

ANÁLISE
ECONÔMICA E
ESTRATÉGICA
DO DIREITO



ANÁLISE ECONÔMICA E ESTRATÉGICA DO DIREITO

Alexandre Bueno Cateb
Frederico de Andrade Gabrich
Rachel Sztajn
[Orgs.]

coleção INSTITUIÇÕES SOCIAIS,
DIREITO E DEMOCRACIA
Maria Tereza Fonseca Dias [coord.]

v. 9

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Tales Leon de Marco
(Sob imagem de Claude Monet [Boulevard des Capucines (1873) - Detalhe] licenciado pelo Wikicommons)

Diagramação
Letícia Robini de Souza

**COLEÇÃO INSTITUIÇÕES SOCIAIS,
DIREITO E DEMOCRACIA**
COORDENAÇÃO
Maria Tereza Fonseca Dias

NÚCLEO DE PESQUISA DO MESTRADO EM DIREITO DA FUMEC
Ms. Gustavo Matos de Figueirôa Fernandes (Coordenador)
Renato Horta Rezende (Membro)
Tamer Fakhoury Filho (Membro)
Laura Campolina Monti (Membro)

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte - MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007



UNIVERSIDADE
FUMEC



Fundação Nacional de Desenvolvimento
do Ensino Superior Particular

Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

ANÁLISE ECONÔMICA E ESTRATÉGICA DO DIREITO. Alexandre Bueno Cateb; Frederico de Andrade Gabrich; Rachel Sztajn [Orgs.]. Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia -- vol. 9 -- Coord.: Maria Tereza Fonseca Dias -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia
ISBN: 978-85-8425-483-5

1. Direito . 2. Coleçõol. Título. II. Direito

CDU343

CDD340

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	7
<i>Capítulo 1</i>	9
A APLICAÇÃO DA TEORIA DO FINALISMO MITIGADO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DESESTÍMULO AO EMPREENDEDORISMO Jean Carlos Fernandes Wallace Fabrício Paiva Souza	
<i>Capítulo 2</i>	45
A FRAGILIZAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO PELOS INCENTIVOS FISCAIS E OS REFLEXOS NAS FINANÇAS PÚBLICAS Eduardo Cristiano de Souza Maria de Fátima Ribeiro	
<i>Capítulo 3</i>	77
COMPLIANCE E INTEGRIDADE CORPORATIVA SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO César Fiúza Helton Júnio da Silva	

*Capítulo 4*109

**CUSTOS DE TRANSAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO
DESPROPORCIONAL DE LUCROS EM SOCIEDADES
LIMITADAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE**

Lucas Pacheco Vieira

*Capítulo 5*137

**DO REGIME DE ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL
TEMPORÁRIA DAS INSTITUIÇÕES
FINANCEIRAS EM CRISE**

Felipe Falcone Perruci

*Capítulo 6*173

**PAPEL DO JUIZ NO ESTADO CONSTITUCIONAL
MEDIANTE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Alexandre Bueno Cateb

Alderico Kleber de Borba

APRESENTAÇÃO

Este livro, na forma de coletânea, compõe um processo de desenvolvimento da pesquisa jurídica brasileira na interseção entre os setores o Público e Privado, alicerce do programa de Mestrado da Universidade Fumec na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia em especial para linha de pesquisa Autonomia Privada, Regulação e Estratégia.

Os capítulos presentes nesta obra foram selecionados e avaliados pelos coordenadores em decorrência de edital publicado no site do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, o que possibilitou o envio de trabalhos desenvolvidos em todo o Brasil. Também faz desta obra um ícone da pesquisa científica do Direito a parceria/apoio realizada pela FUNADESP – A Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular – que sempre incentiva, acredita e investe na produção científica no Brasil e em especial na Universidade Fumec.

Assim, o presente livro constitui-se em um importante ponto de debate para a análise econômica e estratégica do Direito, apresentando em seus capítulos questões

referentes a aplicação da teoria do finalismo mitigado nos contratos empresariais pelo Superior Tribunal de Justiça; custos de transação da distribuição desproporcional de lucros em sociedades limitadas; papel do juiz no estado constitucional mediante análise econômica do direito; compliance e integridade corporativa sob a perspectiva da análise econômica do direito; do regime de administração especial temporária das instituições financeiras em crise; a fragilização do pacto federativo pelos incentivos fiscais e os reflexos nas finanças públicas.

A abrangência e a profundidade do tratamento dado às diferentes dimensões que envolvem direta e indiretamente a linha de pesquisa Autonomia Privada, Regulação e Estratégia farão desta obra uma referência obrigatória para a comunidade acadêmica do Direito, de modo a contribuir para a construção de um Brasil mais justo, eficiente e soberano.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO FINALISMO MITIGADO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DESESTÍMULO AO EMPREENDEDORISMO

1

Jean Carlos Fernandes¹
Wallace Fabrício Paiva Souza²

1.1. INTRODUÇÃO

O Brasil, na atualidade, encontra-se numa fase com recursos cada vez mais escassos, de forma que seja necessária a criação de um ambiente econômico propício para o desenvolvimento, como segurança jurídica e econômica.

O Direito Empresarial, nesse contexto, tem uma posição de destaque, por ter o potencial de ser propulsor do

¹ Advogado, Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Privado pela PUC Minas, Mestre em Direito Comercial pela UFMG, Professor do Programa de Mestrado de Direito da Faculdade de Direito Milton Campos, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Direito Milton Campos e Professor de Direito Empresarial da PUC Minas.

² Advogado, Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (Bolsista CAPES) e Pós-Graduado em Direito e Processo Civil pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais.

desenvolvimento econômico. Ocorre que isso exige uma clareza do seu âmbito de atuação.

Um empresário celebra contratos das mais diversas formas, podendo estar do outro lado da relação o Estado ao participar de uma licitação, um consumidor ao vender um bem para ele, um trabalhador ao contratar para prestação de serviços, um empresário, dentre outros, e não se pode tratar esses contratos de forma igual, devido às peculiaridades de cada um, sob pena de se chegar a provimentos jurisdicionais equivocados.

