

# Espaço Discente

## OS PRINCÍPIOS PECULIARES DO DIREITO COMERCIAL E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

ALEXANDRE STAGNI • ANDRÉ COUTINHO NOGUEIRA

CAIO CABELEIRA • ELBER CHRISTIAN OUCHANA

GUILHERME AMADO GOMES

*1. Apresentação. 2. Introdução. 3. Evolução histórica da interpretação dos contratos comerciais na doutrina e na jurisprudência brasileiras. 4. Os princípios do direito comercial como fonte de Direito na jurisprudência brasileira. 5. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: impactos e influências. 6. O direito comercial e o Código de Defesa do Consumidor: 6.1 Da proteção da parte hipossuficiente – 6.2 Da regulação do mercado. 7. Do conceito de “consumidor”. 8. Da configuração (ou não-configuração) da empresa como consumidor na doutrina e na jurisprudência brasileiras. 9. Conclusão.*

### **1. Apresentação**

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar e responder a algumas questões envolvendo o direito comercial, particularmente as relacionadas à unificação do Código Comercial com o Código Civil. Outro ponto fundamental refere-se a uma análise das consequências que o Código de Defesa do Consumidor, elaborado em 1990, trouxe às relações mercantis.

Com o intuito de discutir o tema proposto, foi feita uma pesquisa em torno da jurisprudência brasileira. Essa pesquisa restringiu-se basicamente a um intervalo de um século (início do século XX até os nossos dias), e em relação ao cunho espacial da mesma faz-se mister salientar que

ela englobou unicamente o território nacional, tentado abarcar, da melhor maneira possível, o maior número de Estados da União. Contudo, pode-se notar que, em sua maioria, os acórdãos pertencentes ao trabalho são oriundos do Estado de São Paulo, encontrados na *Revista dos Tribunais*, devido à maior demanda comercial que este Estado apresentou ao longo desse período da história do país. Por fim, vale destacar que a pesquisa foi de grande abrangência, porém só os acórdãos mais representativos e interessantes ao tema foram usados no trabalho. Assim, pode-se dizer que o presente trabalho caracteriza-se por ser uma obra de análise baseada em pesquisa qualitativa e minuciosa, e não quantitativa.

Quanto à organização desta peça, é relevante ressaltar que foram selecionados

os trechos mais importantes das decisões colacionadas para integrar a parte principal do trabalho, sendo numeradas ao final. Essa numeração destina-se a facilitar a leitura, constando ao final do trabalho a indicação das peças a que ela se refere.

O último ponto a ser ressaltado nesta breve apresentação consiste em dizer que o trabalho não foi feito de forma estanque, ou seja, as diversas questões que serão levantadas em nossa "Introdução" foram sendo respondidas ao decorrer da obra, respeitando uma linha lógica e visando à facilitação da compreensão do tema.

## 2. Introdução

O tema deste trabalho concerne em discorrer e fazer uma pesquisa jurisprudencial acerca do seguinte tema: "Os princípios peculiares do direito comercial e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais".

Para tanto, devemos adentrar uma análise histórica jurisprudencial tanto da evolução dos contratos comerciais quanto do direito do consumidor, para que, assim, se possa identificar e compreender os princípios peculiares de cada matéria e as recíprocas influências que exercem.

Será o direito do consumidor ramo do Direito criado pelo Código de Defesa do Consumidor, em 1990, ou se trata de uma matéria existente no ordenamento há mais tempo? Qual seu verdadeiro impacto no direito comercial? Em que casos a jurisprudência aplica o Código de Defesa do Consumidor em contratos comerciais? Quais os motivos? Estaria o Código de Defesa do Consumidor aviltando a lógica mercantil? Qual a relação da evolução da interpretação dos contratos comerciais com o Código de Defesa do Consumidor?

São estas as questões que este trabalho busca responder por meio de pesquisa em doutrina e jurisprudência de todo o século XX e do século XXI.

## 3. Evolução histórica da interpretação dos contratos comerciais na doutrina e na jurisprudência brasileiras

Os contratos, como instrumentos de facilitação e regulação das trocas econômicas, desenvolveram-se, ao longo dos séculos, como um retrato da realidade social. Isto significa dizer que o surgimento e o aperfeiçoamento dos mesmos não foi fruto de uma construção teórico-hipotética de um grupo especializado de indivíduos engajados na matéria, mas, sim, de um aperfeiçoamento natural que se deu de acordo com as exigências das práticas sociais.

Sob a influência do Liberalismo do século XVIII, os contratos baseavam-se na idéia de que as partes tinham total autonomia para contratar, uma vez que eram consideradas em igualdade de condições. Tanto compradores como vendedores eram vistos como agentes conscientes, que buscavam os objetivos almejados com as mesmas possibilidades. Essa era a expressão da doutrina da Economia Clássica, tendo como principal expoente Adam Smith. Pode-se notar claramente que tal entendimento das relações contratuais visava a valorizar a autonomia da vontade, ou seja, tudo decorria e obrigava as partes a partir de suas manifestações livres, sem vícios de consentimento.

Estado e sociedade estavam totalmente separados. Aquele servia apenas para fazer valer as pretensões avançadas pelas partes no contrato. Pouco importava que o estabelecido fosse ou se tornasse muito oneroso para algum pólo da obrigação, restando apenas o cumprimento incondicional do contrato, uma vez que esse era lei entre os contratantes. Era o princípio *pacta sunt servanda*: os contratos foram feitos para serem cumpridos.

Tal dogma estende-se por séculos, não apenas na doutrina, mas principalmente na resolução de litígios. Como se pode ver na análise da jurisprudência brasileira, é vasta a quantidade de decisões que se baseiam

nesse princípio. Podemos apontar um acórdão de suma importância julgado pela Corte Suprema brasileira, datado de 1935. [V. Anexo, N. 1] Nesse caso, uma companhia encomendou com um cotonificio a compra e entrega de 120 caixas de brim e 100 fardos de riscado. Após certa quantidade do que foi estipulado ter sido entregue, a parte compradora pediu o cancelamento da entrega do restante e, conseqüentemente, a rescisão do contrato alegando que, em decorrência da “Gripe Espanhola”, que constitui indiscutível força maior, não conseguiria revender a mercadoria e, portanto, cumprir o contrato. A Corte decidiu, confirmando a decisão de primeira instância, que, mesmo a obrigação tornando-se excessivamente onerosa para o comprador, ela deveria ser cumprida, pois não havia se tornado absolutamente impossível de ser adimplida.

Obviamente se pode perceber nesse acórdão que o princípio *pacta sunt servanda* foi aplicado tacitamente. A gripe, que assolou a cidade, tornou-se uma epidemia, comprometendo a vida econômica e impedindo as trocas comerciais. Contudo, não foi o suficiente, segundo a interpretação da Corte, para justificar a rescisão do contrato, como se pode analisar:

Não tenho dúvida em admitir a notoriedade do facto invocado pelos appellantes. A epidemia constituiu, realmente, uma calamidade publica, de larga extensão, e a ella se referiram a imprensa de todo paiz e diversos actos officiaes.

Mas para a extinção da obrigação não era bastante houvesse occorrido aquella epidemia e sim que dahi tivesse resultado a impossibilidade da execução.

(...). A paralyzação dos negocios, pois, por si só, não justifica a recusa oposta pelo comprador ao recebimento da mercadoria, e muito menos autorizava o cancellamento da encomenda.

(...). É, porém, manifesto que tal epidemia não os impedia ineluctavelmente de cumprir a contra-prestação que lhes competia: o pagamento do preço da

encomenda convencionado e pedido na presente acção.

(...). Assim posta a questão, torna-se patente que a allegada epidemia não impossibilitou, por parte delles, reus appellantes, o cumprimento do contracto por parte delles; tornou o contracto menos conveniente, menos vantajoso; quiza desvantajoso para elles. Semelhante desvantagem, porém, mesmo imprevisita, mesmo imprevisível, não autoriza de modo algum, em Direito, a rescisão dos contractos. [N. 1]

Tais argumentos, como se pode notar, expressam a força obrigatória dos contratos na teoria clássica, vinculando as partes ao seu cumprimento incondicionalmente, a não ser que a mesma vontade recíproca, que os vinculou, venha a liberá-los através de um novo acordo, em consonância com os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa: “(...) concluído o contrato, deve ele permanecer incólume, imutável em suas disposições, intangível por vontade unilateral de um dos contratantes”<sup>1</sup>.

No caso, é notório que a situação se tornou por demais dificultosa para o comprador, perdendo toda a razão de ser do contrato. Contudo, o vínculo obrigacional continua vigorando, e não pode ser alterado, senão de comum acordo. Como destaca Cláudia Lima Marques: “(...) se o consentimento viciado não obriga o indivíduo, o consentimento livre de vícios o obriga de tal maneira que, mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, não poderá ele, na visão tradicional, recorrer ao Direito a não ser em casos especialíssimos de lesão. Os motivos que levaram o indivíduo a contratar, suas expectativas originais, são irrelevantes”<sup>2</sup>.

Disso decorre o caráter individualista da interpretação dos contratos ao admitir

1. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 7ª ed., 2007.

2. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais*, 5ª ed., 2006.

que as partes se obrigaram unicamente por vontade própria, seguindo o princípio da livre estipulação das cláusulas e da liberdade de forma. Portanto, não cabe ao juiz e ao Estado a função de dar mais equidade às relações estabelecidas, mas apenas determinar que a vontade estipulada pelas partes seja realizada. Assim mostra uma decisão proferida pelo STF em 1922 na qual a Corte, valendo-se do princípio *optima est lex quae minimem relinquit arbitrio iudicis*, decidiu, por unanimidade, não reconhecer a ocorrência de força maior que justificasse o não-cumprimento do contrato. Por mais que a I Guerra Mundial tivesse atrapalhado de forma substancial a entrega da mercadoria, e mesmo tendo o vendedor entregue 99% da quantia combinada, a Corte decidiu, agora por maioria, que a multa deveria ser aplicada integralmente, exatamente como estabelecida na cláusula contratual, ou seja, sem a possibilidade de redução segundo o arbítrio do juiz:

De acordo, quanto ao não-reconhecimento do caso de força maior e de novação do contracto, em consequencia da prorrogação de prazo concedido ao devedor. Vencido, porém, quanto á redução da multa.

(...). Não me pareceu que, no caso, se justificasse o arbitrio: primeiro, porque se trata de questão commercial, regulada exclusivamente pelo direito commercial, que não cogitou da possibilidade de semelhante redução; segundo, porque, ao tempo do contracto, que é de 1916, não estava em execução o Codigoo Civil.

Devia, pois, ser observada a vontade das partes, conforme os termos do contracto que ellas celebraram. [N. 2]

Tal idéia também pode ser melhor exemplifica em decisão de 1923, na qual fica claro o papel do juiz:

Os juizes e tribunaes protegem a boa-fé enganada pela astúcia alheia no violar a lei, mas não tutelam aquelles que, no goso pleno de suas faculdades e direitos civis, firmam com outros negocios desvantajosos. [N. 3]

Nesse caso, os contratantes estipularam que as mercadorias, que estavam sendo adquiridas, corriam por conta e risco do comprador, ou seja, caso apresentassem defeitos, este não poderia pleitear indenização ou rescindir o contrato. Esse é o principio *caviat emptor*, em Inglês *let the buyer beware*, que era muito forte na interpretação dos contratos comerciais durante esse período. Como se encontra explicitamente na decisão:

(...) contrato em que ficou estabelecida a compra de mercadorias por intermédio da casa matriz em Nova York, "por conta e risco dos autores". Effectivamente, é assim. [N. 3]

Esta passagem evidencia os dois princípios já supracitados: a livre estipulação das cláusulas e a liberdade de forma. Segundo eles, as partes podem estabelecer, de acordo com sua vontade livre, o que bem consentirem, não importando que algo seja extremamente oneroso e venha a prejudicar de forma demasiada algum pólo da obrigação.

Diante de tais exemplos, é inconteste que a interpretação dominante dos contratos tinha por base o *pacta sunt servanda*. Assim, o contrato era lei entre as partes, restando ao juiz o papel de confirmá-lo, independentemente de causas supervenientes que onerassem demasiadamente as partes. Inclusive, a consideração de força maior ou caso fortuito, como justificativa para a rescisão contratual, somente era aceita em casos especialíssimos, aqueles nos quais se impossibilitasse absolutamente o cumprimento da obrigação.

Entretanto, esse entendimento modificou-se com o decorrer dos anos. As relações sociais tornaram-se mais complexas, necessitando de nova interpretação. Não era mais possível uma visão totalmente individualista do contrato, que desprezasse por completo as condições materiais das partes. Todas as trocas comerciais, por mais que importassem individualmente aos contratantes, também influenciavam o

restante da sociedade. As decisões supracitadas estão imersas numa ideologia liberal-individualista, que preponderava até o final da década de 20 do século passado, e a partir de então começou a perder força.

O ponto derradeiro desse pensamento foi a quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, que mostrou que o mercado, por si só, não era capaz de se auto-regular, acabando com a idéia da “mão invisível” que regulava o mercado naturalmente. Provou-se que este, sem controle externo, podia ser autodestrutivo. Logo, surgiu a necessidade de regular as relações individuais (principalmente de ordem econômica), ou seja, o contrato. É patente fazer uma análise global deste, analisando-o como pertencente a um sistema, e não averiguando somente as vontades das partes. Faz-se mister relacionar o contrato com o sistema inteiro, a fim de chegar a um bem comum a todo o mercado. É nesse momento histórico que o Governo Vargas implanta no Brasil as primeiras leis objetivando a regulação do mercado, intervindo nos contratos e na economia em geral, sempre buscando o melhor desenvolvimento destes. É o Direito como instrumento de engenharia social.<sup>3</sup>

Ocorre um abrandamento do princípio *pacta sunt servanda* e ganha força o princípio da cláusula *rebus sic stantibus* (“permanecendo as coisas assim”). Esta tem características semelhantes a alguns princípios que já podiam ser observados mesmo anteriormente à Idade Média, atuaram em alguns períodos do Direito Romano e, posteriormente, acabaram perdendo força. Após uma lacuna temporal de muitos anos, é possível constatar seu retorno após a I Guerra Mundial, onde a certeza do cumprimento das relações comerciais tornou-se mais falível. Podemos citar também uma lei surgida na França em 1918, *Lei Falliot*, “que autorizou a resolução dos contratos concluídos antes da Guerra porque sua

execução se tornara muito onerosa”.<sup>4</sup> Devemos atentar para o fato de que se trata de uma questão delicada, pois, ao mesmo tempo em que se almeja proteger as partes de encargos excessivos, não se pode deixar que maus devedores se aproveitem de um princípio de socialização dos contratos para usarem isto em benefício próprio, alterando e prejudicando o fluxo das relações econômicas. Portanto, deve-se fazer uma análise caso a caso, com participação ativa e intensa do magistrado.

