

CONTRATOS EMPRESARIAIS. CONSUMERIZAÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL?

SALVATORE MAZZAMUTO

1. *Autonomia contratual, liberdade da empresa e Constituição Européia.* A Carta dos Direitos da União Européia não deixa indiferente o direito da empresa e os contratos que são, para a empresa, funcionais: “É reconhecida a liberdade da empresa, conforme o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais” (art. 16). Os limites a tal liberdade, todavia, parecem provir, em uma primeira aproximação, apenas pela conformidade com a atividade econômica: (a) as regras do direito comunitário; (b) as regras previstas pelas sistemas nacionais; (c) as regras que aos próprios operadores impuseram-se porque provenientes das “práticas”, isto é, dos usos, dos comportamentos repetidos e aceitáveis, e, portanto, codificados em modelos de referência contidos nos códigos de autodisciplina.

Trata-se, na essência, de regras de ações, de controle e de vigilância intrínsecas ao mercado, e que, portanto, se traduzem como limites, por assim dizer, *internos* ditados pelo funcionamento do próprio mercado com a finalidade de assegurar a melhor concorrência dos operadores. Mas, como toda disposição normativa, também o art. 16 deve ser interpretado no seu contexto e no corpo da Carta, que comporta regras conflitantes com a liberdade da empresa e constitui outros tantos limites: a dignidade humana (art. 1), a integridade física e jurídica da pessoa (art. 3), a liberdade e a segurança individuais (art. 6), a pro-

teção da vida privada (art. 7) e dos dados de caráter pessoal (art. 8), a tutela do ambiente (art. 37), a proteção dos consumidores (art. 38), os direitos inerentes aos trabalhadores (arts. 27-32); a proibição de abuso de atividades ou atos que violem os direitos fundamentais (arts. 1 e 54).

O quadro de valores que devem ser contemplados com a liberdade da empresa – como se vê – é amplo e articulado: sinteticamente já está resumo em uma disposição da Constituição Italiana de 1948, que, no art. 41, além de reconhecer e garantir a liberdade econômica privada, prevê que ela não pode se desenvolver “em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana”.

Em linha geral se pode, então, distinguir duas grandes categorias de limites à liberdade da empresa: os limites *internos*, derivantes do mercado e os limites *externos*, considerados valores que vão mitigados com a liberdade econômica e, às vezes, atinentes a pessoa, tendencialmente prevalecem sobre ela.

A relevância dos limites *externos* à atividade econômica não é nova para o direito comunitário. Lendo as disposições do Tratado é possível compreender imediatamente que a liberdade econômica é medida pelas disposições relativas aos trabalhadores, aos consumidores, ao ambiente. Todavia, o art. 16 da Carta, lido em conexão com as outras previsões abarcadas no mes-

mo diploma, explícita de maneira mais clara e precisa o quadro dos valores ao qual se deve adaptar a atividade da empresa. O fato que no texto da Carta os valores da pessoa são antepostos àqueles inerentes à atividade econômica é um sinal inequívoco da vontade de salientar com maior força os limites externos, em relação àquilo que emerge no texto do Tratado. Mas o direito comunitário permite, também, repensar os limites internos.

Sempre observando o princípio da subsidiariedade e sem recorrer à introdução de novas regras, é oportuno proceder como fez a Carta para os limites *externos*, ou seja, explicitar os valores que já fazem parte do tecido do direito comunitário, mas em contextos fragmentados e que possam generalizar uma renovada visão dos limites *internos*: refere-se, em particular, à *correção* dos comportamentos dos operadores. O cânone em discurso é um dos fatores da concorrência, na qual a concessão tradicional relativa às relações entre os concorrentes, isto é, entre operadores que se colocam sobre o mesmo plano; enquanto hoje, em seqüência das diretivas comunitárias que tutelam os consumidores, não se pode limitar a preenchê-lo reproduzindo de modo corporativo os interesses análogos dos operadores, mas é necessário examinar também os interesses dos consumidores.