Os tribunais, todavia, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, não vêm tratando os contratos empresariais com base nos seus vetores de funcionamento específicos, aplicando teorias específicas do Direito do Consumidor. Embora a aplicação do Código de Defesa do Consumidor consiga neutralizar as diferenças entre os empresários, a dependência econômica faz parte dos contratos empresariais. Proteger o mais fraco aqui é premiar a ineficiência.

O presente trabalho almeja, assim, uma análise da aplicação da teoria do finalismo mitigado nas relações empresariais e seus pressupostos, discorrendo sobre como isso pode ser um desestímulo ao empreendedorismo.

Para a condução deste trabalho, então, foi utilizado o método exploratório, de modo que o objeto foi estudado por meio de coleta e estudo de doutrina, artigos científicos e dissertações que retratam o tema em questão.

Dessa forma, dividiu-se a pesquisa em 4 partes. Partiu-se da análise do Estado e do papel do Direito Empresarial. Após, passou-se a análise dos contratos empresariais, definindo o empresário. Fez-se, posteriormente, uma análise do conceito de consumidor e da aplicação da teoria do finalismo mitigado pelo Superior Tribunal de Justiça. Por fim, foi feita uma análise da aplicação da referida teoria no

âmbito dos contratos empresariais, relacionando o tema com o desestímulo ao empreendedorismo.

Espera-se que ao final sejam atingidos os objetivos propostos.

1.2. O ESTADO E O PAPEL DO DIREITO EMPRESARIAL

Em breve análise sobre o conceito de Estado, verifica-se que na Antiguidade Romana essa palavra denotava situação ou condição de algo, como a expressão “estado civil”, que designava a posição na sociedade do indivíduo, que poderia ser romano ou estrangeiro. Na Idade Média, por sua vez, o Estado já eram os estamentos, que posteriormente seriam chamados de clero, nobreza e o povo. (CARVALHO, 2010, p. 79).

Mas, para o âmbito deste trabalho, interessa o conceito de Estado que começou a ser criado por Nicolau Maquiavel em 1513, com a obra “O Príncipe”, na qual ele representa uma unidade política total. Sendo assim, para se falar em Estado, importante considerar a existência de três elementos: povo, território e poder político. (CARVALHO, 2010, p. 79).

Alexandre Groppali (1968, p. 303), nesse sentido, diz que Estado é “*a pessoa jurídica soberana, constituída de um povo organizado sobre um território sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social*”. Interessante também o conceito de Pablo Lucas Verdú (1986, p. 49), que entende por Estado “*a sociedade territorial juridicamente organizada, com poder soberano que busca o bem-estar geral*”.

A compreensão teórica do Estado, assim, faz com que o fenômeno estatal se revele no elemento pessoal (Estado-comunidade) e no elemento poder (Estado-aparelho), sendo que, embora o Estado não se reduza a nenhum deles,

ambos se submetem ao jurídico, que traz a segurança e justiça. (CARVALHO, 2010, p. 80).

Percebe-se, então, que o Estado possui como uma das funções sociais “*a busca pelo desenvolvimento social, incrementando a qualidade de vida de seus cidadãos*” (TOKARS, 2007, p. 29). Diz Fábio Tokars (2007, p. 30) sobre o tema:

o sinalagma característico do contrato social conduz a uma relação em que o cidadão aceita as restrições a sua liberdade individual (em consequência da sujeição ao ordenamento jurídico nacional) mas, em contrapartida, espera beneficiar-se da segurança jurídica e econômica, bem como do desenvolvimento social, oferecidos pelo aparelho estatal.

Contudo, esse desenvolvimento social almejado pode ser perseguido por diversas maneiras, sendo uma delas a adoção de uma política paternalista, mas como os recursos estatais são cada vez mais escassos, entende Fábio Tokars (2007, p. 30) que o ideal seria criar um ambiente econômico propício para o desenvolvimento econômico que levaria ao social também.

A lógica para o autor é de que a evolução da economia privada, ao incrementar a atividade empresarial, levaria à geração de empregos, pagamento de salários que possibilitam o consumo, aumento do faturamento das empresas e a geração de mais empregos. Seria um ciclo virtuoso, de modo que os desenvolvimentos econômico e social andariam juntos. (TOKARS, 2007, p. 30).

Nesse contexto, é de fundamental importância o Direito Empresarial³, que ocupa posição de destaque

³ No Brasil, o Direito Empresarial também pode ser chamado de Direito Mercantil, Direito Comercial, Direito dos Negócios, dentre

no ordenamento jurídico brasileiro, por ser propulsor do desenvolvimento econômico, apresentando como características básicas a onerosidade, rapidez, dinamismo, cosmopolitismo, fragmentariedade e informalidade (FERNANDES, 2015, p. 5).

Além disso, destacam-se os princípios que dão forma ao Direito Empresarial, quais sejam:

funcionamento regular do mercado, preservação da empresa, a proteção dos minoritários, o estímulo à atividade econômica, a busca do pleno emprego, o solidarismo constitucional, o *par conditio creditorum*, a documentabilidade cartular e eletrônica, a literalidade, a autonomia e a equivalência funcional dos títulos de crédito, veracidade dos livros empresariais e a boa-fé objetiva. (FERNANDES, 2015, p. 31/32)

O Direito Empresarial, assim, colocar-se-ia sobre três vertentes: ciência, dimensão da realidade e conjunto de regras e princípios que regulam a atividade mercantil, especificando-se da seguinte forma:

como ciência, reflete os aspectos: jurídicos, enquanto ordem jurídica estabelecida; histórico, como produto histórico; e filosófico, como expressão das formas de vida do homem, prevalecendo a capacidade da justiça acima da ordem (Rudolf Von Ihering). Como dimensão da realidade, é fruto de sua

outros nomes, sendo que alguns autores entendem haver diferenças entre eles. Todavia, este trabalho não adentra neste mérito, sendo importante apenas saber que, independente do nome, é um ramo especial do Direito que disciplina a atividade dos agentes econômicos que geram riquezas e possuem o escopo de lucro.

história, dos fatos, das regras e do comportamento dos agentes econômicos. No tocante a terceira vertente cabe conceituar o Direito Comercial atual como uma disciplina jurídico-privada especial, autônoma material e científicamente, originária de condicionamentos histórico-culturais, composta por um conjunto de regras e princípios próprios que disciplinam a atividade econômica organizada (a empresa) exercida pelo empresário (sujeito de direito) para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, no âmbito do mercado. (FERNANDES, 2015, p. 34)

Fundamental, então, saber quais são os elementos essenciais do Direito Empresarial. O primeiro é o empresário (individual e social), que é um sujeito de direito que o ordenamento jurídico confere um *status* especial em função da atividade que explora. O segundo é a empresa, atividade exercida pelo empresário. Por fim, o terceiro é o estabelecimento, conjunto de bens organizado pelo empresário para o exercício de sua atividade. Por conta desses elementos, o Direito Empresarial se tornou singular. (FERNANDES, 2015, p. 36).