Na verdade, a aplicação dessa cláusula é restrita a certos contratos e condições, necessitando de alguns requisitos para que seja aplicada. Os três principais são: primeiro, o contrato deve ser de longa duração ou de execução sucessiva; segundo, mudanças drásticas e imprevisíveis (no padrão do homem ativo e probo) nas condições econômicas existentes no momento da celebração;<sup>5</sup> terceiro, ocorrência de excessiva onerosidade para uma das partes, devido ao acontecimento imprevisível. Como discorrem acórdãos da egrégia Corte:

*Ementa: Rebus sic stantibus* – Pagamento total prévio. 1. A cláusula *rebus sic stantibus* tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda e inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. 2. Não há margem de apelo à teoria da imprevisão, feito em 1964, para reajuste de preço fixado em 1963 com pagamento total e prévio.” [N. 4]

*Ementa: Rebus sic stantibus* – Empréitada. 1 – É certo que a jurisprudência dos tribunais já tem admitido a regra *rebus sic stantibus* em contratos de prazos longos e pagamentos periódicos suces-

4. Para maiores detalhes, v. Sílvio da Salvo Venosa, *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 7ª ed., pp. 433 e ss.

5. Ronaldo Caldeira Xavier, *Português no Direito*, 10ª ed, p. 194.

3. Nesse sentido: José Reinaldo de Lima Lopes, “Raciocínio jurídico e Economia”, *Revista de Direito Público da Economia* 2-8/137-170.

sivos no curso do tempo, presumindo-se imprevisível o colapso da moeda por circunstâncias supervenientes. II – Mas isso não é aplicável à empreitada a prazo breve, com pagamento imediato e realizado, tudo numa época em que o Estado determina cada ano a extensão da perda do poder aquisitivo – Nesse caso, o empreiteiro deve queixar-se de sua imprevidência ou da sua imperícia em calcular a projeção da curva inflacionária.” [N. 5]

Notamos pelos acórdãos que tal abrandamento da força do contrato não é utilizado pelos tribunais sem minuciosa atenção ao caso concreto. O objetivo dessa cláusula não é excluir o risco e o erro dos contratos, pois estes são de vital importância para o próprio desenvolvimento das relações econômicas. Segue acórdão do STF:

*Ementa:* Cláusula *rebus sic stantibus*. A cláusula aplica-se aos contratos de empreitada. A cláusula só ampara o contratante contra alterações fundamentais, extraordinárias, das condições objetivas em que o contrato se realizou. *Ela não visa, porém, a eliminar riscos de negócio, riscos inerentes ao próprio sistema econômico* vigente no país. No caso, o recorrente não perdeu, deixou apenas de ganhar aquilo que, pelo seu cálculo, seria seu justo lucro. Mas a doutrina da imprevisão não objetiva reajustá-lo. Ainda no caso em apreço não era imprevisível o aumento do salário mínimo – Recurso conhecido e provido para julgar a ação improcedente. [N. 6]

O real objetivo da teoria da imprevisão (decorrida da cláusula *rebus sic stantibus*) é diminuir custos de transação, pois se o agente, ao celebrar os contratos, incluisse no seu preço todos os riscos possíveis de seu negócio, aqueles se tornariam demasiadamente onerosos. O custo para o Estado e, em consequência, à população de celebrar algum contrato de concessão de rodovias, por exemplo, seria enorme. É o caso da *Lei Falliot*, supracitada, no qual o Governo viu-se na necessidade de rever os contratos feitos com empresas que

prestavam serviços públicos, como o de iluminação, devido à súbita alta do preço do carvão por causa da guerra.<sup>6</sup>

Outro objetivo, não menos importante, era impedir a destruição injusta de um dos agentes econômicos em prol do outro. Caso isso ocorresse, o mercado, de modo geral, perderia, já que não seria interessante para o sistema perder agentes econômicos geradores de riquezas (emprego, produção, consumo). Vejamos um exemplo jurisprudencial, também do STF, de aplicação dessa cláusula em contrato comercial:

*Ementa:* Compra e venda de cacau – Teoria da imprevisão aplicada pelo Tribunal recorrido, com base no exame dos elementos dos autos e em face de maxidesvalorização do Cruzeiro – Reexame vedado – Compensação determinada em embargos de declaração, não objeto do pedido, nem de debate das partes, e, pois, *ultra petita*, atacada em recurso extraordinário que aditou interposto contra a apelação – Recurso extraordinário contra o acórdão da apelação não conhecido – Recurso extraordinário contra o acórdão dos embargos conhecido e provido, restaurado o acórdão da apelação. [N. 7]

Observemos a nítida diferença entre a decisão N. 7 e a decisão N. 1. Nesta, um Juiz reconhece a gravidade da epidemia e da calamidade pública que se instalou na cidade; todavia, não reconhece que tal fato (de força maior/caso fortuito) poderia impossibilitar a obrigação. Enquanto que naquele a “maxidesvalorização” da moeda já se dá como motivo suficiente para que se reexaminasse o contrato.

Diante do exposto, podemos relacionar o ressurgimento da teoria da imprevisão com o *welfare-state*, e o conseqüente princípio da função social do contrato. Segue decisão do ano de 1947:

Pela teoria da imprevisão, que o sistema do nosso Código Civil não re-

6. Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, *O Estado, a Empresa e o Contrato*, 2005.

pele, antes consagra, o que se deve procurar nos contratos é a comum intenção das partes, de modo a cessar a obrigação destas sempre que a primitiva situação econômica venha a sofrer profunda e imprevista modificação.

(...). Não há dúvida quanto às datas e aos acontecimentos referidos na inicial. Restringe-se, portanto, a controvérsia em serem ou não tais acontecimentos capazes de alterar tão profundamente as relações econômicas entre as partes contratantes que estas, por elevado princípio de “equidade e boa-fé”, estariam obrigadas a “rever” as cláusulas por elas aceitas, para que com essa revisão se evitasse o injusto locupletamento de uma delas à custa do empobrecimento da outra.

(...). Pela teoria da imprevisão concede-se ao juiz a faculdade ou tarefa de rever o contrato desde que acontecimentos imprevisíveis ou imprevisíveis alteraram as circunstâncias em que o vínculo se tinha afirmado e acarretaram para o obrigado uma “onerosidade excessiva” da prestação.

(...). A referida sentença, ainda salientando que os fatos são mais fortes que a lei (Cornil) e que é suprema tortura para o julgador sentir-se impotente para adaptar as regras aos fatos, e conciliar seus sentimentos de justiça com o sistema legal a que tem que recorrer, decidiu-se pelo conceito do contrato como função de solidariedade humana, ao invés de ater-se ao “fetichismo da vontade individualista que atravancou o direito civil durante o século XIX, na expressão de Demogue”. [N. 8]

Nota-se claramente a presença da função social ou, mesmo, socializadora do contrato, que atenta no sentido de manter um mínimo do equilíbrio econômico garantidor da harmonia social. Agora, visa-se a dar mais importância aos fins do contrato, ao invés de meramente assegurar o cumprimento do dogma da autonomia da vontade, o qual se encontrava em crise. Tal entendimento vem com o intuito de suprir as necessidades da nova realidade social do século XX, uma vez que o contrato clássico

co não correspondia mais às expectativas, tanto econômicas como sociais. Em suma: “O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve de se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual”<sup>7</sup>.

Mas, como assevera o acórdão acima, [N. 8] esta vertente deve ser aplicada somente em situações realmente imprevistas e que acarretem uma onerosidade excessiva para alguma das partes, pois a banalização desta técnica pode, ao contrário do que se objetivava, desestruturar o sistema de trocas econômicas e levar a uma insegurança jurídica.

Esses princípios, tal como o da boa-fé objetiva na formação e execução das obrigações, serão, diferentemente da teoria clássica dos contratos, implementados de forma direta através da ingerência do Estado. Agora, o dogma da autonomia da vontade encontra-se, frente aos princípios da justiça e do equilíbrio contratual, relativizado, assim como o princípio *pacta sunt servanda*.

Tal evolução da jurisprudência consagrou-se, particularmente no Brasil, em face do novo diploma constitucional de 1988, a Constituição-cidadã, que visava a estabelecer a justiça social em todos os campos, inclusive nos contratos, através de uma maior equidade nas relações econômicas.

É o que se pode notar no julgamento do REsp 37.277, de 1993:

Sr. Presidente, uma lei, como se sabe, é fruto da vida social e se destina a reger a própria sociedade de onde ela promana. Nenhuma lei, como a Lei de Luvás, que é de 1934, pode ser interpretada tal qual ela foi elaborada. Os tempos são outros. Tudo mudou. Sua interpretação tem que se amoldar ao momento de sua concreção, sob pena de seu estiolamento. É a interpretação progressiva.

7. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais*, 5ª ed., 2006.

(...). Ora, não é pelo simples fato de uma norma (art. 31) falar em "prorrogação" que se vai, décadas depois, entender que o caso concreto estaria sob a sombra de tal dispositivo. A invocação da cláusula *pacta sunt servanda*, no caso concreto, se traduziria em gritante injustiça e desequilíbrio contratual. [N. 9]

Caso tivesse sido adotada a interpretação literal do contrato e da referida lei – ou seja, interpretação exegética –, estabelecer-se-ia uma notável desigualdade contratual. Ao se estipular o contrato entre locador e locatário, em 1972, combinou-se uma determinada quantia a ser paga por um período de 20 anos, ou seja, até 1992. Contudo, antes do final do prazo estabelecido, em 1990, o locador pleiteou uma ação revisional na Justiça com o propósito de adequar o aluguel à desenfreada inflação verificada à época. Mesmo o contrato tendo sido assinado durante a vigência da Constituição anterior, o Tribunal entendeu que, para evitar que uma parte saísse enriquecida perante a outra e ocorresse uma injustiça, se deveria dar uma interpretação mais teleológica ao caso concreto, ou seja, mais de acordo com a nova ordem constitucional. Isto significa que o princípio *pacta sunt servanda* já não é mais absoluto como antigamente, podendo ser relativizado em casos em que a excessiva segurança jurídica se torna um fator prejudicial ao mercado. De acordo com a teoria clássica dos contratos e a análise das decisões Ns. 1, 2 e 3, tal entendimento seria inadmissível. O abrandamento do *pacta sunt servanda* só era aceito em casos de extrema gravidade, nos quais a força maior ou o caso fortuito impossibilitavam absolutamente a obrigação.

Da mesma forma se decidiu no julgamento do REsp 32.639, de 1993:

O princípio – *pacta sunt servanda* – deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula *rebus*

*sic stantibus* cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes. A Lei de Locação fixou prazo para a revisão do aluguel. Todavia, se o período, mercê da instabilidade econômica, provocar dano a uma das partes, deve ser desconsiderado. No caso dos autos, restara comprovado que o último reajuste do preço ficara bem abaixo do valor real. Cabível, por isso, revisá-lo judicialmente. [N. 10]

Diferentemente do pensamento liberal-clássico anterior, cabe ao magistrado, agora, interpretar o contrato e adaptá-lo à realidade sócio-econômica. Deve-se tentar buscar a função social do contrato, elevada a princípio constitucional (art. 1º, IV). Não se pode analisar o contrato como algo único e independente, que interessa somente às partes. Todo contrato está inserido numa lógica sistêmica – e, conseqüentemente, influi e é influído pelo todo. É a busca pela harmonização dos contratos numa ordem social. Contudo, essa flexibilização da interpretação dos contratos pode gerar efeitos maléficis para o sistema. Pois, ao mesmo tempo em que se protege um equilíbrio contratual, sanando-se situações imprevistas que prejudiquem por demais uma das partes, gera-se também uma distorção, uma vez que pode o juiz modificar o que foi contratado.

Daí vem a importância de sopesar os princípios, não se esquivando excessivamente da força obrigatória dos contratos, que, apesar de flexibilizada em certos casos, como os dois vistos acima, ainda é, e continuará a ser, forte instrumento de diminuição de insegurança jurídica e de imprevisibilidade. Seria desastroso permitir que uma das partes do contrato se esquivasse de suas obrigações apoiando-se em justificativas infundadas e não respaldadas por motivos imprevisíveis.

De tal sorte, mostra o REsp 46.723 [N. 11] um contrato de compra e venda de bem imóvel no qual a recorrente requer a revisão de uma cláusula contratual argumentando que a indexação monetária prevista

nessa está aquém da inflação no período. Contudo, a Corte decidiu por não conhecer do recurso, alegando que não eram totalmente imprevisíveis as mudanças econômicas, uma vez que na época do contrato o país já se encontrava numa situação de grande instabilidade. Argumentam os Ministros que ainda era possível o adimplemento do contrato, ainda que mais oneroso para a construtora, e que não se aplicava a cláusula *rebus sic stantibus*, pois já havia um índice preestabelecido. Assim sendo, a construtora assumiu o risco, não cabendo ao Tribunal reparar danos advindos de situações admissíveis, como segue:

O resultado financeiro pode não ter sido o almejado, mas não foi de molde a impedir o término do empreendimento, inserindo-se aquele no risco de atividades a serem exercidas no transcorrer de um certo tempo, risco, esse, que não pode ser partilhado com os promitentes compradores.

(...). Entende-se, portanto, não ser o caso de aplicação da teoria da imprevisão como justificativa para revisão do contrato. [N. 11]

Fica claro que a evolução da interpretação dos contratos não tem como impeto anular por completo o risco inerente ao sistema, mas, sim, excluir os danos provenientes de situações totalmente imprevisíveis, que, por sua vez, trariam prejuízos ao mercado e à economia em geral.

Portanto, a ingerência do Estado no estabelecimento de normas cada vez mais concretas e funcionais, ao invés de meramente conceituais, não tem como objetivo dificultar o estabelecimento e desenvolvimento das relações contratuais com os mais diversificados interesses, mas, pelo contrário, visa a que os acordos particulares não resultem em detrimento dos interesses da sociedade e do próprio mercado como um todo.

Feita essa breve análise sobre a evolução da interpretação dos contratos, res-

ta, agora, nos voltarmos, particularmente, para os contratos comerciais. Primeiramente, devemos lembrar que as mudanças supramencionadas mostram uma evolução da sociedade como um todo. Ou seja, não há dúvidas de que tais mudanças influenciaram diretamente os contratos mercantis, não obstante o fato de eles pertencerem a uma lógica totalmente particular. Assim, o deslocamento de foco que se deu com o decorrer dos séculos, de uma visão mais individual do contrato para um olhar mais amplo e social do mesmo, influenciou a maneira pela qual as trocas mercantis são interpretadas.

Podemos apontar Pothier como o nome responsável pelas primeiras regras de interpretação dos contratos no Brasil. Seu pensamento foi o alicerce para uma evolução que desembocou, mais tarde, no art. 131 do CComercial de 1850. Neste artigo estavam expressas as bases de interpretação dos contratos mercantis; ou seja, caso alguma incerteza surgisse quanto ao negócio jurídico, a mesma deveria ser sanada respeitando certos princípios. Entre eles podemos apontar a boa-fé, os usos e costumes, a verdadeira natureza do contrato e, entre outros, o negócio firmado como fonte elucidativa da vontade das partes.

Além dessas regras do art. 131, os contratos comerciais sempre foram interpretados pelo próprio regimento do sistema, fazendo com que, desse modo, as expectativas oriundas do próprio mercado sempre fossem levadas em conta. Há uma racionalidade econômica inerente aos comerciantes e empresários, que, ao contratarem, esperam uma certa conduta. Dessa forma, a jurisprudência consolidou o entendimento de que a legítima expectativa deve ser respeitada, não cabendo aos juízes ferir de forma avassaladora a lógica mercantil. Claro que, como exposto anteriormente, algumas vezes cabe ao magistrado fazer uma interpretação teleológica do contrato, buscando sua “verdadeira alma”, mesmo que essa fira o princípio da legítima

expectativa. Contudo, principalmente nos contratos mercantis, esses casos devem ser analisados com extrema prudência.

