pelo conceito de empresa identifica-se com parte do

âmbito de referência do art. 3º do CDC. A exploração da atividade de produção ou circulação de bens e serviços é o elemento central da noção de empresa e também do conceito de fornecedor. Apenas não se confundem totalmente os termos porque a lei brasileira, em atenção a particularidades da sua cultura de consumo, entendeu de abranger a prestação de serviços públicos no âmbito da tutela do consumidor. Nesse contexto, o conceito de fornecedor abrange não só o empresário mas também o Estado, quando atua como agente econômico ou presta serviço público com remuneração direta (CDC, arts. 3º, § 2º, e 22). Sobre o tema, Coelho (2007, p.182) afirma que:

O Código de Defesa do Consumidor não distingue os fornecedores de acordo com sua potência econômica. Em nenhuma passagem há qualquer tratamento diferenciado do micro ou pequeno empresário, para os quais a lei atribui as mesmas responsabilidades reservadas aos grandes conglomerados econômicos. Trata-se de tendência geral do consumerismo em todo o mundo, fundada na idéia, não totalmente verdadeira, de que os mecanismos para absorver e diluir perdas relacionadas com a produção ou circulação de bens ou serviços sempre estão ao alcance do exercente da atividade especulativa e nunca do consumidor. De qualquer modo, o direito positivo nacional não ressalva os empresários de menor potência econômica de qualquer obrigação decorrente da relação de consumo.

Se não há dúvidas de que o empresário se enquadra sempre no conceito de fornecedor, muito se discute sobre seu enquadramento no de consumidor. De fato, uma das questões mais interessantes suscitadas pelo Código de Defesa do Consumidor, e razão deste trabalho, é a possibilidade do empresário invocar a tutela liberada aos consumidores, nas transações feitas com outros empresários, seus fornecedores, ou seja, discute-se a possibilidade do empresário caracterizar-se como inserido em uma relação de consumo, mesmo em decorrência de um negócio de natureza empresarial. Coelho (2007, p. 183) explica que:

Duas tem sido a tendência legislativa no tocante a matéria. De um lado, a objetiva, em que o conceito enfatiza a posição de elo final na cadeia de distribuição de riqueza. Nela, o aspecto ressaltado pelo conceito jurídico é o do agente econômico que destrói o valor de troca dos bens ou serviços, ao utilizá-los diretamente, sem intuito especulativo. De outro lado, há a concepção subjetiva de consumidor, em que a ênfase do conceito jurídico recai sobre a sua qualidade de não profissional em relação com o fornecedor profissional.

Entre as duas formulações apresentadas pelo citado autor, tende o Direito Brasileiro para o conceito objetivo de consumidor, na medida em que enfatiza a posição terminal na cadeia de circulação de riqueza por ela ocupada. Mas, de outro

lado, a adoção da concepção subjetiva, em que se abstrai a função econômica do agente destruidor do valor de troca do bem ou serviço, implicaria a possibilidade de o empresário postar-se na relação jurídica como consumidor. Contudo, não obstante o acerto dessas considerações, deve-se reconhecer que a complexidade do tema reclama aprofundamento. Com efeito, o texto brasileiro consagra a concepção objetiva de consumidor, e apesar disso, a questão da possibilidade de o empresário invocar a tutela dos consumidores em seu favor nas relações com outros empresários não se encontra só por isso resolvida, tendo em vista que há precedentes na jurisprudência que sustenta a Teoria Maximalista e a corrente objetiva do conceito de consumidor, podendo o empresário usar a tutela protecionista ao seu favor em relação a outro empresário.

Para Coelho (2007), o Código de Defesa do Consumidor é aplicável na hipótese em que o empresário adquire produto ou serviço como destinatário final, bem como quando adquire com o intuito de empregá-lo em sua atividade econômica (insumos). O exemplo cogitado pelo citado autor, é o do despachante que se dirige à loja de departamentos para comprar uma máquina de escrever para uso na prestação de serviços de sua especialidade. Nessa hipótese, teria aplicação a lei tutelar dos consumidores, porque o vendedor não distingue entre seus fregueses os que farão uso especulativo do bem transacionado, e, assim, não se justificaria um tratamento legal diferente do previsto para os que adquirem o mesmo produto para usos não especulativos. Em contrário senso, de acordo com tal critério, a aquisição de bens ou serviços não oferecidos em série ao mercado de consumo configurar-se-ia ato estranho ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o fornecedor teria como distinguir entre os destinatários finais aqueles que empregarão o produto ou serviço adquirido numa atividade econômica.