Mas, como se sabe, o desenvolvimento econômico não vem apenas de regras jurídicas, de modo que o mercado tenha regras econômicas próprias, então se propõe neste estudo também uma análise econômica do direito, para maior efetividade das normas no âmbito do mercado. A análise econômica do direito é uma escola que tem como objetivos a implementação dos postulados econômicos na aplicação e interpretação das normas jurídicas, para que se tenha uma maior eficiência nas relações (MONTEIRO, 2013).

São importantes esses postulados econômicos, pois, como explica David Friedman (2004, p. 40), uma análise

econômica pode identificar os efeitos de uma norma jurídica ou decisão, permitir que uma norma seja mais efetiva e identificar quais normas são melhores para propiciar um desenvolvimento econômico.

Verifica-se que um desenvolvimento econômico-social exige um estímulo do empreendedorismo e a máxima tutela do crédito. Todo investimento decorre de uma análise de risco e qualquer atividade empresarial envolve um risco considerável. Cabe ao Estado, assim, gerar um contexto de riscos aceitáveis, sob pena de a economia fracassar. (TOKARS, 2007, p. 30/32).

Mas será que apenas o Direito Empresarial consegue resolver essa questão? É certo que há um sistema onde todos os ramos do Direito devem atuar em conjunto para a sociedade e, caso a aplicação de um ramo saia da razoabilidade, todo o sistema pode ser prejudicado. Dessa forma, importante ter com clareza o âmbito de atuação de cada ramo do Direito, notadamente do Direito Empresarial e do Consumidor, sendo que neste trabalho será analisada a aplicação da teoria do finalismo mitigado nos contratos empresariais.

O que se pretende com essa pesquisa, então, é fazer uma análise jurídica da questão, observando também os postulados econômicos.

1.3. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS⁴ NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CONCEITO DE EMPRESÁRIO

Como explicado brevemente no tópico anterior, a empresa é a atividade exercida pelo empresário, mas, como

⁴ Mantendo a mesma linha quanto à denominação do Direito Empresarial, também se usa como sinônimos as expressões “contratos empresariais”, “contratos comerciais” e “contratos mercantis”.

explica Paula Forgioni (2009, p. 23), “*a empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz principalmente por meio dos contratos*”. A empresa se revela nas transações e, como consequência, ao estabelecer contratos e relações jurídicas, passa a interessar ao Direito.

Mas o que seriam os contratos? Há inúmeros conceitos para eles e não se pretende aqui esgotar esse conceito, mas se pode dizer, em breve suma, que contrato

é a convenção, pacto ou acordo para execução de algo sob determinadas condições entre as partes contratantes. A vida moderna, com o avanço da tecnologia nos obriga a ampliar as relações entre as pessoas, praticando atos jurídicos através de convenções recíprocas, geradoras do contrato. Contrato, portanto, é ato jurídico em que duas ou mais pessoas se obrigam ou convencionam, por consentimento recíproco, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, verificando, assim, a constituição, modificação ou extinção do vínculo patrimonial. (JUNQUEIRA, 2006, p. 27)

Como afirma Roppo (2001, p. 56), “*na economia moderna, é o contrato, acima de tudo, que cria a riqueza*”. Todavia, um empresário celebra contratos das mais diversas formas, podendo estar do outro lado da relação o Estado ao participar de uma licitação, um consumidor ao vender um bem para ele, um trabalhador ao o contratar para prestação de serviços, dentre outros, e não se pode tratar esses contratos de forma igual, devido às peculiaridades de cada um. Importante, então, caracterizar neste tópico os contratos empresariais.

Os contratos empresariais são aqueles cujos polos da relação são formados somente por empresários,

que possuem uma atividade movida pela busca do lucro. (FORGIONI, 2009, p. 28/29). Fixadas essas premissas, já se adianta que os contratos com consumidores, que ligam um profissional a um consumidor, não entrariam no Direito Empresarial..

Vê-se os contratos empresariais como categoria unitária e autônoma, então é preciso analisar o que eles guardam entre si como características para compreensão de suas peculiaridades e do impacto que causam na dinâmica do mercado. Isso seria o que Paula Forgioni (2009, p. 56/150) chama de vetores de funcionamento dos contratos empresariais, podendo-se destacar os seguintes:

1. nos contratos empresariais, há o escopo de lucro pelas partes contratantes isto é, visam a uma vantagem econômica;
2. todo negócio possui uma função econômica, de modo que as partes não contratem pelo mero prazer de firmar um contrato;
3. as contratações são resultado dos custos de escolhas e, se há o contrato, é porque se entende que haverá mais vantagens que desvantagens;
4. os contratos nascem da prática dos comerciantes, que não possuem o interesse de se vincular eternamente aos contratos;
5. faz parte do contrato empresarial a ausência relativa de informação sobre a outra parte e, para preservação do negócio, evita-se tratar de pontos conflituosos. Além disso, tem-se a ciência de que é impossível o contrato trazer todas as vicissitudes que podem ser enfrentadas pelas partes;

6. o negócio jurídico não pode ser entendido de forma isolada, necessitando do contexto empresarial, que é interdisciplinar, para sua interpretação;
7. há a necessidade de segurança e previsibilidade jurídicas para os contratos empresariais. A força obrigatória dos contratos é essencial para o mercado, coibindo eventual oportunismo, e a confiança deve ser preservada;
8. há limitações à autonomia privada impostas pelo próprio ordenamento jurídico;
9. é de extrema importância a tutela do crédito;
10. a possibilidade de erro do agente econômico faz parte dos negócios empresariais e não pode ser desprezada;
11. há a boa-fé como forma de diminuir os custos de transação e se deve presumir que os contratantes são ativos e probos, mas a empresa perseguirá seu próprio interesse, sem esperar que ela queira privilegiar o parceiro comercial. As informações que uma empresa detem serão utilizadas em proveito próprio;
12. aplicam-se usos e costumes nas relações comerciais;
13. a forma dos contratos é instrumental ao bom fluxo de relações econômicas;
14. o contrato é uma das formas dos empresários alocarem riscos inerentes à atividade econômica;
15. pode haver mudança de comportamento pós-contratual, respeitado o dever de colaboração; e

16. as partes podem ser dependentes economicamente uma da outra.