Outra questão que deve ser levada em consideração ao se interpretar um contrato é a função econômica do negócio mercantil. Na mesma linha que a legítima expectativa, o agente econômico prevê suas jogadas com base no comportamento dos demais, possibilitando que o sistema tenha bases sólidas e seguras. Ou seja, a intenção não é excluir o risco da jogada, mas, sim, criar um mercado que permita a “objetivação do comportamento do comerciante”.<sup>8</sup>

Vale lembrar que toda essa lógica do agente econômico (do homem ativo e probo) evoluiu durante séculos de trocas mercantis, consolidando uma base sólida que possibilita a atuação no mercado com segurança jurídica. Daí provém o fato de que as interpretações dos contratos comerciais devem obedecer a essa mentalidade, propiciando, dessa maneira, a manutenção do mercado.

Com base nessa lógica mercantil e, particularmente, no art. 131 do CComercial de 1850 é que o Poder Judiciário pautou suas decisões envolvendo a interpretação dos contratos comerciais. Contudo, com o Código Civil de 2002 o referido artigo teve seu texto original totalmente modificado. Conseqüentemente, estamos em um período de transição, onde as antigas certezas jurídicas sofrerão algumas mudanças, uma vez que o texto legislativo é outro. Neste novo diploma são quatro os artigos (arts. 112, 113, 114 e 423) relacionados diretamente à interpretação dos negócios jurídicos. Muitas das antigas certezas encontram-se, agora, em bases não tão sólidas como anteriormente, restando, assim, para o magistrado o papel de solidificar uma nova jurisprudência em relação a esses artigos.

8. Paula Andréa Forgioni, “A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro”, *RDM* 130/32.

Tais decisões deverão levar em conta a racionalidade do agente econômico, ou seja, devem se pautar na jurisprudência do extinto Código Comercial e, principalmente, considerar a lógica mercantil que há anos se respeita no Brasil.

Um exemplo dessa mudança é o art. 421 do CC de 2002, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A *função social do contrato* já foi anteriormente tratada. Porém, o que devemos salientar neste momento é o fato de ela estar expressa no atual Código. Apesar desse aspecto social do contrato já estar há anos pautando as decisões dos juízes, o que muda, agora, é o fato de ele estar positivado e, conseqüentemente, se tornar obrigatório nas futuras interpretações dos negócios jurídicos. O que antigamente não era nem imaginado pelos agentes econômicos, no novo diploma brasileiro é lei.

Apesar de essa mudança ser, de certa forma, notória, não é de alarmar. A própria jurisprudência, no decorrer do século passado, modificou o entendimento sobre os contratos. Além dos acórdãos elencados acima, um outro exemplo claro é a dissolução e liquidação das sociedades de cotas. No extinto art. 335, V, do CComercial estava expresso que: “As sociedades mercantis reputam-se dissolvidas por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado”. Quando esse artigo foi criado ele determinava a dissolução total de uma sociedade caso um dos sócios, mesmo que minoritário, decidisse sair da mesma. Esse artigo pode até parecer absurdo à primeira vista, porém ele é fruto da mentalidade dominante na época em que foi redigido.

A teoria por trás desse artigo é a de que, segundo Rubens Requião, o sócio não pode permanecer preso à sociedade por tempo indeterminado. Assim, prevalece a autonomia da vontade. Ou seja, extinta a *affectio societatis* por parte de um dos sócios e sendo a sociedade por tempo inde-

terminado, o lógico era fazer a dissolução total desta. Esse direito é, inclusive, assegurado pela CF, que em seu art. 5º garante a todos a liberdade de se associar para fins lícitos; mais que isso, ninguém poderá ser compelido a permanecer associado.

Contudo, através de um belíssimo trabalho jurisprudencial, o inciso V do art. 335 foi interpretado, e se começou a aceitar pedidos de dissolução parcial com base no argumento de que não fazia sentido a dissolução total de uma sociedade comercial pela dissidência de apenas um dos sócios. Pois, caso permaneça a *affectio societatis* entre os sócios remanescentes, não há motivos para se desconsiderar a importância social da empresa, em prol do interesse particular de um dos sócios. Tal movimento jurisprudencial pode ser notado pela análise do acórdão seguinte, de 1959:

(...) para decidir que a dissolução e liquidação de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada não é admissível contra a vontade da maioria, devendo-se antes, em nome da inegável evolução social do Direito, proteger a sociedade contra a vontade nitidamente individualista do Código Comercial de 1850. E não se pretenda tratar-se uma situação isolada. Nesse sentido, isto é, numa interpretação mais consentânea do interesse coletivo, têm se pronunciado os tribunais do país (...). [N. 12]

Tal acórdão evidencia a função social do contrato. E, apesar de só agora tal princípio estar positivado no Código, sua aplicação já vem de longa data. Baseando-se no interesse da coletividade, e levando em conta o aspecto social das empresas, a jurisprudência direcionou-se no sentido de um abrandamento do inciso V do art. 335. Assim, a dissolução parcial da sociedade foi a saída encontrada para se respeitar os dois princípios constitucionais. Mais que isso, a dissolução parcial é de extrema importância para o próprio mercado, quando se atua no sentido de preservar as empresas já existentes; na verdade, estimula-se a circulação de bens e a própria concorrência,

ou seja, estamos falando de um verdadeiro interesse social.

A conclusão a que podemos chegar em relação à positivação da função social do contrato no Código Civil de 2002 não é de alarmar, pois, como apontado acima, tal conceito já estava servindo de princípio para as decisões judiciais. Assim, apesar de o aspecto social do contrato agora ser lei, essa mudança não irá causar grande insegurança para o mercado.

Já não é possível dizer o mesmo sobre o art. 423 do novo diploma brasileiro, *in verbis*: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Essa foi uma mudança mais drástica do legislador, e merece análise detalhada. No revogado CComercial de 1850, em seu art. 131, V, estava definido que, caso restassem dúvidas sobre o negócio jurídico, a interpretação das cláusulas contratuais deveria ser feita em favor do devedor.<sup>9</sup>

Primeiramente devemos fazer uma distinção básica entre *devedor* e *aderente*. Este apenas adere ao contrato, ou seja, não foi o estipulador das cláusulas contratuais; o outro em um contrato bilateral é o devedor da prestação principal. Um exemplo de que são dois conceitos diferentes é o fato de que em um contrato de adesão o aderente e o devedor podem se confundir na mesma pessoa.

Segundo Arnoldo Wald: “Contrato de adesão é aquele em que um dos contratantes, ou ambos, não tem a liberdade contratual para discutir os termos do contrato, podendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo, atendendo-se à própria natureza do contrato ou a determinações legais que fixam as condições dos contratos de certo tipo”.<sup>10</sup>

9. “Nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.”

10. Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*, 5ª ed., p. 174.

Os contratos de adesão são fruto da massificação das relações de consumo e, conseqüentemente, contratuais. Foram criados para atender às necessidades da nossa complexa sociedade, como a celeridade das relações, e, principalmente, diminuir os custos de transação. Esses contratos normalmente são caracterizados por uma situação de desequilíbrio entre as partes, como, por exemplo, a inferioridade econômica do consumidor. Essa forma contratual é, em sua grande maioria, usada para a regulamentação da oferta de produtos e serviços, tais como abastecimento de água, fornecimento de luz, telefonia etc. Assim, caracterizam-se pela hipossuficiência de uma das partes, ou seja, o consumidor se vê forçado a aceitar as cláusulas contratuais, pela total necessidade dos bens ofertados.

Contudo, os contratos de adesão não estão presentes apenas nas relações de consumo, mas, pelo contrário, são de extrema relevância para os contratos comerciais. Assim, a dúvida que caberá à jurisprudência sanar é se nos contratos mercantis, caso reste dúvidas sobre a interpretação das cláusulas contratuais, a interpretação deverá ser favorável ao aderente, mesmo não se caracterizando um desequilíbrio econômico entre as partes. Mais que isso, nos contratos comerciais que forem negociados entre as partes, sua interpretação não deverá favorecer mais o devedor? Apesar de essa questão ser muito pontual, sua resposta poderá nos levar a resultados desastrosos, dependendo de qual caminho a jurisprudência irá traçar.

#### **4. Os princípios do direito comercial como fonte de Direito na jurisprudência brasileira**

Para analisar os princípios do direito comercial devemos ter em mente que se trata de matéria com ramos bastante peculiares e que foi sofrendo uma evolução ao longo do tempo. Diz respeito a um ramo autônomo do direito privado, que assim

se constituiu por motivos históricos. Segue esclarecimento de Giuseppe Carle: "Do mesmo modo que o *ius genitum* (...), começou a desenvolver-se ao lado do *ius civile*, a formar um direito separado aplicável às relações jurídicas entre estrangeiros e depois entrou a inovar e acabou transformando inteiramente o direito civil, assim também o direito comercial surgiu em virtude de necessidades e exigências do comércio em tempos nos quais eram excessivas as cautelas e sutilezas do direito civil, enquanto os comerciantes, afastados de outra preocupação, criaram, a par desse direito, uma legislação de origem essencialmente consuetudinária, inspirada em novos princípios".<sup>11</sup>

Surgiu primeiro como um direito classista, que buscou suprir lacunas que o Direito Romano não preenchia. Era um direito da classe burguesa, dos então comerciantes, que começaram a ressurgir na Europa da baixa Idade Média, quando as condições econômicas e políticas se tornaram favoráveis ao desenvolvimento do comércio. Podemos citar como exemplos a grande injeção de capital que a Europa recebeu devido aos saques nas Cruzadas e ao restabelecimento das rotas comerciais com o Oriente e o incipiente processo de urbanização pelo qual passava o referido Continente.

Em tais circunstâncias, os comerciantes se organizavam em corporações que estabeleciam suas próprias regras de organização. Esta mobilização caracterizava-se por ser um direito dos comerciantes, ou seja, de caráter subjetivo, e seriam regidos pelos privilégios das leis de comércio somente os que fossem considerados como comerciantes, os que fossem inscritos nas corporações.

Com a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas na Europa, o

11. Giuseppe Carle, *La Dottrina Giuridica del Fallimento nel Diritto Internazionale*, p. 25, nota 1, apud José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I.

comércio se desenvolveu concomitantemente com o direito comercial e com a urbanização e expansão do poderio europeu pelo mundo. A segunda fase do direito comercial se dá após a Revolução Industrial e se consagra com o Código Napoleônico de 1807, o qual adotou a teoria dos atos de comércio, extensivos a todos que praticassem os atos previstos em lei, não importando quem os praticasse e se eram relativos à indústria, ao comércio ou a outras atividades econômicas. O direito comercial, então, “deixa de ser o direito dos comerciantes e passa a ser o direito do comércio”.<sup>12</sup>

Todavia, a teoria do ato de comércio tinha uma grande lacuna, eis que não incluía as atividades econômicas que não se dessem por comércio de bens. Ademais, com o aumento da complexidade das relações econômicas que se desenvolveu, essa teoria não conseguia mais responder às necessidades do mercado e da sociedade. Na atual fase do direito comercial perde-se o foco no ato de comércio, que se vira para a atividade mercantil. É a teoria do direito empresarial, que se relaciona com o exercício de atividade comercial, sob o controle do empresário.

Explanada de maneira breve a evolução do direito comercial como um todo, devemos, neste momento, nos ater aos princípios peculiares de maior relevância que regem esta matéria. Tais princípios estão intrinsecamente ligados ao provimento de segurança, previsibilidade e confiança, que, por sua vez, geram aumento do fluxo econômico e do desenvolvimento comercial.

Em primeiro lugar podemos citar a boa-fé, que se encontra presente desde os primórdios das relações comerciais como fator fundamental para o bom funcionamento das mesmas. Há duas concepções relacionadas à boa-fé: uma referente à von-

tade, ou seja, a condutas intencionalmente tomadas por indivíduos, que é a que alude à boa-fé subjetiva (na realização de um contrato, por exemplo, levam-se em conta aspectos volitivos das partes no tocante à celebração do mesmo, deixando um pouco de lado um seguimento literal da linguagem referida);<sup>13</sup> e uma outra concepção, que diz respeito à boa-fé objetiva, ou seja, nada mais, nada menos, que a “idéia de que não é legítimo defraudar a confiança do outro. Exige-se que cada um dos contratantes tome em consideração o interesse da contraparte”.<sup>14</sup>

É possível citar como exemplo um caso julgado em 1912 pelo TJSP no qual foi considerada improcedente a ação movida por um engenheiro contra a Câmara Municipal de Ribeirão Preto com o intuito de cancelar um acordo (rescisão de contrato) previamente firmado para construção de calçamento nos arredores da mesma:

(...) fundava o seu pedido na nulidade da escritura em erro substancial, pois, iludido pela Câmara quanto ao estado da construção e outros pontos (...).

(...) o Tribunal, como já fizera o Juiz da primeira instância, julgou improcedente a acção. Estava provado, por documentos e por testemunhas, que o engenheiro, quando realizou o negócio, se achava perfeitamente ao par da situação (...). [N. 13]

Mesmo não sendo configurado como um ato de mercancia, sua análise torna-se possível, uma vez que pode ser observada a aplicação do princípio da boa-fé objetiva pelo juiz, desconsiderando se o engenheiro, durante a celebração do contrato, tomou, ou não, os devidos cuidados para a realização de sua atividade profissional. Esta cautela deve estar implícita ao

13. Art. 112 do CC de 2002: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

14. Daniela Moura Ferreira Cunha, “Bona fides”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7674>.

12. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I.

seu exercício de trabalho, uma vez que o indivíduo que atua no mercado deve tomar as diligências necessárias no sentido de cumprir seu papel de forma adequada. Seria usual, por exemplo, que engenheiros atuantes celebrassem contratos sem uma prévia análise das situações, dos riscos e dos custos em questão? Esta é a indagação que deve ser feita para a interpretação dos contratos comerciais, e não se buscar a vontade, a intenção, do agente em si.

Assim, a análise da boa-fé objetiva deve ser vista como um elemento que garante que os sujeitos que estão se relacionando por meio do contrato irão nortear-se de acordo com uma linha correta e honesta. É esta linha ou mesmo esse padrão de comportamento que provê maior previsibilidade/segurança entre os entes, diminuindo, assim, os custos de transação e colaborando para o desenvolvimento econômico.

“(…) a boa-fé objetiva liga-se a *standards* comportamentais esperados do homem ativo e probo. Logicamente, a boa-fé que assume relevância para fins de interpretação dos negócios comerciais é a *objetiva*, na medida em que permite a *objetivação* da conduta esperada da outra parte e, conseqüentemente, um melhor cálculo (aumentando o grau de certeza e previsibilidade presente no mercado).”<sup>15</sup>

Ou seja, a *buona fides* tem que ser analisada não como um princípio de caráter moral, mas, sim, como um fator que afere segurança/previsibilidade e confiança nas relações mercantis.