2. Do contrato do consumidor ao contrato com assimetrias de poder contratual. Se o nível privilegiado de intervenção do legislador europeu se determina, *a val-le*, ou seja sobre o terreno dos contratos de consumo, é também verdade que uma parte não marginal da produção normativa comunitária considera as relações contratuais ditas *business to business*, aquelas relações jurídicas em que ambos os contraentes agem por um fim que não é estranho à atividade profissional desenvolvida.

A categoria do contrato do consumidor se fixa sobre a contraposição de duas classes de sujeitos distintos pela capacidade de incidir sobre a predisposição do re-

gulamento contratual e sobre sucessivas execuções da relação: o profissional e o consumidor.

A figura do profissional não eleva particulares questões já que o legislador comunitário se adequou à terminologia de *common law*, adotando a expressão “profissional” na acepção geral de pessoa física ou jurídica pública ou privada, que age no desempenho da própria atividade empresarial ou profissional, designado pelo vocábulo inglês *professional*.

Um problema aberto na Itália consiste na possibilidade de estender a noção de profissionais também ao grupo de empresas, o qual, do ponto de vista formal, não constitui uma pessoa jurídica unitária, já que o grupo é um agregado de empresas que conservam a sua autonomia jurídica: o que pode representar um obstáculo à sua qualificação como profissional à luz da “definição” legislativa, que identifica o profissional na singular “pessoa física ou jurídica que age no exercício da própria atividade empreendedora ou profissional” e no sujeito intermediário (art. 3, c, Codice del Consumo).

A figura do consumidor resulta, ao contrário, em controvérsia, não obstante esforço de definição feito pelo legislador comunitário, que no art. 2, b, da Diretiva 93/13, sobre cláusula abusiva, determina o consumidor como qualquer pessoa física que age por fins que não entram no quadro da sua atividade profissional. A norma deixa bem poucas margens para interpretações extensivas ou analógicas, pelo menos sobre o explícito ancoradouro à qualidade de pessoa física; enquanto a referência às finalidades de caráter não-empresarial ou profissional não demonstra um significado unívoco, enquanto seja entendido majoritariamente como uma evocação aos objetivos de gozo exclusivamente pessoal destinado à satisfação das exigências individuais e da própria vida familiar.

Um dado parece, porém, certo: o consumidor vem individualizado negativo e

sobre uma negação não se constrói um *status* nem se delinea uma classe social, então é desaconselhável imaginar os consumidores como um grupo substancialmente homogêneo e definido do ponto de vista sociológico à semelhança do trabalhador subordinado do setor metal-mecânico ou do colono. Ninguém duvida, de fato, que o empreendedor edil que adquire numa grande loja um eletrodoméstico para a sua própria casa age na qualidade de consumidor.

O repúdio da concessão do consumidor como pertencente de uma específica classe social sugeriu o abandono de leituras mais subjetivistas para aproximar, ao invés, a uma concessão objetivista orientada ao sindicato em concreto do objetivo final perseguido pela contraparte do profissional: daí adveio uma revisitação da normativa sobre contrato do consumidor como disciplina do ato de consumo a prescindir da formal qualificação subjetiva dos contraentes. O debatido que surgiu em torno da noção de consumidor esclareceu, por entre notáveis contrastes, que determinados a tal fim é o interesse concreto em vista do qual o contrato é concluído e a condição de ausência de força contratual no caso singular, de modo que é legítimo considerar consumidor também o empreendedor individual ou o profissional movido na estipulação do contrato pela exigência de satisfazer uma necessidade de consumo.

A renovada concessão objetiva incide sobre o próprio terreno aparentemente mais permeável para uma releitura, ou seja, sua identificação pela finalidade de consumo com a finalidade de uso individual ou familiar e consente de considerar qualquer fim não estritamente ligado ao desenvolvimento da própria atividade profissional ou mesmo marginal, de modo que ora nada parece obstar à inclusão entre os consumidores do profissional-pessoa física que adquire uma distribuidora de bebidas para acalmar a sede dos próprios funcionários.