A grande empresa capitalista simplesmente não tem condições de assimilar demandas localizadas quanto às condições negociais. Os padrões gerais de comercialização são resultados de reflexões e discussões dos quadros técnicos especializados da empresa, com projeção de valores, simulações, cálculos complexos e análises macroeconômicas. As possibilidades de alteração desses padrões para atendimento de solicitação de determinado contratante são limitadíssimas. O próprio custo do exame interno da contraproposta, a ser repassada a preço do fornecimento, já seria fator de desmotivação do contratante. Em resumo, não há lugar na economia de massa, para negociações individuais. O contrato por

adesão, as condições gerais estabelecidas pelo empresário fornecedor é exigência do cálculo empresarial, e aceitas unilateralmente pelo o outro contratante, que poderá ser um empresário.

Desse modo, acentua Coelho (2007), que a contratação entre desiguais, com ou sem adesão a cláusulas preestabelecidas unilateralmente por um deles, manifesta-se também nas relações interempresariais, é de se pesquisar em que condições a disciplina da tutela contratual do Código de Defesa do Consumidor mais protetiva do contratante débil pode ser aplicada, por via analógica, na proteção das partes vulneráveis de contratos estranhos à relação de consumo. Claro que a simples sujeição de todos os negócios às normas do CDC, em qualquer circunstância, não seria jurídica, posto que continuam vigorando as legislações civis e comerciais. No entanto, considerar sempre inaplicável a disciplina da legislação consumerista àqueles contratos não inseridos em relação de consumo também não seria a melhor solução jurídica, em que não se aproveitaria o avançado regramento da matéria constante no Código Consumerista na adoção de decisões mais equânimes. Tendo em vista que a tutela protetiva do consumidor brasileira se enquadra entre as mais vanguardistas do mundo, demonstrando toda a preocupação do legislador pátrio na efetiva proteção dos mais vulneráveis na relação contratual consumerista.

Um empresário pode entrar, numa negociação com outro, em posição de vulnerabilidade, tal como os consumidores se encontram nas relações com os fornecedores. A analogia dessas situações e o menor grau de proteção aos contratantes débeis no Código Civil justificam de forma bastante satisfatória a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na tutela contratual do empresário vulnerável. Este por vezes encontra-se técnica, jurídica e economicamente falando em posição desigual, diante de seus parceiros comerciais.

Contudo, como bem explica o citado autor, não se pode deixar de mencionar que há a presunção de que os empresários têm condições de superar a vulnerabilidade, ou seja, a desigualdade, cercando-se das informações necessárias ou do auxílio de especialistas. Nas relações interempresariais, portanto, a prova da vulnerabilidade cabe ao empresário que aderiu aos termos contratuais gerais propostos pela outra parte. Inverte-se assim, o ônus probatório, uma vez que, quanto aos consumidores, a vulnerabilidade é presumida em termos absolutos. Recai dessa forma, sobre o empresário que invocar a aplicação analógica do CDC a

demonstração do seu pressuposto fático, isto é, da vulnerabilidade no momento da celebração do contrato.

4.3 Posicionamento dos Tribunais acerca do tema

Desde a sua promulgação, a Lei nº 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, ganhou espaço no dia a dia dos brasileiros, gerando disputas judiciais sobre o tema, estas incluem a controvérsia a respeito da aplicação do Código Consumerista quando o consumo se dar no desenrolar de uma cadeia produtiva, gerando uma discussão que o Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado de forma inovadora, com uma visão moderna sobre o tema. Este tribunal tem admitido, em precedentes julgados nas turmas da Seção de Direito Privado (Terceira e Quarta Turmas), não ser o critério do destinatário final econômico o determinante para a caracterização de relação de consumo ou do conceito de consumidor.

Muito tem se discutido, no âmbito do STJ, a respeito da amplitude do conceito de consumidor. A ministra do Superior Tribunal de Justiça, em Informativo de 22 de setembro de 2010, Nancy Andrighi, ressalta que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor "municia o consumidor de mecanismos que conferem equilíbrio e transparência às relações de consumo, notadamente em face de sua situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor". Este aspecto (vulnerabilidade e hipossuficiência) deve ser considerado para decidir sobre a abrangência do conceito de consumidor estabelecido no CDC para as relações que se dão em cadeia produtiva. Explica ainda a ministra que, num primeiro momento, o conceito de consumidor ficou restrito, alcançando apenas a pessoa física ou jurídica que adquire o produto no mercado a fim de consumi-lo, aquele que consome o bem ou o serviço sem destiná-lo à revenda ou ao insumo de atividade econômica.