Após análise dos vetores de funcionamento dos contratos empresariais, verifica-se claramente que eles não são semelhantes aos contratos de trabalho ou de consumo, por exemplo, de forma que possuem uma lógica própria.

Note-se, por exemplo, a questão da importância da tutela do crédito. Como explicado por Paula Forgioni (2009, p. 90), o direito que não protege o crédito, desestimula o fluxo de relações econômicas, comprometendo todo o funcionamento do mercado. É claro que não se protege o crédito apenas para legitimar uma supremacia dos mais fortes sobre os mais fracos, mas sim para proteção da preservação do mercado.

Além disso, diferentemente dos contratos de trabalho e de consumo,

nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte (agir conforme o direito). Não fosse assim e o sistema jurídico [i] estaria cometendo equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise microeconômica clássica, porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou [ii] desestimularia as contratações. (FORGIONI, 2009, p. 93)

Não cabe aqui, no âmbito dos contratos empresariais, que o ordenamento jurídico neutralizasse os efeitos de um erro para o empresário apenas para proteger o mais fraco na relação. Seria premiar a ineficiência.

Deixa-se claro mais uma vez, contudo, que esses votores de funcionamento se aplicam às relações entre os empresários, de sorte que se participarem da relação terceiros não empresários, os votores mudam. E, como também já afirmado, ainda que sejam relações entre empresários, há limitações à autonomia privada, reprimindo abusos.

Apurada a existência de características próprias para as relações entre os empresários no mercado, pretendeu-se demonstrar que os negócios mercantis merecem um tratamento diferenciado de uma doação entre um pai e uma filha ou entre um indivíduo que quer comprar um geladeira para sua casa, por exemplo. Desse modo, “*a interpretação do negócio comercial, sob o ponto de vista do mercado, não pode desconsiderar os pressupostos de funcionamento do sistema apontados*” (FORGIONI, 2009, p. 218).

Até o momento, caracterizaram-se os contratos empresariais como aqueles firmados entre os empresários, mas quem são os empresários?

Dispõe o art. 966 do Código Civil: “*considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” (BRASIL, 2002, Art. 966, *caput*). Haroldo Verçosa (2014, p. 116), assim, destrincha o conceito de empresário em 5 elementos:

1. exercício de uma atividade;
2. a natureza econômica da atividade;
3. a organização da atividade;

4. a profissionalidade do exercício de tal atividade (elemento teleológico subjetivo);
5. a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços (elemento objetivo).

Quanto ao exercício de uma atividade, importa que ela “corresponda a um constante repetir-se” (VERÇOSA, 2014, p. 117), não podendo ser meramente um negócio ocasional. Diferencia-se, assim, a atividade de um mero ato, de modo que este se exaure e não depende de outros para sua completude, enquanto aquela depende de uma sequência de atos.

Mas essa atividade não pode ser qualquer uma, devendo ter uma natureza econômica, isto é, criadora de riqueza. Essa atividade econômica poderá ser meio, quando o resultado positivo alcançado for revertido em prol da própria atividade, como ocorre numa associação benéfica, ou finalidade, como ocorre nas sociedades, em que o lucro será distribuído entre os sócios. Observa-se que não necessariamente o empresário terá lucro, tanto que ele pode encerrar suas atividades por serem inviáveis, mas o intuito deve ser lucrativo. (VERÇOSA, 2014, p. 119/120).

Essa atividade ainda exige uma organização, de sorte que a atividade tenha que ser feita por meio de um complexo de bens organizados para o exercício da empresa. Importante destacar que o porte do estabelecimento não está diretamente relacionado com a complexidade da organização, e não se exige que haja concurso de trabalho de outras pessoas também. O que se espera nesse elemento de caracterização é que, sob o aspecto da organização, “*o empresário organiza dinamicamente os fatores da produção – natureza, capital, trabalho e, modernamente, a tecnologia –, na busca*

do lucro pela realização de determinada atividade” (VERÇOSA, 2014, p. 124).

Há ainda que tecer considerações sobre o elemento teleológico subjetivo, que é a profissionalidade da atividade. Uma atividade profissional representa uma atuação contínua e especializada em um determinado campo de interesse com conteúdo econômico, havendo a necessidade de ser efetiva e não meramente potencial. Exige-se uma habitualidade e continuidade, mas que devem ser vistas com cuidado, para não descaracterizar, por exemplo, um estabelecimento hoteleiro que abre apenas para determinadas temporadas. Se ele abre em períodos regulares, há habitualidade e continuidade. Além disso, exige-se uma voluntariedade e consciência do comportamento atuante para o empresário, não se podendo falar em uma empresa que surgiu de forma accidental. (VERÇOSA, 2014, p. 126).

Por fim, há a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços, sendo esse o elemento objetivo, de modo que a atividade do empresário deve ser feita para o mercado, e não em proveito próprio. Faz-se necessário unir o conceito de circulação ao de produção. (VERÇOSA, 2014, p. 134).

Analizado o *caput* do art. 966 do Código Civil, importante também analisar seu parágrafo único, que traz quem não é empresário. Dispõe o referido dispositivo: “*não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*” (BRASIL, 2002, Art. 966).