Faz-se mister ressaltar a forte relação da boa-fé objetiva com os usos e costumes comerciais. Como a real vontade fica afastada da análise, levam-se em conta os hábitos comuns de determinado lugar ou determinada profissão, que são nada mais, nada menos, que os usos e costumes, como critério de avaliação de existência da boa-

fé. O agente agiu de acordo com o modo que seus semelhantes agem? Seu comportamento foi de acordo com o do homem ativo e probo? Tudo isso para que não se deixe as atividades mercantis à mercê de vontades particulares, facilmente modificáveis e passíveis de comportamentos condicionados a interesses particulares. Desta maneira confere-se maior grau de previsão às ações do agente com o qual se contrata.

Em acórdão do STJ de 2005 podemos notar esta relação entre a boa-fé objetiva e os usos e costumes:

(...).

“Apelação cível – Ação ordinária de resolução de contrato c/c antecipação de tutela – Reajuste de preço prefixado em contrato de compra e venda de soja – Imprevisão do aumento – Improvimento.

“1. As modificações normais causadas pela oscilação do preço do produto na bolsa de mercadorias, em razão dos mais diversos fatores, não podem ser havidas como imprevistas por nenhuma das partes; ao contrário disso, por ser um fato conhecido, que constantemente ocorre no mercado interno e externo, constitui a razão de o produtor contratar, antecipadamente, a venda da colheita futura de soja, estabelecendo margem razoável de lucro, através de prefixação do preço, garantindo-se contra variações abruptas que trariam insegurança à sua atividade produtiva.

“2. Não há que se falar em quebra do princípio da boa-fé ou de desequilíbrio financeiro do pacto se tal modalidade de contrato é largamente utilizada no meio rural.” [N. 14]

A seguir, cabe elencarmos um acórdão onde podemos notar claramente a presença dos usos e costumes utilizados como forma de princípio no norteamo da celebração das relações comerciais. Trata-se de caso, ocorrido na Bahia, no qual se acordou uma venda a termo de cacau. Neste caso, após a repentina alta do preço do produto, o vendedor, almejando obter um preço maior pelo acordo já firmado, alega, entre outros

15. Paula Forgioni, “A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro”, *RDM* 130/28.

motivos, que a venda havia sido condicionada de modo absolutamente informal e, portanto, sem qualquer requisito de validade. Entretanto, tinha-se como costume local a utilização deste *modus operandi*, quantidades enormes do referido produto eram comercializadas desta forma, impossibilitando qualquer tipo de reclamação por uma ou ambas as partes.

Como é de uso muito antigo no comércio de cacau entre fazendeiros, produtores e firmas exportadoras da Bahia, as operações se realizam a termo, para entrega futura, fixados desde logo em singelo “pedido” – único documento – a quantidade, a data da entrega e o preço. (...) impresso com os claros preenchidos a lápis comum. É o uso imemorial na Bahia. [N. 15]

Em outro julgado da egrégia Corte, datado de 1959, verificamos a importância e a força dos usos e costumes no direito mercantil.

*Ementa:* Os usos e costumes comerciais que estabelecem regras supletivas para serenidade das transações mercantis, desde que não contrárias ao preceito da lei – artigo do Código Comercial –, fazem lei entre as partes e sobre elas expressamente convencionadas.

(...). As vendas se fizeram de acordo com a praxe seguida na praça de Santos.

(...). Trata-se, assim, de uma convenção *sui generis*, típica do comércio de café, que tem indiscutivelmente peculiaridades próprias, exigidas pela celeridade (...).

Os usos e costumes da praça de Santos estabelecem regras supletivas para atender a tais necessidades desse comércio especializado, que sofreria grandes embaraços se regulado apenas por preceitos regidos do Código. Permitindo convenções mixtas, sua aplicação não importa em violação dos preceitos invocados, reguladores de contratos não desfigurados pela vontade das partes e usualmente por elas utilizados. [N. 16]

Como é possível notar, há fortes referências ao fato de tais usos e costumes não terem o poder de “passar por cima” de

leis já existentes. Ou seja, sua aplicação é extremamente bem-vinda e se encaixa de forma maleável em eventuais lacunas da lei. Entretanto, é necessária uma ponderação para se analisar quando as leis e os usos e costumes podem ser utilizados de forma conjunta e quando as primeiras agem sem possibilidade de interferências. Assim, como ressalta o inclito jurista Carvalho de Mendonça, devemos dizer que “(...) os usos jamais atentarão contra a unidade da legislação comercial, porque não valem contra as leis. É no silêncio destas, a fim de completá-las, que se os invocam nos lugares onde são praticados”<sup>16</sup>

Ademais, ele elenca três elementos fundamentais para que os usos e costumes sejam legítimos: em primeiro lugar, devem ser praticados constantemente sem divergência em todos os casos semelhantes entre os comerciantes de determinada praça; em segundo lugar, devem estar de acordo com a boa-fé e as “máximas comerciais”; e, por último, em terceiro lugar, não devem contrariar as leis comerciais, podendo, todavia, ser contrários às leis civis, “desde que estas não sejam por lei comercial expressamente aplicáveis à matéria mercantil”<sup>17</sup>.

Um outro acórdão do Pretório Excelso, de 1953, discorre sobre o tema. Segue a ementa:

*Ementa:* Comércio – Usos e costumes são admitidos, excepcionalmente, para suprir lacunas ou deficiências da lei; por motivos óbvios, jamais os podem acolher os tribunais, contra preceito legal expresso. [N. 17]

Também sobre o mesmo tema:

*Ementa:* Os usos e costumes, por mais arraigados que estejam no comércio, não prevalecem sobre a disposição legal. Fonte subsidiária da lei, ou cai em desuso, ou se torna inexistente com o advento da lei ou nela se consubstancia. [N. 18]

16. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I, Título III, Capítulo II, Seção II.

17. Idem, *ibidem*.

Os usos formam-se pela constante utilização de certas cláusulas nos contratos comerciais celebrados em determinada região ou por determinada classe de comerciantes, que, de tanto usadas, chegam a não ser mais mencionadas tacitamente nos contratos, estando implícitas nestes. No entanto, como em algumas praças os usos eram muitos, viu-se a necessidade de positividade dos mesmos. Como confirmação desta idéia, é válido citarmos a publicação dos *Usos e Costumes da Praça de Santos*, elaborada em 1956 pela Associação Comercial de Santos.

Referindo-se a esta, segue uma sentença de 1960, sobre o caso em questão:

A prática habitual, uniforme e prolongada desses usos vai gerando no espírito de uma classe de comerciantes o sentimento de obrigatoriedade até que esse sentimento se generaliza e se transforma em convicção. É quando tais atos, embora não referidos nos negócios escritos ou verbais, estão subentendidos.

(...). Criados os usos e adotados tranquilamente por uma praça de negócios, as vontades particulares que os acolhem, aos poucos, vão dando lugar a uma vontade de conjunto, criando o sentimento geral de necessidade jurídica. E, assim, a regra usual se transforma em costume como disposição de direito objetivo. É o costume jurídico com força de lei. [N. 19]

Diferencia ainda o probo Juiz, em sua sentença, o uso do costume, alegando que o primeiro é fruto do uso constante de determinadas cláusulas e o segundo seria a objetivação dos usos:

(...) e, assim, a regra usual se transforma em costume como disposição de direito objetivo. É o costume jurídico com força de lei. Portanto, o uso é o pressuposto do costume. [N. 19]

Concluindo, percebemos que, como diz Paula A. Forgioni: “Essa visão faz que a boa-fé dispa-se de tantos aspectos morais que a revestem em outros contextos, exurgindo objetivada, ou seja, segundo os padrões de comportamento normalmente

aceitos em determinado mercado (ou em determinada praça). A boa-fé liga-se, pois, umbilicalmente aos usos e costumes comerciais, dando-lhes força”<sup>18</sup>.

Cabe ainda ressaltar que, considerando a história de formação do direito comercial, certos princípios surgiram dos usos comerciais e da racionalidade econômica, impregnada nos comerciantes, que, por sua vez, a transmitiram ao direito comercial. Tais princípios, como o da rapidez/ celeridade, do informalismo/simplicidade (notável no N. 15), do cosmopolitismo e da legítima expectativa, são intrínsecos à história do direito mercantil e de seus agentes, integrando-se, assim, aos usos e costumes. Torna-se complicado elencar todos os princípios que regem o direito comercial. Por isso, optamos por discorrer sobre o da boa-fé e o dos usos e costumes (este, não exatamente um princípio), que, se compreendidos em seus sentidos mais abrangentes, incorporam os demais.

### **5. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: impactos e influências**

O Código de Defesa do Consumidor, publicado em 11.9.1990, com sua vigência valendo a partir de decorridos seis meses dessa data, pode ser considerado um instrumento de extrema relevância e eficiência no que tange à proteção do consumidor (parte geralmente hipossuficiente) nas relações comerciais, sendo, assim, considerado por muitos como um modelo até mesmo global a ser seguido por outros países. Com ensejo na Constituição Federal de 1988, esta lei garantidora dos direitos fundamentais dos cidadãos, segundo parecer de Ricardo Morishita, Diretor, em 2005, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor/DPDC do Ministério da Justiça, “(...) trouxe grandes avanços, especial-

18. Paula Forgioni, “A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro”, *RDM* 130/28.

mente em relação ao patrimônio moral e ético que se construiu nestes 15 anos, mostrando o quanto é importante informar, ter transparência nas relações de consumo e, sobretudo, preservar a boa-fé e a confiança dos consumidores”.<sup>19</sup>

Muitos juristas – como, por exemplo, Cláudia Lima Marques ou Fernando Borges da Silva – consideram o Código de Defesa do Consumidor como um “microsistema normativo específico”, o que quer dizer que ele atua “apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade”.<sup>20</sup> Assim, para o segundo, “o que faz do Código de Defesa do Consumidor um microsistema normativo eficiente são os princípios em que se funda. Tais princípios se irradiam diretamente da Constituição Federal e dão ao consumidor um tratamento diferenciado em razão da natureza das relações jurídicas que envolvem os atores desse tipo de relação em uma economia de mercado”.<sup>21</sup>

Podemos dizer que o que tem garantido a eficiência do Código de Defesa do Consumidor é justamente a grande quantidade de instrumentos e maneiras criados no sentido de garantir maior equidade nas relações comerciais. Dentre os inúmeros instrumentos é possível elencar alguns deles, como o art. 28, que abre a “possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica”; o art. 6º, VIII, que deixa clara a “possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor quando verossímil a alegação ou diante de sua hipossuficiência percebida segundo as regras de experiência” – entre muitos outros.

19. Ricardo Morishita, no sítio <http://www.mj.gov.br/noticias/2005/marco/rls110305consumidor.htm>.

20. Cláudia Lima Marques, Bruno Nubens Barbosa Miragem e Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed.

21. Fernando Borges da Silva, “O Código de Defesa do Consumidor: um microsistema normativo eficiente?”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7564>.

Desse modo, ainda que seguindo em parte o modelo tradicional de aplicação dos contratos, que postula os princípios da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) e da autonomia da vontade, o Código de Defesa do Consumidor busca o equilíbrio entre partes econômica, fática ou tecnicamente desiguais; porém, passa a ter que intervir em certos pontos das relações, a fim de que não sejam criadas injustiças ou onerosidades excessivas, preservando, assim, sua “função social”. Ou seja, *contratar* continua sendo um ato de autonomia privada, todavia realizado conforme disposições legais, as quais passam a impor uma atuação racional, medida, tendo em vista o contrato como pertencente a um sistema, e não como algo exclusivamente particular.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, em janeiro/2003, houve a revogação parcial do Código Comercial (Primeira Parte), bem como do Decreto 3.708, que regulava as sociedades ditas “por quotas de responsabilidade limitada”, que, desse modo, passaram a ser chamada somente pelo nome de “sociedades limitadas”. Assim, estas, constituídas segundo os requisitos da lei anterior, tiveram o prazo de um ano para se adaptar. No entanto, “deliberações relativas a alterações do contrato social, bem como a transformação, incorporação, cisão ou fusão, realizadas a partir de 11.1.2003, deverão observar as regras do novo Código Civil”.<sup>22</sup>

Como bem podemos notar, o Código Civil de 2002 adentrou o sistema já existente com o objetivo de mudar determinadas condutas e relações que eram tomadas de determinados modos específicos. Para começar a explorar esta linha de raciocínio, basta vermos que houve uma unificação entre a “base nuclear” do direito comercial

22. Kazuo Watanabe e Esther Miriam Flesch, “O impacto do novo Código Civil brasileiro na atividade empresarial”, *Comentário Jurídico – Revista Brasil-Alemanha*, janeiro-fevereiro/2003 (disponível em [http://www.ahkbrasil.com/comentarios\\_juridicos/2003/jur\\_fev03.pdf](http://www.ahkbrasil.com/comentarios_juridicos/2003/jur_fev03.pdf)).

e o direito civil em si próprio, sendo que, após parcial supressão do primeiro, foi elaborada toda uma compilação ao redor do segundo, de forma a tentar englobar as duas matérias.

No tocante a essa questão há duas correntes de pensamento: uma que não vê problema algum na inserção das regras comerciais em uma parte específica do Código Civil e uma que acha que este não tem elementos suficientes que o tornem habilitado para lidar com as “entrelinhas do mercado”.

O primeiro grupo de juristas não enxerga nessa unificação legislativa um possível prejuízo à sua autonomia jurídica, uma vez que, segundo os mesmos, as regras referentes ao direito comercial se encontram inseridas em uma “Parte Especial” denominada “Do Direito da Empresa” (Livro II da Parte Especial, com 229 artigos – baseado no Código Civil italiano de 1942), fazendo com que, “portanto, a matéria comercial não se confunda com a matéria civil no novo Código Civil, sendo um dos fatores que evidenciam a autonomia jurídica do direito comercial”.<sup>23</sup> Ainda segundo essa linha, encontra-se o direito comercial, na atualidade, em um período permeado por incertezas em detrimento da constante transformação pela qual passam praticamente todos os setores sociais, em especial o das relações econômicas regidas por forças comerciais; e é neste ponto que surge a nova lei, com o intuito, pelo menos, inicial de “transpor o período de transição do direito comercial, consolidando-o como o direito da empresa, maior e mais adequado para disciplinar o desenvolvimento das atividades econômicas no país”.<sup>24</sup>

Apesar de se afastar de uma imagem já potencialmente desgastada, possivelmente em razão de sua conexão com o Código Comercial de 1850, e, evidentemente,

em virtude da fugaz metamorfose por que passou todo o fluxo de relações econômicas, há um grande grupo de juristas que pensam que o Código Civil de 2002 deixou um pouco de lado as “regras de interpretação” – como, por exemplo, Paula A. Forgioni, que deixa clara sua posição ao dizer que: “(...) o novo diploma silencia sobre a interpretação de cláusulas aparentemente contraditórias. Buscava o nosso velho e sábio Código a coerência na interpretação do texto negocial, permitindo sua correta aplicação conforme a função econômica almejada pelas partes (...)”.<sup>25</sup>

Há também o pensamento de Antônio Junqueira de Azevedo, que diz que: “(...) introduzir no sistema jurídico brasileiro, já extremamente complexo, uma regulação unitária (igual) para as relações civis e comerciais poderia resultar em um retrocesso”.<sup>26</sup> O que importa analisarmos diz respeito ao conteúdo formal desta mudança, e não à questão científica, visto que não é o ponto principal o local onde estão inseridas estas novas normas, mas, sim, seu conteúdo e a maneira (nova ou não) como elas passaram a reger seus âmbitos de atuação.