Ocorre que, evoluindo sobre o tema, a jurisprudência do STJ, flexibilizou o entendimento anterior para considerar destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional. Sobre essa temática o referido tribunal passou em seus julgados a agregar novos argumentos a favor de um conceito de consumidor mais amplo e

justo. Essa nova compreensão concretizou-se no julgamento do REsp n. 716.877, realizado em 2007, na Terceira Turma, conforme julgado que segue:

RECURSO ESPECIAL Nº 716.877- SP (2005/0004852-3). EMENTA-CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESTINATÁRIO FINAL. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido.

O recurso era de um caminhoneiro que reclamava a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido apresentou defeitos de fabricação. O caminhão seria utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e da família. Tendo conseguido neste caso decisão ao seu favor, ou seja, o recurso foi atendido. O relator, ministro Ari Pargendler, afirmou em seu voto que a noção de destinatário final não é unívoca e que a doutrina e a jurisprudência vêm ampliando a compreensão da expressão “destinatário final” para aqueles que enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade. Conclui o ministro explicando que uma pessoa jurídica de vulto que explore a prestação de serviços de transporte tem condições de reger seus negócios com os fornecedores de caminhões pelas regras do Código Civil. Já o pequeno caminhoneiro, que dirige o único caminhão para prestar serviços que lhe possibilitarão sua manutenção e a sua família, deve ter uma proteção especial, justamente aquela proporcionada pela legislação consumerista.

Em outro caso julgado (REsp. nº 1080.719/2009) na Terceira Turma, os ministros julgaram recurso de um freteiro que adquiriu caminhão zero quilômetro para exercer a profissão. Ele pedia que fosse aplicada a inversão do ônus da prova, prevista no CDC, em uma ação de rescisão contratual com pedido de indenização, em razão de defeito no veículo. A Terceira Turma considerou que, excepcionalmente, o profissional pode ser considerado consumidor, isso somente quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência, quer seja fática, técnica ou econômica. A decisão do STJ reformou o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e determinou a concessão do benefício da inversão do ônus da prova, conforme decisão que segue:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.080.719- MG (2008/017939393-5). RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. EMENTA. PROCESSO CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. FABRICANTE. ADQUIRENTE. FRETEIRO. HIPOSSUFICIÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. VULNERABILIDADE. INVERSAO DO ÔNUS PROBATÓRIO. Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilometro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência que fática, técnica ou econômica. Nesta hipótese está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido.

Em agosto de 2010, a mesma Terceira Turma, reconheceu a possibilidade de aplicação do CDC e garantiu a uma costureira a validade da norma consumerista para julgamento de uma ação contra uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista. A costureira, moradora de Goiânia (GO), havia comprado uma máquina de bordado em 20 prestações, e protestava entre outros, contra uma cláusula do contrato que elegia o foro de São Paulo, sede da empresa, para dirimir eventuais controvérsias. A ministra Nancy Andrighi, relatora do recurso no STJ (REsp n. 1.010.834/2007), salientou que se admite a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. Conforme julgado que segue:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.010.83- GO (2007/0283503-8). RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. EMENTA. PROCESSO CIVIL. RESCISÃO 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-se 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 recuso especial.

Para a ministra, a hipossuficiência da costureira na relação jurídica entabulada com a empresa fornecedora do equipamento de bordar, ainda que destinado este para o incremento da atividade profissional desenvolvida pela bordadeira, pode ser enquadrada como consumidora, ficando evidenciada sua vulnerabilidade econômica em relação a empresa reclamante. Ao proferir seu voto, a citada ministra, também considerou, que embora o Tribunal tenha restringido anteriormente o conceito de consumidor à pessoa que adquire determinado produto com o objetivo específico de consumo, outros julgamentos realizados depois, voltaram a aplicar a tendência maximalista, agregando novos argumentos a favor do conceito de consumidor. No referido caso, então, a Terceira Turma analisou a validade de cláusula de eleição de foro constante no contrato e como foi adotado o sistema de proteção ao consumidor, os ministros entenderam serem nulas não apenas as cláusulas contratuais que impossibilitem, mas as que dificultem ou deixem de facilitar o livre acesso do hipossuficiente ao Judiciário.