Verifica-se, então, que quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística não será considerado como empresário, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. Mas o que seria essa ressalva do elemento de empresa? Respondendo a esse questionamento,

a ressalva a elemento de empresa refere-se à situação em que a atividade intelectual não é preponderante, muito menos o fim social pretendido, mas apenas um meio (engrenagem) para a consecução dos objetivos societários de produção ou circulação de bens ou de serviços relativa a uma atividade econômica empresarial complexa. Sendo, assim, a atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística é absorvida ‘como dos fatores da organização empresarial’ (CJF, III Jornada de Direito Civil, Enunciado 195). (FERNANDES, 2015, p. 38)

Por fim, citam-se os enunciados 194 e 195 da III Jornada de Direito Civil sobre o art. 966 do Código Civil:

194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

195 – Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial. (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 40)

1.4. O CONCEITO DE CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO FINALISMO MITIGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No dia 11 de setembro de 2015, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) completou vinte e cinco anos, possuindo um papel importante na análise da teoria contratual.

Em breves considerações sobre o Direito do Consumidor, há registros de normas consumeristas já no Código de Hamurabi, mas ele surge efetivamente com a Revolução Industrial, quando já se é possível falar numa sociedade de massa com o consumo moderno. (OLIVEIRA, 2012, p. 8/9).

Com a chegada de meios tecnológicos, no período entre o final do século XIX e início do século XX, houve um aumento considerável da produção e do consumo, de modo que surgiram também inúmeros problemas relacionados a esse aumento. Hoje pode até se dizer que “*o consumo representa o ponto de partida da atividade econômica e é um importante componente da vida humana*” (PERIN JÚNIOR, 2003, p. 6).

No Brasil, o primeiro órgão de defesa do consumidor foi o PROCON, que surgiu em 1978, mas o Direito do Consumidor só foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1988, na qual se encontram os arts. 5º, XXXII, e 170,V, com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; (BRASIL, 1988, Arts. 5º e 170)

O CDC, então, foi criado tendo em vista a disposição do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*” (BRASIL, 1988, Art. 48 - ADCT). Conforme a própria ementa e art. 1º do CDC, ele se destina à proteção do consumidor. Logo, é de extrema importância saber quem é o consumidor para o Direito Brasileiro, fugindo dos conceitos de leigos.

Cláudia Lima Marques (2011, p. 302) o define como

o não profissional que retira da cadeia de fornecimento o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, sendo o vulnerável do mercado de consumo; é o destinatário final fático e econômico dos serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade de consumo ou de massa.

Como explica Júlio Moraes Oliveira (2012, p. 38/77), o CDC traz o conceito de consumidor em quatro dispositivos: art. 2º, *caput*; art. 2º, parágrafo único; art. 17; e art. 29.

O art. 2º, *caput*, traz o conceito *strictu sensu*, possuindo a seguinte redação: “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*” (BRASIL, 1990, Art. 2º). Mesmo com esse dispositivo, o conceito de consumidor não é tão simples, havendo três correntes para defini-lo.

A corrente maximalista é uma corrente objetiva, que define o consumidor como o destinatário final fático, ou seja, aquele que retirou o produto da cadeia de fornecimento. O que interessa aqui é o objeto da relação, não sendo relevante a questão da destinação do produto

ou da vulnerabilidade de uma das partes. Como crítica a essa corrente, há o fato dela ampliar demais a proteção do CDC, que se tornaria com sua aplicação um código do mercado de consumo.

Há a corrente finalista pura, que é, ao contrário da maximalista, uma corrente subjetiva. Para ela, destinatário final seria apenas aquele que retira um produto do mercado dando a ele uma destinação final de uso, consumindo-o na cadeia produtiva. O produto teria que ser para uso próprio e não para posterior beneficiamento. Aqui não entraria a relação de uma pessoa que compra uma impressora para sua empresa, embora ela retire da cadeia de fornecimento.

Por fim, surge a teoria finalista mitigada, com fundamento no art. 4º, I, CDC:

a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL, 1990, Art. 4º)

Para a teoria finalista mitigada, também denominada como temperada, atenuada, mista, abrandada, equitativa ou aprofundada, o ponto chave para a definição de consumidor numa relação é a sua vulnerabilidade, e não mais a questão da destinação.

Outro dispositivo que também define o consumidor é o parágrafo único do art. 2º: “*equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja inter-*

vindo nas relações de consumo.” (BRASIL, 1990, Art. 2º). Nesse caso, não há a necessidade de realizar um ato de consumo para estar protegido pelo CDC, bastando estar exposto às práticas dos fornecedores no mercado de consumo.

O art. 17 do CDC traz para o conceito de consumidor as vítimas do acidente de consumo: “*para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento*” (BRASIL, 1990, Art. 17). Como explicado por Leonardo de Medeiros Garcia (2009, p. 140), esse conceito abrange “*aquelas pessoas físicas ou jurídicas que foram atingidas em sua integridade física ou segurança, em virtude do defeito do produto, não obstante serem partícipes diretos da relação de consumo*”.

Por fim, o art. 29 do CDC coloca sob sua égide todos expostos a práticas abusivas: “*para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas*” (BRASIL, 1990, Art. 29). Dentre dessas práticas abusivas, encontram-se temas relacionados a oferta, publicidade, cobrança de dívidas, banco de dados e cadastro de consumidores, por exemplo. (OLIVEIRA, 2012, p. 75)

Traçado o conceito de consumidor de acordo com o CDC, verifica-se uma polêmica quanto à caracterização da pessoa jurídica como consumidora. O art. 2º, *caput*, do CDC, é claro quanto à possibilidade de aplicação do CDC para pessoas jurídicas, mas será que se pode aplicar a qualquer relação em que constem as pessoas jurídicas como partes? Importante, assim, ver a aplicação do conceito de consumidor pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Júlio Moraes Oliveira (2012, p. 29/35) demonstra como se encontram vários conceitos para o consumidor nas decisões do STJ citando três entendimentos diversos dentro do mesmo ano de 2010.

Em 16 de maio de 2010, ao julgar recurso do hospital Centro Transmontano, que recorreu de decisão favorável à Companhia Básico de São Paulo (Sabesp), entendeu-se que a água adquirida era apenas para consumo próprio, não sendo integrada em outro processo de produção, transformação ou comercialização, logo, por ser destinatário final da água, aplicaria o CDC.