Também a Corte Européia de Justiça recentemente parece ser orientada em tal sentido: “as regras de competência estabele-

cidas na convenção de Bruxelas em 27 de setembro de 1968, concernentes a competência jurisdicional e a execução das decisões em matéria civil e comercial, devem ser interpretadas no seguinte modo: (a) um sujeito que estipulou um contrato relativo de um bem destinado a um uso, em parte profissional, em parte estranho a sua atividade profissional, não tem o direito de valer-se do benefício das regras de competência específicas previstas em matéria de contratos de consumidores, a menos que o uso profissional seja de tal maneira marginal – para ter uma função irrelevante no contexto global das operações de que trata-se, sendo relevante a tal precaução o fato de que predominante o aspecto extra-profissional; (b) compete ao juiz de primeiro grau decidir se o contrato em questão está concluído para satisfazer, de maneira relevante, exigências atinentes à atividade profissional do sujeito de que trata-se ou, se ao contrário, o uso profissional teria apenas um papel insignificante; (c) para tal fim o juiz deve levar em consideração todos os elementos de fato relevantes que resultam objetivamente do documento, enquanto não sejam percebidas circunstâncias ou elementos dos quais a contraparte poderia ter tido conhecimento no momento da conclusão do contrato, a menos que o sujeito que faz valer o *status* de consumidor não tenha se comportado como tal, fazendo surgir legitimamente a impressão, na contraparte contratual, de agir com finalidade profissional” (Ceg. 20 janeiro de 2005 C-464/01).

A extensão da categoria do consumidor aos entes resulta mais problemática em virtude do serrado vínculo do texto, no art. 2, b, da Diretiva 93/13, apesar de que os intérpretes não deixam de assinalar a irracionalidade da distinção de tratamento entre a pessoa física e o ente *no-profit* ou, ainda, o ente que institucionalmente tem objetivo de lucro, mas que de fato age para outros fins.

A preferência por uma noção de consumidor, por extensão objetiva, não impli-

ca também no acolhimento das tentativas de compreender as pessoas jurídicas e, sobretudo os entes, sem objetivo de lucro, já que pela definição de consumidor, assim como demonstra com clareza a relevância assumida pela finalidade negocial concreta, se delinea claramente a *ratio* de circunscrever-lhe a figura somente às pessoas físicas. A Corte Européia de Justiça reba-teu o tema em outras ocasiões (Ceg. 22 novembro de 2001 C-541/99 e C-542/99), segundo qual a noção de consumidor não pode que examinar uma *pessoa física* e, assim, assinalou o encerramento nos confrontos das tentativas nacionais de estendê-la, também, aos entes que agem com finalidade estranha à própria atividade profissional.

É emblemático ao observar a recente orientação da Corte de Cassação francesa (Civ. 1^{ère}, de 15 março de 2005, n. 02-13285, segundo qual a noção de consumidor deve ser substituída por aquela de *non professionnel*). Na Inglaterra a jurisprudência aplica a mesma noção de consumidor ao pequeno empreendedor (chamado *business consumer*) e o *Consumer Credit Act*, de 2006, tem exatamente a mesma disciplina sobre o crédito de consumo, também aos entes privados de personalidade jurídica, os denominados *body corporate*, e aos *partnership*, ou seja, a associação de duas ou três pessoas que não constituem um *body corporate* (Sect. 189.1). Nos Países Baixos, na Espanha e na Grécia, em virtude do recebimento da Diretiva 93/13, se dispôs a ampliação da definição de consumidor, estendendo-a às pessoas jurídicas e aos pequenos profissionais. A Corte Constitucional Italiana, ao contrário, tem inaugurado uma orientação contrária à ampliação da noção de consumidor para além das pessoas físicas (Corte Constitucional, 30 de junho 1999, n. 282; 22 de novembro de 2002, n. 469).