Não podemos negar que, apesar da discussão a respeito de ser conveniente, ou não, a já referida unificação, um fato que ocorreu, e que é mister salientar, é a preocupação com valores sociais mais intrinsecamente ligados ao respeito pela parte mais fraca, ou seja, fazendo com que cada vez mais o fluxo econômico fique garantido pelo equilíbrio das partes. Porém, isto deve ser seguido sem que se crie uma possível dependência econômica de um dos lados, pois devemos partir do pressuposto de que o homem, “ativo e probo”, não deve ser negligente em suas ações, evitando, assim,

25. Paula Forgioni, “A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro”, *RDM* 130/37.

26. Antônio Junqueira de Azevedo, “O Direito pós-moderno e a Codificação”, *Revista da Faculdade de Direito* (USP) 1999, p. 124.

23. Marcelo Gazzi Taddei, “O direito comercial e o novo Código Civil brasileiro”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3004>.

24. Idem, *ibidem*.

eventuais reivindicações infundadas e que desestabilizem o sistema como um todo.

Nesse sentido, conceitos e idéias como possibilidade de resolução contratual por onerosidade excessiva, estado de perigo, lesão ou, mesmo, a própria função social dos contratos, supracitada, servem para apontar, na ótica dos interesses coletivos, uma tendência à supressão das vontades essencialmente individuais. Dessa forma, a nova legislação deixa a encargo dos tribunais a responsabilidade de interpretação em cada caso concreto, uma vez que os princípios passam a ser tomados sob uma perspectiva bastante aberta e abrangente; sendo esta uma das reclamações do segundo grupo de juristas que criticam em parte a unificação das duas matérias.

Ainda nesse aspecto da função social – e para fazer, aqui, um paralelo com as sociedades limitadas –, sua regulação perante a nova lei passa por transformações como, por exemplo, a de conferir incremento ao grau de proteção aos seus sócios minoritários, pois estabelece, como um dos inúmeros instrumentos, uma espécie de quórum específico que se torna necessário no momento da aprovação de determinadas questões. Diante disso, podemos constatar que o sócio que tem literalmente a maioria do capital social de uma empresa não tem mais a prerrogativa de aprovação de certas matérias que antes lhe podia ser conferida. É neste e em outros pontos que o Código Civil de 2002 vem a calhar com inovações e evoluções, digamos, beneficentemente voltadas para a harmonia social.

## 6. O direito comercial e o Código de Defesa do Consumidor

Antes de adentrar o tema propriamente dito, é imperativa a retomada da denominada *Teoria dos Sistemas*, elaborada inicialmente para a Biologia, mas que atingiu diversos ramos do conhecimento, tendo Niklas Luhmann como principal expoente no Direito.

Trata-se de uma teoria desligada da filosofia mecanicista cartesiana, a qual tinha um método de pensamento analítico – ou seja: para se entender o todo, deve-se dividi-lo em pedaços, a fim de compreender o comportamento do todo a partir de suas partes. O ápice de tal pensamento pode ser facilmente encontrado na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, quando este afirma que o jurista deve se ater somente à norma, esquecendo a Política e as outras ciências.

Todavia, nos anos 70 do século passado, ao se estudar as células humanas, percebeu-se que elas eram capazes de se auto-reproduzir utilizando apenas seu sistema interno, continuando, porém, dependentes e ligadas a outros sistemas (que lhes levavam alimentos, oxigênio etc.). É a chamada *autopoiese* (auto-criação).<sup>27</sup> Percebeu-se que um sistema vivo apresenta em seu circuito interno uma interação muito forte entre seus elementos, possibilitando sua auto-organização e autoprodução. Um dos estudiosos da área descreve: “(...) a estrutura de um sistema vivo como uma estrutura dissipativa dando realce à abertura, ao fluxo de energia e de matéria. Portanto, um sistema vivo é, ao mesmo tempo, aberto e fechado, é estruturalmente aberto, mas organizacionalmente fechado”.<sup>28</sup>

Importando tal lógica para o pensamento jurídico, temos uma sociedade, dentro de certo ambiente, que tenha dentro de si vários sistemas com funções distintas, mas que podem se relacionar entre si (sistema jurídico, sistema econômico, sistema político etc.), provendo um funcionamento geral da sociedade. Esses sistemas diferenciam-se pela função e pelo código de comunicação que utilizam; no caso do Direito, temos a norma como código, dizendo o

27. Humberto Maturana e Francisco Varela, *apud* Fritjof Capra, *A Teia da Vida – Uma Nova Compreensão dos Sistemas Vivos*, p. 88.

28. Ilya Prigogine, *apud* Fritjof Capra, *A Teia da Vida – Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*, p. 141.

que é lícito e o que é ilícito, e sua função é a de garantir as expectativas normativas.

Tomando-se o Direito como um sistema, já que este é capaz de se auto-organizar e de se reproduzir, como vimos retro, temos, ainda, subdivisões dentro deste sistema, como o direito civil, o direito penal, o direito comercial etc., que, por sua vez, apresentam ainda outras subdivisões dentro de si, como é o caso das Leis das S/A, da Lei Antitruste, do direito do consumidor, entre outros. São os chamados *microsistemas*, que, apesar de estarem dentro do sistema jurídico como um todo, têm uma lógica e princípios próprios, sendo, portanto, capazes de se auto-organizar. Entretanto, continuam ligados estruturalmente ao sistema, relacionando-se e provocando influências recíprocas. Poderíamos pensar em pluralismos de ordenamentos jurídicos; todavia, tal pensamento não é cabível, pois esses microsistemas surgem com a função de regular as lacunas que os códigos, mais gerais e abrangentes, não conseguem regulamentar, ou mesmo prover expectativas normativas, que é a principal função do Direito. É por isso que não cabe aqui a idéia de pluralidade de ordenamentos. Logo, temos que esses microsistemas são leis para matérias específicas e que demandam princípios e lógicas distintos dos princípios e lógicas dos códigos; ou seja, trata-se de princípios que foram surgindo concomitantemente ao aumento da complexidade da sociedade.

Por exemplo, antes tínhamos apenas o Código Comercial, que por ocasião de sua promulgação estava de acordo com as necessidades da sociedade da época. Mas, com o passar dos anos, com a adoção de novos institutos ou o aperfeiçoamento de outros já existentes no ordenamento, que o próprio mercado e a sociedade foram demandando, no sentido de ter uma lei que regularizasse de maneira adequada as sociedades anônimas, tal código e os princípios a ele inerentes se tornaram inadequados para resolver essas novas questões e

garantir as expectativas normativas, emanando, daí, as leis especiais.

Tendo isso em mente, devemos nos indagar: quais eram as demandas da sociedade que precisavam de maior regulamentação jurídica e que levaram, assim, à elaboração do Código de Defesa do Consumidor? Podemos analisar tal Código por suas duas facetas, tendo de um lado a proteção à parte vulnerável, hipossuficiente, e do outro a regulação do mercado, preponderantemente na área dos contratos de adesão (carentes de regulação do Estado); isto com o intuito de, protegendo as partes mais fracas nas relações de consumo, alcançar um equilíbrio de forças, incentivando, de tal modo, o consumo. É uma moeda de dois lados.

Tal análise é patente para compreendermos a verdadeira alma do Código de Defesa do Consumidor e, assim, averiguar sua real influência no direito comercial. Tratemos, inicialmente, da primeira faceta.

### *6.1 Da proteção da parte hipossuficiente*

Já em 1912, por exemplo, com a lei das estradas de ferro, podemos encontrar resquícios da defesa da parte hipossuficiente: "Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: 1<sup>a</sup>) caso fortuito ou força maior; 2<sup>a</sup>) culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada".

Já notamos aqui uma responsabilidade objetiva da companhia ferroviária, com o intuito de proteger os passageiros. Segue um exemplo encontrado na RT XLVII, Ano XII, de 1923:

A companhia de bondes, oferecendo os seus serviços ao público, mediante as condições previamente estabelecidas, assume a obrigação de transportar os passageiros com a devida segurança ao

ponto de destino. Se por culpa própria (mão estado da linha, defeituoso funcionamento do carro motor etc.) ou por culpa de seus prepostos (partidas de carro enquanto os passageiros procuram subir ou descer), soffre qualquer damno alguma das pessoas transportadas, é a companhia responsável pela indenização. [N. 20]

Como vemos nesse parecer, fica clara a aplicação da responsabilidade objetiva da companhia transportadora, buscando, assim, amparar a parte mais vulnerável na relação.

Nesse mesmo parecer o autor cita um julgado do tribunal de Roma, de 1901, no qual o capitão de um vapor, ao perceber que havia um passageiro “louco” no navio, abandonou “abandonou o pobre louco deixando-o entregue à sua mania”. Este acabou por se jogar no mar e morrer afogado. Teria a companhia de transporte responsabilidade de indenizar a família da vítima? O Tribunal entendeu que sim, pois o contrato de transporte de pessoas compreende o zelo à segurança dos passageiros; e, pelo fato de o capitão não ter zelado pela segurança do “louco” a bordo, ocorreu um inadimplemento do contrato, sendo, então, a companhia responsável civilmente pelo ocorrido.

Em outro caso histórico, [N. 21] que confrontou Carvalho de Mendonça e Clóvis Beviláqua, em 1927, temos uma construção argumentativa belíssima que mudou as decisões jurisprudenciais preponderantes na época e que continua servindo de base para muitas decisões atuais. Nesse caso, um passageiro ferido em acidente de bonde entrou com uma demanda na Justiça contra a companhia, porém fora do prazo de dois anos estabelecido pelo Código Comercial. Carvalho de Mendonça, em parecer, recorre ao princípio da integridade<sup>29</sup> do

ato de comércio para justificar a aplicação do Código Comercial ao caso. *In verbis*:

(...).

É assim que para o Dr. Xavier de Mendonça, sem duvida o nosso maior commercialista:

O contrato de transporte de pessoas por *tramways* ou bondes é commercial para a empreza que assume a obrigação do transporte e para o passageiro que contribue com o preço do serviço contractado. Este contracto figura actualmente nos que *in genere* se denominam “contractos por adhesão”.<sup>30</sup> [N. 21]

Sendo assim, o passageiro, ao pagar a tarifa do bonde, estava realizando um ato de comércio, “um contrato de adesão”; e, por isso, o prazo de prescrição para requerer indenização deveria ser de dois anos, de acordo com o art. 446 do CCommercial.<sup>31</sup>

*A contrario sensu*, Clóvis Beviláqua, autor da tese que ganhou a disputa, apesar de reconhecer a integridade do ato de comércio, dizia que:

A obrigação de ressarcir damno resultante de desastre, em estranhos ou

ciente; se o comprador é pessoa não-comerciante e o vendedor é comerciante, o ato é também commercial” (José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, vol. I, Título III, Capítulo II, p. 470).

30. Íntegra do acórdão sobre o termo: “Tal denominação é dada por Saleilles aos contractos em que ‘predomina exclusivamente uma só vontade, obrando como vontade unilateral, que dita a lei não a um individuo, mas á collectividade indeterminada e que se compromete adeantadamente, unilateralmente, salvo adhesão dos que quizerem acceitar a lei do contracto e aproveitar-se deste compromisso já criado sobre si próprio. É o caso (...) dos contractos de transporte com as grandes companhias de estradas de ferro e todos esses contractos que revestem o character de lei collectiva e que, os romanos já diziam, se approximam mais da *lex* que do accordo de vontades.”

31. No mesmo sentido, observemos a aplicação de tal princípio em um caso no qual um comerciante “A” vendeu gêneros de seu estabelecimento a “B”, não-comerciante. Este não pagou a dívida, e “A” entrou com uma ação de cobrança cinco anos depois. O Tribunal acolheu o argumento da defesa de que a dívida era commercial e, por isso, já estava prescrita. [N. 22]

29. (...) princípio da integridade do ato de comércio (...) a venda não se pode separar da compra, que compra/venda é um só ato, um só contrato. Se o comprador é comerciante e compra para revender, o ato é commercial, embora o vendedor não seja comer-

operários seus, não provém de obrigações próprias e normais da sua indústria ou conexas com ela, nem de ato que lei considere mercantil. Nasce de culpa indirecta *in eligendo*, ou do risco profissional, matéria essencialmente civil. [N. 21]

É no ponto da culpa *in eligendo* que Beviláqua destoa das decisões anteriores. Como consta no parecer já citado:

Não se trata ahi de culpa *in eligendo*, que torne responsável alguém pela má escolha de seus subordinados, mas de falta de cumprimento da obrigação assumida. [N. 20]

Mas, mesmo contrariando jurisprudência anterior, o Tribunal de Minas acautou a tese de Beviláqua e deu ganho de causa ao passageiro.

Em caso muito similar do STJ, de 2001, a autora da ação sofreu fratura do fêmur devido a acidente de ônibus, o que prejudicou seu trabalho de doméstica de modo permanente. Porém, esta entrou com pedido de indenização seis meses depois de vencido o prazo prescricional de cinco anos, de acordo com os arts. 3º, § 2º, 22 e 27 do CDC. O Tribunal do Rio julgou a ação improcedente, por considerá-la prescrita. Entretanto, o STJ, baseado no parecer de Beviláqua, não considerou que tal demanda deveria ser baseada no Código de Defesa do Consumidor, pois o acidente não é “insito ao exercício das atividades regulares de transporte, sendo regidas pelo Código de Defesa do Consumidor as hipóteses em que o acidente de consumo decorra do uso normal do serviço prestado”. Segue a ementa do acórdão:

*Ementa:* Responsabilidade civil – Empresa de transportes – Colisão de veículos – Ação de indenização por perdas e danos – Prescrição – Prazo – CC, art. 177, e CPC, art. 27.

I – A prescrição quinquenal prevista no Código de Defesa do Consumidor atinge as ações que buscam indenização pelo modo defeituoso da prestação do serviço de transporte, não alcançando as ações que colimam indenização pleiteada por passageira que sofre danos físicos

em razão de imperícia ou imprudência de preposto da transportadora. Neste caso, o prazo prescricional é o vintenário contemplado no Código Civil, eis que não foi o exercício da atividade da transportadora que determinou o dano, mas o ato culposo de seu preposto.

II – Recurso especial conhecido e provido. [N. 23]

Observa-se como o argumento de Beviláqua tal como o do STJ destoam do N. 20, acima, e do citado julgado italiano, nos quais é insito à atividade de transporte garantir a segurança de seus passageiros, seja por culpa sua ou de seus prepostos. Todavia, o STJ, baseado em parecer de Beviláqua, disse ser estranha à atividade da transportadora a obrigação de indenizar, e, por isso, a indenização não entraria no âmbito da relação de consumo e deveria ser regida pelo Código Civil. Disse, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor objetiva proteger a parte hipossuficiente, e, caso ele fosse aplicado na disputa em questão, estaria indo em desacordo com seu “espírito”.