Em 16 de agosto de 2010, nova notícia foi publicada no sentido de ampliar o conceito de consumidor. No Recurso Especial n. 1.010.834, o STJ entendeu como consumidor uma pessoa que comprou uma máquina para ser utilizada na sua empresa, por haver vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, de modo que fosse aplicado o CDC.

Por fim, em 19 de setembro de 2010, o STJ afirmou que resolve aplicar, caso a caso, o CDC em relações de consumo intermediário. Para exemplificar, citam-se os Recursos Especiais n. 716.877 e 1.080.719, nos quais o critério de destinatário final não foi determinante. A uma pessoa jurídica de vulto que explore a prestação de serviços de transporte se aplicaria o Código Civil, enquanto a um pequeno caminhoneiro se aplicaria o CDC, por esse ser vulnerável.

Verifica-se, assim, que o STJ já aplicou a teoria maximalista, como nos Recursos Especiais n. 445.854, n. 235.200 e n. 286.441, e já aplicou a teoria finalista pura, como nos Recursos Especiais n. 541.867 e n. 866.488, todavia a tendência tem sido a aplicação da teoria do finalismo mitigado, mas sem um critério claro, o que gera um risco maior para os empresários.

O *leading case* para a aplicação da teoria do finalismo mitigado pelo STJ no que tange à relação entre pessoas jurídicas foi o REsp n. 476.428/SC, julgado em 19/04/2005, podendo ser citado o seguinte trecho da ementa:

a relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer ine-gável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

O critério para saber se seria vulnerável ou não é a paridade de armas entre as pessoas jurídicas, como se verifica no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 27.512/BA, de Relatoria da Ministra do STJ Nancy Andrighi e julgado em 20/08/2009:

ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o

mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A “paridade de armas” entre a empresa-fornecedor e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não.

No REsp n. 914.384/MT, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, de 02/09/2010, deixou-se de aplicar o CDC deixando-se claro tratar de grande produtor rural, logo sem vulnerabilidade. E no REsp n. 1.196.951, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão e julgado em 14/02/2012, restou entendido que o CDC deve ser aplicado *“sempre que frente a frente estiverem contratantes desequilibrados economicamente, ou em situações em que à vontade de um, em razão da fraqueza econômica do outro, prevaleça ditando condições contratuais iníquas”*.

Também se encontram julgamentos nesse sentido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como no julgamento do Agravo de Instrumento n. 0619224-06.2007.8.13.0384, de Relatoria do Desembargador Mota e Silva e julgado em 16/12/2008:

ainda que o Agravante seja empresário e utilize os serviços de telefonia como insumo em sua atividade empresarial, pode-se aplicar o CDC no caso de estar demonstrada a sua fragilidade econômica, técnica e fática em relação à Agravada. - Demonstrada a vulnerabilidade do empresário Agravante e a superioridade técnica da

Agravada para trazer aos autos a prova necessária ao deslinde da causa, justifica-se a inversão do ônus da prova.

Em suma, as teorias foram evoluindo da seguinte forma: primeiro, houve uma expansão do CDC como lei de regulação geral do mercado, adotando-se a teoria maximalista; após, houve uma restrição do conceito de consumidor com a teoria finalista pura; e, a nova tendência, é a aplicação da teoria do finalismo mitigado, com o destaque do conceito de vulnerabilidade para identificação do consumidor.

1.5. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO FINALISMO MITIGADO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E O DESESTÍMULO AO EMPREENDEDORISMO

Com a análise do tópico anterior, verificou-se que o STJ vem aplicando a teoria do finalismo mitigado para as pessoas jurídicas, uma vez que o CDC também se destina a elas. Mas, como já questionado, será que se pode aplicar a qualquer relação em que constem as pessoas jurídicas como partes?

É importante, mais uma vez, observar que nem todos os contratos possuem a mesma natureza, de forma que um empresário celebre contratos das mais diversas formas, podendo estar do outro lado da relação o Estado, um consumidor, uma empresa, ou um trabalhador, e esses contratos não podem ser tratados de forma igual.

Embora as normas do Direito Empresarial não estejam tão bem sistematizadas como as normas do Direito do

Consumidor no CDC e por não oferecerem uma proteção como o CDC oferece, não significa que o CDC possa ser aplicado às relações empresariais.

Os contratos empresariais possuem uma lógica diferente dos contratos consumeristas, com vetores de funcionamento próprios, como já explicado. Faz parte do negócio empresarial a ausência relativa de informação e a força obrigatória dos contratos é essencial para o mercado, de forma que a confiança deva ser preservada. Se o Estado vem e neutraliza a possibilidade de erro nos negócios, ele está premiando a ineficiência.

Registra-se que essa lógica empresarial que se quer preservar, mantendo o dinamismo do Direito Empresarial, não se coaduna com abusos, mas os mecanismos de proteção são distintos do CDC. Encontra-se, por exemplo, a boa-fé do Código Civil.

Os tribunais, todavia, notadamente o STJ, não estão observando o que está aqui afirmado, de modo que vêm caracterizando como consumidor os empresários quando firmam contratos empresariais, e não consumeristas. Os contratos empresariais, como explicado por Paulo A. Forgioni (2009, p. 152/210), dividem-se, a princípio, em duas categorias: de intercâmbio e de sociedades. Mas no entremeio deles também há os contratos de colaboração, que seriam uma forma híbrida. Como será que o STJ aplica o CDC em relação a cada tipo de contrato empresarial?

Nos contratos de intercâmbio, “*o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito da outra*” (FORGIONI, 2009, p. 155), sendo um exemplo a compra e venda. Os interesses das partes são contrapostos. Observado o Enunciado 20 da I Jornada de Direito Commercial: “*não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes*

tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços” (CONSELHO, 2013, Enunciado 20).

No julgamento do AgRg no AREsp n. 86.914/GO, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão e julgado em 21/06/2012, o STJ não aplicou o CDC na relação empresarial de intercâmbio, mas sem usar o fundamento da vulnerabilidade, como se esperaria: “*no contrato de compra e venda de insumos agrícolas, o produtor rural não pode ser considerado destinatário final, razão pela qual, nesses casos, não incide o Código de Defesa do Consumidor*”.