A releitura em sede objetiva da noção de consumidor coloca a questão da sua redefinição, desta vez em senso restritivo. Se

a avaliação em concreto do ato negocial é finalizada para verificar o interesse ao consumo e a condição de ausência de força contratual, isto é, levanta o problema da qualificação do dito consumidor especialista, ou seja, do adquirente do bem ou do serviço dotado de um grau de preparação técnica mais ou menos semelhante àquela do vendedor/fornecedor. Se de fato entre ambos os perfis, aquele do interesse e aquele da ausência de força contratual, concorrem à identificação da figura do consumidor, se deveria excluir a recorrência na hipótese do adquirente especialista, para ausência de uma substancial competência e pelo desequilíbrio na detenção de informações que conota, pela valoração do legislador, a relação entre o profissional e o consumidor.

A solução apenas projetada demonstra-se, todavia, muito rigorosa e, sobretudo, parece trair a *ratio* da disciplina das cláusulas abusivas, que consiste, ao invés, na predisposição de regras de reequilíbrio do contrato ancoradas a uma presunção abstrata de disparidade de poder contratual, que deriva do fato do objetivo da efetivação de um ato de consumo e prescinde, então, da qualidade subjetiva do autor: isto é, exonera de uma avaliação em concreto da subsistência da diversidade de poder contratual para manter integrada a qualificação de consumidor.

A nova categoria do contrato do consumidor comporta a adoção de uma perspectiva articulada que renuncia programaticamente a uma teoria unitária e monolítica do *contrato em geral* e distingue – quanto menos com atenção a formação, as cláusulas, as interpretações e a execução do contrato – o tratamento jurídico do contrato segundo critérios e âmbitos de aplicação do direito de fonte comunitária.

Não se pode esquecer, todavia, o movimento em ação na Europa, que se repro-põe a uma reflexão menos particularizada sobre o contrato entre consumidor e profissional e a sua elevação a paradigma de um

novo modelo contratual muito divergente do contrato de direito comum. O tratado principal do novo modelo se reconhece na atribuição ao juiz de um poder de controle sobre o equilíbrio do acordo que vai bem além das tradicionais hipóteses codificadas, conotadas, ao contrário do estado de patologia social em que concluído o negócio (se pensa, por exemplo, na rescisão), o qual se aproximam a proliferação dos recessos de arrependimento, a previsão de nulidade dita de proteção, o reviver dos vínculos de forma e de conteúdo, a mistura entre regras de validade e regras de comportamento, etc.

Este rico e complexo conjunto de regras um tanto excêntricas, em relação ao direito comum é inspirada na exigência de colocar remédio à fisiológica condição de disparidade econômica e de poder contratual entre as partes, segundo um modelo inicialmente representado apenas pelo contrato de trabalho subordinado. Este particular estado de fisiologia social, com efeito, não é exclusivo somente dos contratos entre consumidores e profissionais, mas é comum a contratos desprovidos de uma tal caracterização sócio-econômica das partes, como, por exemplo, para limitar-se à experiência italiana, o contrato de *subfornitura* (sub-fornecimento), com previsão na Lei 1.192/1998; a disciplina dos atrasos de pagamento nas transações comerciais (Decreto Legislativo n. 231/2002); e o contrato de filiação comercial (Lei 129/2004), a partir dos quais se pretende edificar a categoria dos contratos de empresa.

Tudo isto leva a propor um novo paradigma geral de contrato, definido como “contrato com assimetria de poder contratual” para melhor evidenciar o núcleo constituído pela condição intrínseca de fraqueza de uma parte em respeito à outra. A tendência da doutrina e da jurisprudência européia para alargar os limites da noção de consumidores demonstra, do resto, instrumental ao alcance de um modelo geral de contrato: o fim perseguido por tal ten-

dência, de fato, é aquele de colocar os pressupostos para projetar o contrato do consumidor na dimensão de um renovado direito comum mediante a extensão da normativa de proteção a sujeitos, talvez não institucionalmente fracos, e em expostos à agressividade comercial de empresa e de profissionais, mas não por este menos vulnerável frente aos riscos da contratação *standard* pela ausência de uma adequada informação, a qual, por exemplo, os entes sem fins lucrativos ou mesmo o profissional empenhado em procurar um bem ou um serviço para finalidade mista.