Mas como considerar que, num país onde o número de acidentes de trânsito com vítimas ultrapassa os 380 mil ao ano,<sup>32</sup> os desastres, e seus decorrentes danos, não sejam acontecimentos constantes, previsíveis e quase que intrínsecos à atividade de transporte, sendo, assim, regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 1º, II)? Vale ler o voto vencido do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, nesse julgado:

(...) (1ª) uma das obrigações do contrato de transporte é a condução do passageiro em segurança ao seu lugar de destino, isto é, a segurança está ligada ao serviço prestado; (2ª) o Código de Defesa do Consumidor cuida da responsabilidade civil por fato do serviço, com o que regulou no âmbito da sua abrangência a ação pessoal de responsabilidade em decorrência do fornecimento de serviço defeituoso; a tanto equivale o transporte do

32. No sítio <http://www.infoseg.gov.br/renest/detalheNoticia.do?noticia.codigo=115>.

passageiro sem a devida segurança por culpa de seu preposto, não comprovada a responsabilidade do terceiro (art. 14, § 1º, do CDC). [N. 23]

Nota-se que, para amparar a vítima, o Tribunal deu ganho de causa à autora da ação, empregada doméstica, pois, se fosse aplicado o Código de Defesa do Consumidor no referido caso, ficaria ela sem direito a indenização alguma e com problemas de saúde que dificultavam seu trabalho, sua única fonte de renda.

Assim como acontece no caso de 1927, [N. 21] encontramos uma proteção e a tentativa de amparar partes vulneráveis. São apenas alguns exemplos que mostram, de maneira clara, certo direcionamento dos tribunais, desde muito, de proteger a parte hipossuficiente, fazendo uso de diversos mecanismo argumentativos e indo de encontro, certas vezes, aos precedentes.

### 6.2 Da regulação do mercado

Podemos encontrar resquícios da proteção do consumidor já no século XII, quando as corporações de Florença obrigavam os vendedores de peixes, ao final do dia, a cortar os rabos destes, para que não os vendessem no dia seguinte como se frescos fossem. Ou quando se colocavam limites ao preço do pão vendido aos cruzados.<sup>33</sup> Podemos notar, então, a relação entre a defesa do consumidor e a regulação do mercado e da economia como um todo.

A regulação do mercado começou a ganhar força no Brasil de Vargas, com a Lei da Usura, em 1933, e com o Decreto-lei 869/1938, que tratava dos crimes contra a economia popular e que virou lei em 1951.<sup>34</sup> Outra lei importante foi a de re-

pressão ao abuso do poder econômico de 1962, na qual se criou o CADE.

“Art. 2º. São crimes desta natureza: I – recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento; II – favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; III – expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição; IV – negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância exceda de 15 (quinze) Cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês; V – misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo; VI – transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes; VII – negar ou deixar o vendedor de fornecer nota ou caderno de venda de gêneros de primeira necessidade, seja à vista ou a prazo, e cuja importância exceda de 10 (dez) Cruzeiros, ou de especificar na nota ou caderno – que serão isentos de selo – o preço da mercadoria vendida, o nome e o endereço do estabelecimento, a firma ou o responsável, a data e local da transação e o nome e residência do freguês; VIII – celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor; IX – obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (‘bola-de-neve’, ‘cadeias’, ‘pichardismo’ e quaisquer outros equivalentes); X – violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto; XI – fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

33. Paula Forgioni, “A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro”, *RDM* 130/18.

34. Lei 1.521:

“Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.

Observamos em diversos incisos da Lei 1.521 matérias pertinentes à defesa do

“Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa de 2.000 (dois mil) a 50.000 (cinquenta mil) Cruzeiros.

“Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego, considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.

“Art. 3º. São também crimes desta natureza: I – destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo; II – abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição; III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio; IV – reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços; V – vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência; VI – provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício; VII – dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas; VIII – exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência; IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas *Raiffeisen*; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais

“interesse do povo” e à intenção do Estado de regular a economia. Vale apontar que essa regulação do mercado não tem somente fins altruístas, de proteger os “pobres e indefesos”, mas, sim, de proteger o próprio mercado da autodestruição, como se deu em 1929. Impedindo abusos econômicos (monopólios, propaganda enganosa, entre outros) e auferindo proteção e direitos às partes hipossuficientes, o Estado mantém o equilíbrio sempre presente no mercado e aumenta o grau de previsibilidade/segurança e confiança deste.

Além disso, pelo exposto, percebemos que, historicamente, a defesa do consumidor se deu no âmbito do direito econômico e que o Código de Defesa do Consumidor carrega esse forte viés. Como já dito acima, esta lei é uma moeda dúbia, tendo de um lado a regulação do mercado e de outro a proteção do hipossuficiente, ambos num mesmo corpo. Compreendendo essas duas funções do Código de Defesa do Consumidor, entendemos a formação dos princípios e da lógica desse microsistema. Todavia, como já foi mencionado acima, esse mesmo sistema, como qualquer outro, está estruturalmente ligado a outros e apto a sofrer e exercer influências dos outros sistemas.

Trataremos, agora, da análise da jurisprudência para averiguar quando as empresas são tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor e, assim, compreender algumas das influências deste Código no direito comercial. Mas, antes de adentrar a análise jurisprudencial em si, vale fazer mais algumas ressalvas sobre o Código de Defesa do Consumidor.

com prejuízo dos interessados; X – fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a 1.000 (um mil) Cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.”

Com seu advento surgiu uma polêmica muito grande a respeito do que seria o conceito de “consumidor”, ou seja, quais os requisitos que um indivíduo (ou pessoa jurídica) deveria ter para ser considerado como tal e poder, a fim de defender seus interesses, invocar a tutela especial a partir deste novo diploma. Seria o Código de Defesa do Consumidor um Código criado com o intuito de regular qualquer relação de consumo, ou apenas aquelas entre empresa e pessoa física?

Dependendo da interpretação que se desse ao instituto, resultariam respostas e conseqüências diferentes quanto ao âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, à realidade sócio-econômica. Portanto, faz-se mister, antes de qualquer discussão sobre a abrangência do Código de Defesa do Consumidor, definir seus princípios e conceitos para, depois, tecer qualquer conclusão concernente ao assunto. Para isso, não há como deixar de recorrer a uma breve explicação sobre a história e, particularmente, os antecedentes do Código de Defesa do Consumidor.

Diferentemente do século XIX e começo do século XX, o homem, agora, vive uma situação nova em relação ao modelo de associativismo: a sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*). Também chamada de “sociedade de massa”, ela é caracterizada pelo aumento significativo de produtos e serviços. Como aponta Carlos Alberto de Salles: “A sociedade de consumo é marcada exatamente pela impessoalidade das relações, pela pulverização das responsabilidades e pela vulnerabilidade do consumidor”.<sup>35</sup>

Antigamente, como se pode notar nos tópicos desenvolvidos acima, as partes de um contrato, credor e devedor, estabeleciam, através de negociação, um acordo

mútuo de vontades para atingirem seus fins. O acordo mútuo e a intenção maior que a simples celebração do contrato consumado em um objetivo posterior ainda continuam; todavia, a negociação sofreu forte diminuição na sua importância. Um exemplo disso são os contratos de adesão: não há mais discussão entre as partes sobre as cláusulas do contrato, mas apenas a imposição, por meio de um modelo já pronto, ao indivíduo, agora chamado de “adquirente”.

Não se argumenta que isso seja ruim; afinal, é conseqüência natural de uma sociedade cada vez mais pautada pela rapidez e pelo giro comercial. Contudo, a livre estipulação da negociação entre as partes, bem num estilo *laissez-faire*, já se mostrou maléfica. O mercado não apresenta mecanismos de regulação eficientes para proteger vulnerabilidades das partes. Daí a importância da intervenção do Estado, através de uma regulação.<sup>36</sup>

E o caso brasileiro se faz exemplar, pois, além de a codificação dessas normas num corpo autônomo permitir maior coerência e homogeneidade frente a uma legislação esparsa, “simplifica e clarifica o regramento geral da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e os aplicadores da norma”.<sup>37</sup>

Portanto, esse microsistema jurídico – consoante os ensinamentos de Ascarelli<sup>38</sup> – assumiu o papel de estabelecer novas diretrizes na defesa do consumidor, assim como reequilibrar a harmonia contratual. Além disso, tem um caráter multidisciplinar, ao tratar de outros ramos do Direito (constitucional, civil, penal, processual civil e processual penal, administrativo).

36. A este propósito, v. a “Introdução” de Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin in Grinover e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed., em especial pp. 7-8.

37. Idem, p. 9.

38. “Um direito nasce em virtude da peculiaridade de seus princípios e não da especialidade da matéria tratada.”

35. Carlos Alberto de Salles, “O direito do consumidor e suas influências sobre mecanismos de regulação de mercado”, *Revista do Direito do Consumidor* 17/87.

### 7. Do conceito de "consumidor"

Posto isso, cabe, agora, discutir a problemática da definição de "consumidor" introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor para, posteriormente, analisar a configuração (ou não) da empresa como tal.

Começemos com a simples leitura do art. 2º do CDC: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Segundo a doutrina, o Código "emprestou" um conceito da Economia para dizer quem é "consumidor", definindo-o como aquele que retira o bem do mercado, terminado com o elo da corrente de produção. Diante disso, não há como afastar a idéia de "consumidor" como partícipe de uma relação de consumo. Daí já partem duas interpretações diversas quanto à abrangência do Código de Defesa do Consumidor.

Uma teoria, denominada "finalista", dá uma interpretação teleológica à disciplina do consumerismo, considerando "consumidor" apenas aquele que adquire (ou utiliza) um produto para consumo próprio e de sua família. Portanto, para essa via doutrinária a visão do "consumidor" é restringida aos não-profissionais, uma vez que o fim do Código de Defesa do Consumidor é tutelar um ramo mais vulnerável da sociedade. Caso contrário todo o propósito desse novo conjunto ordenado de normas perderia sua função. Nesse sentido são exemplares as palavras de Fábio Konder Comparato sobre o assunto: "O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende, por sua vez, de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em 'proteção

do consumidor' quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria".<sup>39</sup>

Já, para os "maximalistas" o Código de Defesa do Consumidor deveria tutelar qualquer relação de consumo no mercado brasileiro, e não somente os consumidores não-profissionais. Tal idéia defende o Código como uma regulamentação da sociedade de consumo em geral, disciplinando todos os agentes do mercado, que ora podem ser fornecedores, ora consumidores. Tal interpretação mostra-se o mais extensiva possível. Para os maximalistas a definição do art. 2º do CDC é puramente objetiva, não importando, para a aplicação do Código, se a pessoa física ou jurídica tem (ou não) escopo de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Portanto, o entendimento de "destinatário final" repousa sobre a idéia de destinatário fático do produto, ou seja, aquele que o retira do mercado e o utiliza (ainda que seja como fonte de receita), diferentemente da interpretação finalista, que leva em conta a destinação econômica do produto ou serviço.

Diante dessas duas interpretações conflitantes, qual é a adotada atualmente? A partir de uma pesquisa jurisprudencial, pode-se facilmente perceber a presença das duas correntes. Particularmente quanto à teoria maximalista, observa-se que ela é largamente aplicada pelo TJMG, como segue:

A tese de que a aquisição ou utilização de bens ou produtos destinados à cadeia produtiva, com fito de lucro, não está subordinada à disciplina jurídica do Código de Defesa e Proteção do Consumidor é muito restritiva, visto que exclui

39. Fábio Konder Comparato, "A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico", *RDM* 15-16/90-91.

da tutela legal uma variedade imensa de relações tipicamente de consumo.

(...). A teoria maximalista é a que melhor atende aos ditames da nova ordem jurídica, que visa a proteger as relações de consumo.

(...). Nada obstante doutíssimas opiniões em contrário, adiro modestamente à corrente maximalista, na convicção de que as normas e os princípios do Código de Defesa do Consumidor alcançam todos os agentes do mercado. As peculiaridades do caso é que os colocam ora na posição de fornecedores, ora na de consumidores. [N. 24]

Em tal acórdão, um banco, apelante, pede a revisão da decisão de primeiro grau que concedeu a uma pessoa física, apelado, a tutela das normas consumeristas. O apelante sustenta que, uma vez que o crédito concedido por ele ao autor da ação foi usado como capital de giro, não se constitui o apelado como consumidor, sendo, portanto, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso. O banco vale-se da teoria finalista para sustentar a tese de que o apelado, como não utilizou o empréstimo bancário para satisfazer seu próprio consumo – ao contrário, utilizou-o como meio de fomentar sua atividade, incrementando-a –, não pode invocar a tutela especial do Código de Defesa do Consumidor, destinada unicamente aos indivíduos caracterizados como destinatários finais do produto.

Entretanto, esse não foi o entendimento do Tribunal, que, valendo-se de decisão do STJ, justifica que o banco constitui-se fornecedor e a pessoa física consumidor, uma vez que o dinheiro do empréstimo serviu a este para a obtenção de bens de consumo:

Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor

final dos serviços prestados pelo banco. [N. 25]

E a decisão do TJMG [N. 24] continua, argumentando que o dinheiro, como instrumento de consumo básico, é usado com tal propósito em todo o mundo, não se justificando o afastamento das normas consumeristas. Aliás, cabe, aqui, ressaltar a crítica feita pelo Tribunal à teoria finalista:

A corrente finalista introduz muito subjetivismo na definição de relação de consumo. No fundo, seus adeptos partem da falsa idéia de que a tutela legal só existirá se o consumidor for a parte vulnerável na relação de mercado. [N. 24]

Como se percebe, não é acolhida a tese de que consumidor é apenas aquele que adquire o produto ou utiliza o serviço para satisfazer consumo próprio ou de sua família. A teoria finalista é afastada, pois se entendeu que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor deve ser mais abrangente (objetiva), e não restritiva (subjetiva), uma vez que tal Código foi criado para regular todas as relações de consumo, estabelecendo uma maior igualdade contratual.

E tal entendimento é largamente seguido por esse Tribunal, como se pode notar em outras ementas:

*Ementa:* Ação revisional de contrato – Cédulas de crédito comercial – Contratos firmados com pessoa jurídica – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Teoria maximalista – Contrato de adesão – Juros – Limite – 1% ao mês – Autorização do CMN – Afastamento da comissão de permanência e manutenção da correção monetária – Capitalização – Possibilidade – Súmula n. 93 do STJ. [N. 26]

*Ementa:* Ação de revisão de contrato – Contrato de abertura de crédito firmado com pessoa jurídica – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Teoria maximalista – Contrato de adesão – Anatocismo – Inadmissão – Súmula n. 121 do STF – Cumulação de comissão de permanência com multa moratória e ju-

ros de mora – Possibilidade – Cobrança de juros na taxa de 3,114% ao mês – Abusividade não configurada – Princípio da razoabilidade – Restituição dos valores pagos indevidamente – Possibilidade – Repetição em dobro afastada – Ausência de má-fé – Inclusão do nome dos devedores em cadastros restritivos de crédito – Impossibilidade enquanto estiver sendo discutida a dívida. [N. 27]

*Ementa:* Embargos à execução – Cédula de crédito industrial – Demonstrativo de relatório analítico dos débitos – Extinção da execução – Impossibilidade – Contratos firmados com pessoa jurídica – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Teoria maximalista – Contrato de adesão – Juros – Limite – Autorização do CMN – Juros de mora – 1% ao ano – Afastamento da comissão de permanência e manutenção da correção monetária – Cabimento – Multa moratória – Redução para 2% – Capitalização – Possibilidade – Súmula n. 93 do STJ. [N. 28]

Entretanto, tal não é o entendimento do TJRS, que defende a teoria finalista, alegando que o real intuito do Código de Defesa do Consumidor é tutelar uma relação onde uma parte, necessariamente, é a destinatária final. Como mostra a jurisprudência abaixo, fornecedor (também entendido como *consumidor intermediário*) não pode alegar a incidência das normas consumeristas em relações onde compra com o intuito de revender:

Com efeito, o autor não se encaixa no conceito de “consumidor”, pois que para a teoria finalista a “destinação final”, cuja idéia vem concebida no art. 2º do CDC, é a econômica, e não a fática. Assim, destinatário final é o não-profissional, a pessoa física que adquire o produto para consumo próprio.