Nos contratos de sociedades, por sua vez, há reunião de esforços, visando ao desenvolvimento da atividade mercantil comum (FORGIONI, 2009, p. 156/157). Quanto a esse contrato, importante também o Enunciado 19 da I Jornada de Direito Comercial: “*não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações entre sócios/acionistas ou entre eles e a sociedade*” (CONSELHO, 2013, Enunciado 19).

Todavia, o STJ entendeu que se aplicaria o CDC no julgamento do REsp 600.784/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16/06/2005:

acionistas minoritários da Brasil Telecom, adquirentes em condomínio de assinaturas telefônicas, buscam a devida retribuição em ações da Companhia, além da indenização do valor equivalente às ações sonegadas, acrescido de danos emergentes e lucros cessantes. Esta Corte entende que o Código de Defesa do Consumidor incide na relação jurídica posta a exame, porquanto, não basta que o consumidor esteja rotulado de sócio e formalmente anexado a uma Sociedade Anônima para que seja afastado o vínculo de consumo.

Por fim, os contratos de colaboração “*surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de uma extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários*” (FORGIONI, 2009, p. 155).

Quanto a eles, encontram-se julgados do STJ não aplicando o CDC, como o julgamento do REsp n. 930.875/MT, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti e julgado em 14/06/2011: “*inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de franquia, não se acolhe a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro ao só argumento de tratar-se de contrato de adesão*”. Entretanto, também se encontram julgados no sentido contrário, como o AgRg no AREsp n. 576.977/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze e julgado em 14/10/2014:

a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido da possibilidade de se declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de adesão de franquia, desde que configurada a vulnerabilidade ou a hipossuficiência do aderente ou o prejuízo no acesso à justiça.

Verifica-se, então, que não há um critério uniforme nos julgamentos, o que traz extrema insegurança aos empresários.

Pode-se questionar a questão da vulnerabilidade, mas no contexto empresarial o que se encontra presente é a dependência econômica, sendo esses conceitos distintos, embora se verifique uma confusão nos acórdãos. Importante, então, deixar claro os conceitos de vulnerabilidade, dependência econômica e hipossuficiência.

Nas relações de consumo, fala-se na presença de vulnerabilidade e hipossuficiência, sendo a primeira referente ao

direito material e a segunda ao direito processual. (LIMA, 2011, p. 243)

O CDC entende serem todos os consumidores vulneráveis, como parte fraca da relação jurídica de consumo, sendo uma fraqueza real, que decorre de aspectos de ordem técnica. Define-se a vulnerabilidade, então, como “uma condição permanente ou passageira de fragilidade diante do mercado e dos fornecedores e produtos que torna possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a vulnerabilidade é a desigualdade entre as partes” (LIMA, 2011, p. 245)

A vulnerabilidade, todavia, não possui apenas um sentido, de forma que Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa (2010, p. 90-94) elencam quatro espécies:

- a.** informacional: embora haja muita informação no ambiente de consumo, ela é abundante, muitas vezes manipulada, controlada por poucos e, quando fornecida, pode ser desnecessária, isto é, o consumidor em regra não possui todas as informações necessárias para realizar uma compra com segurança;
- b.** técnica: o consumidor em regra não possui conhecimentos específicos sobre o que está adquirindo, enquanto um fornecedor seja *expert* na sua área de atuação;
- c.** jurídica ou científica: refere-se à falta de conhecimentos específicos em Direito, Contabilidade e Economia, que seriam importantes para garantir todos os Direitos; e

- d.** fática ou socioeconômica: o fornecedor em regra tem um poder econômico muito maior que o consumidor.

A hipossuficiência, por sua vez, não é presumida para todos os fornecedores, tratando-se de um conceito fático e não jurídico, “é a fragilidade no sentido processual, ou seja, é a impotência do consumidor para produzir prova perante aquela relação contratual” (LIMA, 2011, p. 251). Em função dela, inverte-se o ônus da prova, como disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC⁵. Aqui, então, observa-se o caso concreto.

Mas, no Direito Empresarial, o que deve ser observado não são os conceitos de hipossuficiência ou vulnerabilidade, e sim o de dependência econômica, que é

consequência de posição superior de barganha. Assim, entendemos por dependência econômica a influência decisiva de poder de uma das partes para impor circunstâncias relevantes e condições à outra, que se aceita para manter o contrato e se manter no mercado. (DINIZ, 2014, p. 116)

Considerando o contexto do Direito Empresarial, essa dependência econômica deve ser interpretada observando o equilíbrio que há entre as partes nos contratos empresariais, além de possível integração do contrato em cadeias econômicas da empresa, exigibilidade de conhecimento dos riscos para manutenção do contrato, existência

⁵ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

de riscos desconhecidos, influência de regras de mercado instáveis, relevância da prática pós-contratual, e a ampla complexidade dos contratos, ou seja, um contexto diverso da vulnerabilidade ou hipossuficiência do Direito do Consumidor. (DINIZ, 2014, p. 92).

Destaca-se, assim, que a dependência econômica não é algo ruim, fazendo parte do mercado, sendo necessária a intervenção estatal apenas quando ela “afeta a autodeterminação de uma das partes, que perde autonomia decisional” (DINIZ, 2014, p. 116). Todavia, essa interferência estatal deve ser com as regras próprias do Direito Empresarial, como as cláusulas gerais do Código Civil ou as normas de concorrência, e não com as do Direito do Consumidor.

Como exemplo, cita-se um industrial que celebra contrato de fornecimento da totalidade da produção, havendo uma posição superior de barganha. Se houver enriquecimento sem causa o Estado intervirá, mas a posição superior de barganha não é ruim por natureza, faz parte do mercado. O Estado não deve equilibrar a relação empresarial simplesmente por ela ser caracterizada por dependência econômica contratual, influência decisiva de poder de uma das partes para impor circunstâncias e condições à outra, que as aceita para manter o contrato e se manter no mercado (DINIZ, 2014, p. 96). Caso contrário, prejudica-se toda uma cadeia contratual.

Não resta dúvida de que o CDC se aplica às pessoas jurídicas e que um empresário ou sociedade empresária pode estar numa relação de consumo, mas o que deve ser repensado é a aplicação do CDC nos contratos empresariais, conforme toda a explanação. Quando o STJ aplica o CDC numa relação empresarial, há um desestímulo evidente ao empreendedorismo, com reflexo em toda a economia do país.