Como já antecipado, o paradigma do contrato do consumidor apóia-se, ainda, sobre presunção abstrata que a conclusão de um ato de consumo abarca uma disparidade de força contratual e, portanto, justifica intervenções normativas de figura corretiva. Isto o torna estruturalmente inadequado a candidatar-se a núcleo de uma nova disciplina geral do contrato dado que o direito comum, por sua natureza, deve resultar aplicável a qualquer contraente e em cada contexto, enquanto as normas de tutela do consumidor pressupõem uma específica situação de fato representada pela relação negocial unilateralmente predisposta entre sujeitos individuais sobre a base do diferente poder de incidir sobre o contrato, não somente em sede de conclusão, mas também em sede de execução do contrato.

Não basta objetar que a negação de um *status* social de consumidor confere à normativa consumerista a vocação de direito geral desde o momento que qualquer um pode se vestir de consumidor e, de fato, é suficiente relevar que o legislador comunitário escolheu uma técnica normativa que, com a dedução da posição de consumidor a condição de fraqueza contratual, renunciou ao caráter da generalidade, escolhendo como fator de aglutinamento não diretamente a situação de desequilíbrio dos direitos e dos deveres, mas uma particular tipologia de atos negociais, e precisamente dos atos de consumo, e em tal modo tem

definido de maneira muito específica sobre o plano subjetivo os acontecimentos do movimento que procede a disciplinar.

O esquema que deverá ser adotado, então, é aquele no Código Civil italiano das cláusulas vexatórias do art. 1.341, do CC, ou da rescisão para estado de perigo do art. 1.447 e para estado de necessidade do art. 1.448 ou, ainda, do *gap* informativo que se pretende parte para via de incapacidade e erro grave ou dolo, como causas de anulação do contrato (arts. 1.425 e ss. do CC). É esta a via escolhida pelos *Principles of European Contract Law* (PECL), que, ao regular a matéria das cláusulas abusivas, repudiam o critério seletivo do referimento a uma tipologia de atos negociais, individuados através de uma figura de um sujeito, ora o consumidor ora o cliente, tipificado como parte fraca, acolhendo aquele pelo significativo desequilíbrio nos direitos e nas obrigações fruto de uma conduta contrária a boa-fé e a correteza (art. 4:110); e introduzem, além disso, a espécie do injusto proveito e da vantagem iníqua de uma parte em virtude a dano de outra, na qual assume relevo a situação de dependência ou de necessidade da parte em desvantagem, que é ou deveria ser de conhecimento da parte beneficiada (art. 4:109).

O PECL recepcionou, no modo mais correto, a instância difusa da elaboração de um modelo geral de contrato com assimetria de poder contratual que, no ordenamento italiano, se vale da extensão analógica da normativa sobre o contrato do consumidor também às relações entre empresa

conotadas pela disparidade de poder contratual: a extensão é justificada pela afinidade de fato e da equivalência das necessidades de tutela subordinadas seja pela disciplina das cláusulas abusivas, seja pela disciplina de abuso da dependência econômica nas relações de terceirização entre empresa, já que em ambos os casos a proteção se origina de um excessivo ou, respectivamente, significativo desequilíbrio e se traduz no mesmo efeito de invalidade. Se de analogia se trata, é de *analogia legis* que se discorre e, portanto, não é legítimo cumprir o posterior passo da afirmação de um princípio geral de justiça contratual que acabará fatalmente por traduzir na imposição incontrolada de limites à autonomia privada nas quais as especificações vem enviadas à obra de concretização do juiz.

A discussão sobre possíveis cenários do direito contratual europeu e sobre elaboração de novas regras gerais destinadas a compor um renovado paradigma de contrato no qual adquire plena relevância a condição de desequilíbrio de poder entre as partes tem encontrado alimento não somente no direito de fonte comunitária, mas também nas codificações privadas ou fontes científicas que quer dizer: Princípios UNIDROIT e PECL. O debate é aceso na Itália, sobretudo sobre a função de ensinar à cláusula geral de boa-fé-correteza – os quais os dois testes farão amplo recurso – e, de consequência, sobre natureza das relações entre autonomia privada, lei e jurisprudência.