E tendo por norte essa disjunção a que alude o art. 2º, no que refere a destinatário final, a autora não se enquadra no conceito de “consumidor”, mas sim de “fornecedor”, pois que desenvolve atividade de comercialização do produto. [N. 29]

O caso trata de um dissídio entre empresa fabricante de bebidas e proprietário de uma microempresa. Este, apelante, pede a reforma da sentença de primeiro grau, exigindo indenização por danos morais e a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Ele alega que a empresa lhe vendeu produto – garrafa de cerveja – defeituoso, pois continha objetos estranhos em seu interior. Diante disso, o Tribunal nega provimento ao pedido, fundamentando sua decisão na teoria finalista, reafirmando que “consumidor” é apenas aquele que utiliza o bem para consumo final.<sup>40</sup> Percebe-se claramente, em comparação com os acórdãos do TJMG relacionados acima, que o entendimento do conceito de “consumidor” é restringido, aplicando-se somente aos que se classificarem estritamente como tais, ou seja, destinatários finais econômicos, e não meramente fáticos. Essa interpretação visa a criticar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todas as relações de consumo, como defende a teoria maximalista. E a crítica do TJRS continua:

Há que se fazer essa distinção, pois que, se assim não fosse, todo aquele que adquire produto enquadrar-se-ia no conceito de “consumidor”.

40. Nesse sentido Arnoldo Wald: “(...) certas pessoas jurídicas de direito civil sem caráter empresarial, como as fundações e as associações, ou admitiu que as pessoas jurídicas de direito comercial também pudessem invocar a proteção da lei especial, mas tão-somente nos casos nos quais a contratação de bens ou serviços de consumo não tivesse vinculação alguma com a sua atividade produtiva ou empresarial, não se tratando de bens ou serviços utilizados, ou utilizáveis, direta e indiretamente, na produção ou comercialização. (...) A conclusão a que se chega é, pois, que no Direito Brasileiro, compatibilizando-se a letra e o espírito da lei e atendendo-se à lição do Direito Comparado, a pessoa jurídica tão-somente pode ser considerada ‘consumidor’ ou a ele equiparado nos casos em que não atua profissionalmente, ou seja, quando a empresa não opera dentro de seus fins sociais. Cabe, aliás, em relação às sociedades comerciais, uma presunção de ser o consumo para fins profissionais e sociais, em virtude da própria estrutura e finalidade empresarial que as caracteriza” (“O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras”, RT 666/14).

A autora, assim, não pode alicerçar o seu pedido na Lei n. 8.078/1990, porquanto de consumidor não se trata. E o exame da controvérsia passa, necessariamente, à luz das normas do Código Civil, que trata da responsabilidade civil comum. [N. 29]

E da mesma forma decide o Tribunal por não aplicar o Código de Defesa do Consumidor em outro caso semelhante, reforçando seu entendimento sobre o conceito de “consumidor”:

Reclama o apelante a aplicação da legislação pertinente ao consumidor, pois entende que houve relação de consumo na avença. Porém, entendo que a sentença está correta, já que a compra dos defensivos era destinada à aplicação em lavoura de arroz, denotando-se, então, o fito de incrementar o negócio do apelante, não sendo este o consumidor final.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria finalista na definição de consumidor. Assim, reconhecida a posição do apelante como consumidor intermediário, não há que se falar na aplicação das regras protetivas das relações de consumo. [N. 30]

O Tribunal entende que o produtor rural que compra defensivos agrícolas com o único objetivo de viabilizar sua atividade produtiva deve ser considerado *consumidor intermediário* – portanto, não preenchendo os requisitos de consumidor final estabelecidos no art. 2º do CDC. Já quanto ao reconhecimento do conceito de “consumidor” na relação jurídica e à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor segue outra decisão:

Com efeito, desde logo aponto que a presente demanda alcança a aplicabilidade das regras do Código de Defesa do Consumidor por se tratar de relação de consumo havida com os sujeitos da relação jurídica, realizada entre consumidor e fornecedor, na medida em que a apelante se insere no conceito de “consumidora”, qualificando-se como destinatária final dos produtos.

A autora firmou contrato de seguro, na modalidade de estipulação em favor

de terceiros, figurando na relação contratual como estipulante.

O segurador figura como promitente e o terceiro apenas como beneficiário, não-interveniente no contrato; este não é parte nele.

Assim, não há dificuldade em localizar o estipulante como sendo o consumidor final do produto, conquanto tenha estipulado terceiros como beneficiários da relação jurídica.

(...). Portanto, a autora encaixa-se no conceito de “consumidor”, pois que para a teoria finalista a “destinação final”, cuja idéia vem concebida no art. 2º do CDC, é a econômica, e não a fática. Assim, “destinatário final” é o que age como não-profissional na relação jurídica, ou seja, a pessoa física ou jurídica que adquire o produto para consumo próprio. [N. 31]

Se compararmos a jurisprudência sobre a teoria maximalista [Ns. 24, 26, 27 e 28] com a jurisprudência sobre a teoria finalista de consumidor [Ns. 29, 30 e 31] perceberemos que as duas visões são muito extremadas. Tanto uma quanto a outra se mantêm totalmente presas às teorias que defendem, sem qualquer possibilidade de abrandamento. Ter na jurisprudência a presença de duas vertentes totalmente opostas pode ser maléfico ao sistema, que depende de uma previsibilidade para poder estabelecer segurança jurídica nas suas relações e, conseqüentemente, diminuição dos custos de transação.

É por esse motivo que alguns tribunais – ressaltando-se, aqui, o STJ – vêm na esteira de consolidar o entendimento do conceito de “consumidor” a partir de uma nova ótica: a teoria finalista aprofundada.<sup>41</sup>

41. Entretanto, tal entendimento ainda é recente. Até o ano de 2004, se analisarmos o REsp 541.867-BA, [N. 32] perceberemos que a interpretação majoritária do STJ era no sentido de adotar a teoria finalista, excluindo o consumidor intermediário da tutela do Código de Defesa do Consumidor, como exemplifica a ementa: “A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurí-

Segundo esse novo entendimento, que é um abrandamento da teoria finalista, para que as normas do Código de Defesa do Consumidor sejam aplicadas em uma relação de consumo é necessário que uma parte esteja em desvantagem técnica, jurídica ou econômica em relação à outra – ou seja, haja uma vulnerabilidade. Tal interpretação visa a não excluir da tutela das normas consumeristas os contratos firmados entre empresas onde uma, apesar de contratar com o fito de lucro ou escopo de incrementar sua atividade comercial, ainda pode estar sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor. Trataremos de tal assunto no tópico seguinte.

### **8. Da configuração (ou não-configuração) da empresa como consumidor na doutrina e na jurisprudência brasileiras**

Segue um exemplo evidenciando a teoria finalista aprofundada abaixo, no REsp 660.026-RJ, do ano de 2005:

No que tange à definição de “consumidor”, a 2ª Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp n. 541.867-BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. [N. 33]

dica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade comercial não se reputa como relação de consumo, e sim como uma atividade de consumo intermediária”. Para maiores detalhes acerca desse ponto v. o voto do Ministro Relator para o acórdão, Barros Monteiro.

Apesar de, no caso, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ter sido recusada à recorrida, o referido acórdão é importante, por demonstrar um abrandamento na teoria finalista clássica. Já se começa a considerar que uma empresa, mesmo considerada como consumidora intermediária – ou seja, que consome com o intuito de unicamente viabilizar sua atividade produtiva –, pode se valer da proteção do Código de Defesa do Consumidor, bastando que demonstre fragilidade técnica, jurídica ou econômica em face do outro pólo da obrigação. Se nos ativéssemos apenas à teoria finalista clássica, uma empresa jamais poderia invocar o Código de Defesa do Consumidor para reger suas relações profissionais – relações, estas, entendidas, aqui, como aquelas executadas de acordo com o fim social dela.

Demonstrando uma onda na jurisprudência no sentido de consolidar tal entendimento, da mesma forma decide o AgRg no REsp 687.239-RJ:

A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. [N. 34]

Entretanto, tal abrandamento na teoria não pode ser usado senão quando demonstrados os requisitos de vulnerabilidade, podendo, caso contrário, resultar em prejuízo da outra parte e, conseqüentemente, do sistema como um todo. Nesse sentido, não pode uma empresa alegar a tutela do Código de Defesa do Consumidor por ser relativamente frágil em face de outra muito maior economicamente. Torna-se necessário que a vulnerabilidade se mostre em concreto e de modo absoluto. Exemplificando tal assunto, segue o REsp 827.318-RS:

De início impõe-se ressaltar: as partes envolvidas na presente lide são uma montadora de veículos (a demandada) e uma concessionária (a demandante), de

forma que esta última, a par de ser considerada consumidora intermediária – o que já afastaria a incidência do Código de Defesa do Consumidor –, não apresenta, em princípio, a necessária hipossuficiência, visto que o simples fato de a ré ser empresa de maior porte que a autora não dá azo ao afastamento da cláusula de eleição de foro. [N. 35]

A simples constatação de que uma empresa é muito menor, em termos econômicos, em relação a outra não é o suficiente para invocar a proteção das normas consumeristas. Para tanto, faz-se necessária a análise caso a caso para determinar a aplicabilidade, ou não, do Código de Defesa do Consumidor. Nesta última decisão obviamente se pode perceber que a recorrente, empresa multinacional, tem muito mais recursos econômicos que a recorrente, mera fundição de ferro. Todavia, não se pode absolutamente considerar que esta não tem recursos econômicos suficientes para fazer o acompanhamento processual em outras localidades estabelecidas no foro de eleição contratual. Diante disso, o Tribunal não considera a recorrida como consumidora final hipossuficiente, e assevera qual papel deve o Código de Defesa do Consumidor desempenhar:

Como cediço, cuida-se o Código de Defesa do Consumidor de legislação especial, traduzindo-se num microssistema jurídico, com princípios e regras próprios, apartados das normas de direito comum, justamente por visar à tutela específica dos consumidores, classe hipossuficiente e vulnerável numa sociedade globalizada, cuja economia encontra-se regida pelo consumo de massa, dominado, muitas vezes, por grandes multinacionais e corporações.

Ora, não haveria sentido em tornar, ao alvedrio do intuito legal, o especial em comum, o excepcional em genérico, ampliado-se sobremaneira a gama de situações a merecer a proteção da legislação consumerista.

(...). Efetivamente, se a todos considerarmos “consumidores”, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito es-

pecial de proteção imposto pelo Código de Defesa do Consumidor passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilíbrio e proteger o não-igual.

(...). A amplitude de uma definição de “consumidor” que inclua a pessoa jurídica entre seus tutelados – e sem qualquer ressalva – pode se transformar em óbice ao desenvolvimento do direito do consumidor (...). Em outras palavras: se todos somos consumidores (no sentido jurídico), inclusive as empresas produtoras, por que, então, tutelar-se, de modo especial, o consumidor? [N. 35]

Aqui ainda cabe uma consideração quanto à influência do Código de Defesa do Consumidor, considerado como microssistema jurídico com lógica própria em face do direito comercial e do direito civil.

Antes da corporificação das normas de consumo em apenas um diploma se podia mais facilmente definir o que era uma relação civil e o que era uma relação comercial. Todavia, com o advento do Código de Defesa do Consumidor os campos de aplicação de cada direito imiscuíram-se, tornando-se muitas vezes nebulosa qual disciplina regeria a situação. O N. 29 é um exemplo claro disso: decide-se com base no Código Civil e se afasta uma possível tutela do Código de Defesa do Consumidor, que comporta uma responsabilidade mais rigorosa que a responsabilidade civil comum.

Isso acontece, principalmente, em virtude de o Código de Defesa do Consumidor englobar relações dos mais variados âmbitos. Além disso, disciplina relações entre pessoa jurídica e física, assim como entre duas pessoas jurídicas. Se remontarmos ao projeto do Código de Defesa do Consumidor constataremos que ele foi criado não só com o objetivo de regular o mercado, estabelecendo expectativas normativas aos agentes econômicos, mas também com o escopo de igualar as relações contratuais, ou seja, possibilitar que a pessoa física,

consumidor, pudesse negociar com uma empresa com capacidades (técnica, jurídica e econômica) muito superiores se comparadas àquela. Dentro desse regime do Código de Defesa do Consumidor: “O Direito passa a ser orientador do conteúdo dos contratos, o realizador da equitativa distribuição de obrigações e direitos nas relações contratuais e não só garante da livre manifestação da vontade das partes”.<sup>42</sup>

Essa era a lógica inerente ao Código de Defesa do Consumidor, da mesma forma que os antigos Códigos Comercial e Civil eram destinados a uma classe específica, “comerciantes” (na primeira fase) e “cidadãos comuns”, respectivamente.

Contudo, a jurisprudência mostra, em certos casos, ampliar a base de atuação do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-o entre duas empresas. O que poderia, num primeiro momento, parecer um problema ao direito comercial, por aviltar sua lógica e preterir-lo em favor do Código de Defesa do Consumidor, na verdade, não o é. Não foi o intuito do legislador substituir o direito comercial pelo Código de Defesa do Consumidor. São dois sistemas com princípios diferentes. Isso se justifica pela análise dos últimos acórdãos, que colocam ressalva à aplicabilidade das normas consumeristas. Estas não são aplicadas arbitrariamente, colocando em desuso as normas e princípios do direito comercial. Há critérios para sua aplicação, como, por exemplo, a necessidade de comprovação de hipossuficiência. Nesse sentido posiciona-se José Reinaldo de Lima Lopes: “É certo que uma pessoa jurídica pode ser consumidora em relação a outra; mas tal condição depende de dois elementos que não foram adequadamente explicitados neste particular artigo do Código. Em primeiro lugar, o fato de que os bens adquiridos devem ser bens de consumo, e não bens de capital. Em segundo lugar, que haja entre o for-

necedor e o consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor não veio revogar o Código Comercial ou o Código Civil no que diz respeito a relações jurídicas entre partes iguais, do ponto de vista econômico. Uma grande empresa oligopolista não pode valer-se do Código de Defesa do Consumidor da mesma forma que um microempresário. Este critério, cuja explicação na lei é insuficiente, é, no entanto, o único que dá sentido a todo o texto. Sem ele, teríamos um sem-sentido jurídico”.<sup>43</sup>

Logo, pode-se afirmar que tanto o Código de Defesa do Consumidor como a doutrina não se definiram muito bem quanto ao conceito de “consumidor”, cabendo, agora, portanto, à jurisprudência determinar a quem se aplicam as normas consumeristas, consolidando o entendimento sobre o tema.