Com isso, percebe-se que os Tribunais Brasileiros, se mostram favoráveis a aplicação da Legislação Consumerista para casos em que reste demonstrado a hipossuficiência e vulnerabilidade do empresário, o qual poderá ser equiparado a consumidor, sendo, portanto, beneficiado da proteção que o Código de Defesa do Consumidor prevê para os desiguais na relação de consumo, que no caso se aplicaria a uma relação empresarial.

5 CONSIDERAÇÃO FINAIS

De acordo com o que se inquiriu neste trabalho, verificou-se que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas entre empresários desiguais se apresenta como a forma mais justa e adequada para dirimir conflitos entre estes contratantes, mesmo porque diante da falta de legislação específica para reger tais relações, a equiparação do empresário vulnerável a consumidor se mostra a forma mais justa e adequada para resolução de possíveis conflitos entre empresários.

Tendo em vista o desenvolvimento cada vez mais crescente da atividade empresarial, sendo esta reconhecida por sua importância no cenário mundial, como captadora de recursos, responsável pela circulação e distribuição de riquezas. Além de potenciais transformadoras da realidade social, concretizando mudanças indispensáveis ao progresso econômico e social do país, e a formação de uma sociedade mais justa e solidária. Se justifica a extensão da tutela protecionista do consumidor a empresários desiguais.

Sabe-se que a desigualdade entre os contratantes empresários existe, tornando-se realidade recorrente no Brasil, onde negociações econômicas empresariais de cunho consumeristas acontecem a toda hora e diuturnamente. E que a disparidade do poderio financeiro entre os negociadores é enorme, sendo necessário que haja um entendimento mais alargado do conceito de consumidor para beneficiar aqueles que tanto contribuem para o progresso econômico no país.

Logo, é pertinente destacar que a adoção da teoria subjetivista maximalista, que entende o CDC como um Código geral sobre consumo e para uma sociedade de consumo, defendendo também os consumidores equiparados, os quais por determinação legal do próprio Diploma Consumerista citado, merecem proteção especial. É plenamente adequada para embasar o entendimento do conceito mais amplo de consumidor aos empresários que demonstrem sua condição de vulnerabilidade diante dos grandes fornecedores.

Desta forma, constata-se também que o modelo reliberalizante da economia, o qual prestigia a autonomia da vontade, sem deixar de tutelar o mais fraco na relação de consumo, é o que melhor compreende e potencializa a solução de conflitos relacionados a negócios entre agentes econômicos na atualidade. Servindo

também de base de sustentação para efetiva aplicabilidade da tutela de proteção consumerista aos empresários desiguais.

Analisando-se as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que esta Corte evoluiu sobre o tema e está posicionada a favor da teoria subjetivista, tendo flexibilizado seu julgados para considerar o conceito de destinatário final de maneira mais abrangente, sendo favorável também a equiparação do empresário ao consumidor, quando este demonstrar vulnerabilidade técnica, econômica ou jurídica em relação à outra parte.

Portanto, resta mais que evidenciado que a aplicação do CDC aos contratos entre empresários desiguais, se mostra possível e adequada, devendo ser utilizada sempre que for demonstrada a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade do empresário contratante na relação de consumo.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO; Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Código Civil Brasileiro. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Código do Consumidor. Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v.3. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral dos contratos**.v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil: Atualidades II- Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Contratos. Teoria geral**. v.4. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [et. al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LEMONS JÚNIOR, Eloy Pereira . **Empresa e Função Social**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Luis Antonio Rizatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. Liberdade de Contratar- Limites impostos pela função social do contrato. **TST**. Fortaleza, mar. 2004. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/artigosJuridicos/GMLCP/LIBERDADEDECONTRTAR.pdf>>. Acesso em: 8 mai 2011.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Manual do novo direito comercial**. 4 ed. São Paulo: Dialética, 2006.

RONDOW, Cristian de Sales Von. Proteção Constitucional do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2694>>. Acesso em: 8 mai 2011.

ROSSETTI, Maristela Sabbag. **Análise da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à S.A. Sociedade anônima**. 30 anos da Lei 6.404/76. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.010.834- GO (2007/0283503-8). rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 03 de ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 mai 2011.

_____. Recurso Especial nº 1.080.719- MG (2008/0179393-5). rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 10 de fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 mai 2011.

_____. Recurso Especial nº 716.877- SP (2005/0004852-3). rel. Ministro Ari Pargendler. Julgado em: 22 de mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 mai 2011.