## 9. Conclusão

Pela pesquisa realizada referente à evolução dos contratos e suas interpretações, percebe-se que no decorrer do século XX houve um abrandamento da concepção individualista do contrato e do princípio *pacta sunt servanda*. Passou, então, a vigorar a concepção social do contrato, exemplificada com o ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus* e da dissolução parcial das sociedades por cotas, hoje positivada na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002. Ou seja, o contrato inserido num contexto, num sistema, sendo este último que deve ser protegido em última instância.

Observa-se, também, que o princípio mais importante do direito comercial é o da boa-fé objetiva, que, por sua vez,

43. José Reinaldo de Lima Lopes, “Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor”, pp. 78-79, in *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 2ª ed., p. 83.

42. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais*, 5ª ed., p. 101.

é fortemente ligado aos usos e costumes; constituem-se portanto, estes como os principais responsáveis no direito comercial pelo provimento de segurança, previsibilidade e confiança ao mercado, que é a função deste.

Por meio da pesquisa jurisprudencial referente à questão da influência do Código de Defesa do Consumidor no direito comercial, ao estudar os princípios daquele microsistema, nota-se que ele é muito relacionado à idéia da função social do contrato e tem como pilares a defesa da parte hipossuficiente e a regulação do mercado. Tendo isso como pressuposto, percebe-se que tais princípios foram aplicados ao longo de todo o século XX pelos Tribunais, não sendo uma matéria introduzida pela Lei 8.078/1990. Lógico que, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, esses princípios ganharam poder vinculativo, aumentando muito suas influências em outras áreas, inclusive no direito comercial. Não se nega tal fato.

Todavia, tal influência não chega a aviltar a lógica comercial e introduzir uma nova. Como se observa em alguns acórdãos, o Código de Defesa do Consumidor só é aplicado a litígios comerciais com muita prudência e atenção especial do magistrado. Até porque o Código de Defesa do Consumidor não foi editado com a intenção de substituir o direito comercial, mas somente de preencher certas lacunas que ainda não eram muito bem reguladas – e.g., os contratos de adesão, contratos, estes, que, como vimos no N. 21, já eram motivo de discussão e que, com a massificação dos contratos, tornaram-se um grande problema jurídico, resultando em diversos abusos nessa área.

Retomando a teoria dos sistemas, temos que a função do sistema jurídico é a de garantir as expectativas normativas do direito comercial, especialmente no que tange às garantias das mesmas para o mercado e para a economia, buscando sempre uma melhor viabilização do fluxo econômico. O Código de Defesa do Consumidor

alterou essa lógica em algum momento? Ao longo do século XX percebeu-se que a autonomia da vontade – e a vinculação desta às partes –, levada ao extremo, era prejudicial ao fluxo econômico, ocasionando também excessivo desequilíbrio entre os entes envolvidos. Neste momento surgem, portanto, a já mencionada *função social do contrato*, que se tornou um meio mais adequado de garantir as expectativas normativas, como também o Código de Defesa do Consumidor, que atribui direitos às partes hipossuficientes, tanto economicamente como fática e tecnicamente, para se alcançar um equilíbrio contratual e, desse modo, incentivar o consumo. Nunca se buscou alterar a finalidade, apenas os meios é que mudaram, devido a uma nova realidade social e econômica.

Para melhor exemplificar, cabe citar a relação empregado/empregador como um bom exemplo disso. Até o início do século XX acreditava-se que quanto mais um funcionário trabalhasse e menos ganhasse, maior seria o lucro. Todavia, nos dias atuais, as teorias modernas da área de gestão de recursos humanos já defendem outra posição: que quanto mais um funcionário se sente motivado a trabalhar, tanto financeira quanto psicologicamente, mais ele rende e, portanto, mais ele ganha. Mesmo que trabalhe um menor número de horas por dia, ele passa a produzir mais e com mais qualidade, aumentando, assim, o lucro do empresário. Note-se que o objetivo final é o mesmo – ou seja, o lucro; porém, descobriram-se meios mais eficientes e condizentes com a atual realidade para se alcançar tal objetivo.

Dá-se o mesmo em relação ao direito comercial e ao direito do consumidor. Os comercialistas devem ver o Código de Defesa do Consumidor como mais um meio de garantir o “gyro commercial”, para usar expressão de Cairu. Afinal, os princípios mais importantes desse Código e o da função social (Código Civil de 2002) do contrato já vêm sendo aplicados pela jurisprudência ao longo de todo o século passado,

sendo sua positivação apenas conseqüência das decisões dos Tribunais que se firmaram ao longo desse século, como, *e.g.*, a positivação da cláusula *rebus sic stantibus* no Código Civil de 2002 (arts. 478-480).

Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor atua em outra dimensão, diferente da dimensão que o direito comercial, como um todo, trabalha. A este é mais relevante agir no sentido de padronizar comportamentos (boa-fé objetiva) para, assim, aumentar a previsibilidade/segurança/confiança, impedindo apenas abusos dos agentes econômicos (monopólios, cartões etc.); este não se preocupa, todavia, de maneira prioritária com o amparo do agente mais fraco. Ocorre o contrário com o direito consumerista, que busca primordialmente o amparo da parte hipossuficiente, não tendo como objetivo regular as relações comerciais como um todo, pois, como já foi dito, ele surgiu para agir numa determinada área da economia que não era muito bem regulamentada.

Todavia, o mesmo é aplicado em litígios comerciais, mas de maneira ainda não estabilizada pela jurisprudência. Porém, por meio da análise feita desta, é possível perceber que provavelmente os Tribunais vão seguir a teoria adotada pelo STJ. Trata-se da teoria finalista aprofundada, ou seja, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nos litígios somente em casos de vulnerabilidade fática, econômica ou técnica provada em concreto, não sendo justificável a tutela do Código de Defesa do Consumidor numa relação na qual se constate apenas mera fragilidade de uma das partes.

Dito isso, é relevante ressaltar a importância das futuras decisões dos magistrados para consolidar esta tendência, que, como podemos notar, aflora de modo já aparente. O objetivo do Código de Defesa do Consumidor não é regular relações meramente comerciais, mas tão-só propiciar maior segurança jurídica às relações consumeristas. Tal como o Código Civil de 2002, que, ao positivar a função social

do contrato, buscou também alcançar um nível mais seguro, previsível e condizente com a atualidade econômica para as relações comerciais. Assim, resta aos nossos juizes firmar esse rumo com prudência, sem ferir a legítima expectativa do comerciante, e muito menos os princípios comerciais.

## ANEXO –

### RELAÇÃO DAS DECISÕES CITADAS

N. 1: STF, AC 3.995-DF, rel. Min. Costa Manso, j. 25.5.1934, *RT* XCIV-418/576

N. 2: STF, AC/DF, rel. Min. Alfredo Pinto, j. 28.10.1922, *RT* XLVI-247/217

N. 3: Sentença do Juiz Affonso José de Carvalho, de 21.11.1923, *RT* LXVIII-259/390 (“Primeira Instancia”)

N. 4: STF, 1ª Turma, RE 71.443-RJ, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 15.6.1973, v.u.

N. 5: STF, 1ª Turma, RE 75.511-PR, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 29.5.1973, v.u.

N. 6: TF, 2ª Turma, RE 56.960-SP, rel. Min. Hermes Lima, j. 13.11.1964, v.u.

N. 7: STF, 1ª Turma, RE 116.669-0-BA, rel. Min. Oscar Corrêa, j. 18.11.1988, v.u.

N. 8: Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 3ª Câmara, AC 5.362, rel. Juiz Emmanuel de Almeida Sodré, j. 24.4.1945, v.u., *RT* 166-562/786-789

N. 9: STJ, 6ª Turma, REsp 37.277-1-MG, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 27.9.1993, v.u.

N. 10: STJ, 6ª Turma, REsp 32.639-8-RS, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 23.3.1993, v.u.

N. 11: STJ, 3ª Turma, REsp 46.723-3-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.8.1994, v.u.

N. 12: TJSP, 1ª Câmara Civil, AC 94.787, de Campinas, rel. Des. David Filho, j. 21.7.1959, v.u., trecho da sentença do Juiz Celso Penteadó, de 31.3.1959, *RT* 292/218-223, especificamente p. 221

N. 13: TJSP, AC 6.790, de Ribeirão Preto, j. 14.9.1912, *RT* (1912)

N. 14: STJ, 3ª Turma, REsp. 783.520-GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 7.5.2007, v.u.

N. 15: STF, 1ª Turma, RE 79.545-BA, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 22.11.1974

N. 16: STF, 2ª Turma, RE 12.878-SP, rel. Min. Afrânio Costa, j. 29.12.1959, v.u.

N. 17: STF, 2ª Turma, RE 14.465-SP, rel. Min. Afrânio Costa, j. 2.6.1953, m.v.

N. 18: STF, 2ª Turma, RE 19.757-SP, rel. Min. Afrânio Costa, j. 13.1.1953, v.u.

N. 19: TJSP, 2ª Câmara Civil, AC 91.836, de Santos, rel. Des. J. Guzzo, v.u., trecho da sentença do Juiz Raul da Rocha Medeiros Jr., de 8.7.1958, RT 301/168 e ss. (p. 173)

N. 20: Eduardo Spínola, "Responsabilidade das companhias de transporte pelos danos sofridos por seus passageiros", RT XLVII-253/355, Ano XII, 1923 ("Consultas e Pareceres")

N. 21: Tribunal da Relação/Belo Horizonte, AC, rel. Juiz Cleto Toscano, j. 1.6.1927, RF 49/76

N. 22: Laudo Ferreira de Camargo, "Notas de um juiz", RT XLIV-235/135-137 ("Primeira Instância")

N. 23: STJ, 3ª Turma, REsp 226.286-RJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.3.2001, m.v.

N. 24: TJMG, 14ª Câmara Cível, AC 2.0000.00.512.930-4/000, de Belo Horizonte, rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, m.v.

N. 25: STJ, 4ª Turma, REsp 57.974-0-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.4.1995, v.u.

N. 26: TJMG, 14ª Câmara Cível, AC 515-174-1, de Belo Horizonte, rela. Desa. Heloísa Combat, j. 29.6.2005, v.u.

N. 27: TJMG, 14ª Câmara Cível, AC 2.0000.00.518.819-4/00, de Belo Horizonte, rela. Desa. Heloísa Combat, j. 15.9.2005, v.u.

N. 28: TJMG, 14ª Câmara Cível, AC 2.0000.00.519.423-2/00, de Ipatinga, rela. Desa. Heloísa Combat, j. 15.9.2005, m.v.

N. 29: TJRS, 5ª Câmara Cível, AC 70003041530, de Giruá, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 1.11.2001, v.u.

N. 30: TJRS, 9ª Câmara Cível, AC 70009627761, de Viamão, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, j. 26.10.2005, v.u.

N. 31: TJRS, 5ª Câmara Cível, AC 70004834628, de Bento Gonçalves, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 3.10.2002, v.u.

N. 32: STJ, 2ª Seção, REsp 541.867-BA rel. para o acórdão Min. Barros Monteiro, j. 10.11.2004

N. 33: STJ, 4ª Turma, REsp 660.026-RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 3.5.2005, v.u.

N. 34: STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 687.239-RJ, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 6.4.2006, v.u.

N. 35: STJ, 4ª Turma, REsp 827.318-RS, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 12.9.2006, v.u.

### Bibliografia

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "O Direito pós-moderno e a codificação". *Revista da Faculdade de Direito* 1999. São Paulo, USP.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos, MARQUES, Cláudia Lima, e MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Direito e Decisão Judicial: uma Redescritção a Partir da Teoria dos Sistemas*. São Paulo, Tese de Concurso, 2000.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida – Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*. São Paulo, Cultrix.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. vol. I.

COMPARATO, Fábio Konder. "A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico". *RDM* 15-16/90-91.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. "Bona fides". Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7674>.

FLESCH, Esther Miriam, e WATANABE, Kazuo. "O impacto do novo Código Civil brasileiro na atividade empresarial". *Comentário Jurídico – Revista Brasil-Alemanha* janeiro-fevereiro/2003 (Disponível em [http://www.ahkbrasil.com/comentarios\\_juridicos/2003/jur\\_fev03.pdf](http://www.ahkbrasil.com/comentarios_juridicos/2003/jur_fev03.pdf)).

FORGIONI, Paula Andrea. "A interpretação dos negócios empresariais no novo Códico

- go Civil brasileiro". *RDM* 130/7-38, São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- \_\_\_\_\_, e GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.
- GRAU, Eros Roberto, e FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. "Raciocínio jurídico e Economia". *Revista de Direito Público da Economia* 2-8/137-170. Belo Horizonte/MG, 2004.
- \_\_\_\_\_. "Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor". in GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2000).
- LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor – Aspectos Práticos – Perguntas Respostas*. vol. 10. São Paulo, Ed. RT, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais*. 5ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos, e MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT.
- MORISHITA, Ricardo. Disponível em <http://www.mj.gov.br/noticias/2005/marco/rls-110305consumidor.htm>.
- SALLES, Carlos Alberto de. "O direito do consumidor e suas influências sobre mecanismos de regulação de mercado". *Revista do Direito do Consumidor* 17. São Paulo, Ed. RT, 1996.
- SILVA, Fernando Borges. "O Código de Defesa do Consumidor: um microsistema normativo eficiente?". Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7564>.
- TADDEI, Marcelo Gazzzi. "O direito comercial e o novo Código Civil brasileiro". Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3004>.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 7ª ed. São Paulo, Atlas, 2007.
- WALD, Arnoldo. "O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras". *RT* 666/14. São Paulo, Ed. RT, abril/1991.
- \_\_\_\_\_. *Obrigações e Contratos*. 5ª ed. São Paulo, 1971.
- WATANABE, Kazuo, e FLESCHE, Esther Miriam. "O impacto do novo Código Civil brasileiro na atividade empresarial". *Comentário Jurídico – Revista Brasil-Alemanha* janeiro-fevereiro/2003 (Disponível em [http://www.ahkbrasil.com/comentarios\\_juridicos/2003/jur\\_fev03.pdf](http://www.ahkbrasil.com/comentarios_juridicos/2003/jur_fev03.pdf)).
- XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Português no Direito*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1992.

### Páginas Eletrônicas

- Sítio da Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha: [www.ahkbrasil.com](http://www.ahkbrasil.com)
- Sítio da Secretaria Nacional de Segurança Pública: [www.infoseg.gov.br](http://www.infoseg.gov.br)
- Sítio do Jus Navigandi: <http://jus2.uol.com.br>
- Sítio do STF: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)
- Sítio do STJ: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)
- Sítio do TJMG: [www.tjmg.gov.br](http://www.tjmg.gov.br)
- Sítio do TJRS: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)
- Sítio do TJSP: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)