Como explicado por Rafael Belitzck Ferreira (2012, p. 93),

O direito empresarial é dotado de princípios e regras próprias que são incompatíveis com o direito do consumidor. Neste há proteção total do consumidor em qualquer relação jurídica, evitando-se o cometimento de abusos. Naquele, a autonomia da vontade está presente e deve se manter sem intervenção estatal, pois somente assim pode-se gerar a circulação de riquezas e permitir o desenvolvimento da economia. Exemplificando, o direito do consumidor estabelece que o consumidor tem o direito de desistir do contrato realizado, se a contratação ocorrer fora do estabelecimento do fornecedor. O direito empresarial, por sua vez, pelo próprio dinamismo, agilidade, presteza e segurança dos negócios não permite que as atividades sejam submetidas à cláusula de arrependimento compulsória. Outra cláusula que não se aplica aos contratos empresariais prevista na norma consumerista refere-se à venda casada. A Lei n. 12.529/11 que trata das normas antitruste informa que não será infração contra a ordem econômica a prática de venda casada e a recusa de fornecimento de produtos ou serviços, quando estas não tiverem por escopo a eliminação da concorrência, o domínio de mercado ou o aumento arbitrário dos lucros. Logo, em se tratando de contratos empresariais, a prática da venda casada e a recusa de fornecimento de produtos e serviços são permitidas, o que não é admitido pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 39, incisos I e II.

Percebe-se, então, que o mercado possui uma lógica própria que, quando desrespeitada, tem seu desenvolvimento comprometido. O fato do CDC conceder uma proteção mais ampla não significa que ele pode ser aplicado a qualquer relação. É importante deixar bem claro que o Direito Empresarial não é carente de proteção para os seus destinatários, ela apenas é diferente em função de suas peculiaridades.

Como solução, Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 08) coloca a promulgação e publicação do Projeto do Novo Código Comercial (Projeto de Lei nº 1.572/2011). Para ele, “*o processo de recoser os valores do direito comercial receberia substancial impulso se fosse aprovado um novo Código Comercial*”.

O autor (2011, p. 14) ainda diz como normas claras e adequadas são importantes não só para as empresas, mas para os próprios consumidores e investidores:

normas claras e adequadas, estabelecidas na justa medida da distribuição da proteção dos interesses, têm maior chance de granjearem o respeito dos agentes econômicos e de serem aplicadas pelo Poder Judiciário. Permitem, por isso, ao empresário o cálculo mais aprimorado de seus custos e, consequentemente, a prática de preço mais competitivo. Ganhamos todos com o consequente barateamento dos produtos e serviços oferecidos no mercado nacional. O recoser dos valores do direito comercial interessa, assim, a todos os brasileiros.

É fato que o Brasil precisa modernizar sua legislação empresarial, visando a uma maior competitividade na economia globalizada, mas, enquanto isso não ocorre, faz-se necessária uma melhor observância dos seus ve-

tores de funcionamento específicos, evitando-se uma confusão entre os ramos do Direito, notadamente o empresarial e o consumidor.

1.6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Empresarial: ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um dos propulsores para o desenvolvimento econômico. Dessa forma, verifica-se que tem um papel fundamental para o estímulo ou desestímulo ao empreendedorismo, sendo importante que o operador do Direito tenha clareza sobre o âmbito de atuação de cada ramo do Direito, principalmente o Direito Empresarial no que tange ao desenvolvimento econômico.

Nesse contexto, escolheu-se para discussão nesse trabalho a aplicação da Teoria do Finalismo Mitigado, do Direito do Consumidor, nos contratos empresariais, regulamentados pelo Direito Empresarial, o que vem sendo feito pelos tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça.

Um empresário celebra contratos das mais diversas formas, podendo estar do outro lado da relação o Estado, um consumidor, um trabalhador, e até outro empresário, e não se pode tratar esses contratos de forma igual, devido às peculiaridades de cada um.

No que tange aos contratos empresariais especificamente, é característica essencial a ausência relativa de informação sobre a outra parte e, para preservação do negócio, evita-se tratar de pontos conflituosos. Tem-se a ciência de que é impossível o contrato trazer todas as vicissitudes que podem ser enfrentadas pelas partes.

Além disso, a força obrigatória dos contratos é essencial para o mercado, coibindo eventual oportunismo, e a confiança deve ser preservada. Há a possibilidade de

erro do agente econômico, o que faz parte dos negócios empresariais e não pode ser desprezada. Não cabe aqui uma neutralização dos efeitos de um erro para o empresário apenas para proteger o mais fraco na relação, o que poderia ocorrer numa relação de consumo. Seria premiar a ineficiência.

Todavia, importante esclarecer que isso não significa que não tenha proteção quando se firma um contrato empresarial, sendo exemplos de proteção as cláusulas gerais do Código Civil ou as normas de concorrência. Certo é que não haverá a proteção que o Código de Defesa do Consumidor oferece, por não ser cabível no contexto empresarial.

O STJ e demais tribunais vêm entendendo que poderia haver vulnerabilidade de uma das partes na relação empresarial, o que ensejaria a aplicação do CDC, todavia, como explicado, o que há é dependência econômica, sendo essa típica nas relações empresariais, não gerando *per si* nenhuma irregularidade para o Direito. Apenas quando caracterizado eventual abuso que o Estado deve intervir.

Embora o Estado esteja buscando uma maior proteção, um desenvolvimento econômico-social exige um estímulo do empreendedorismo e a máxima tutela do crédito. Todo investimento decorre de uma análise de risco e qualquer atividade empresarial envolve um risco considerável. Cabe ao Estado, assim, gerar um contexto de riscos aceitáveis, sob pena de a economia fracassar. Não havendo um ambiente econômico propício ao desenvolvimento, toda a proteção do Estado não fará sentido, havendo reflexos diretos no desenvolvimento social.

Embora há quem defenda que um Novo Código Comercial, com normas claras, poderia evitar essa confusão de institutos jurídicos que vem ocorrendo, este trabalho posiciona-se no sentido de que basta uma

melhor observância dos vetores de funcionamento específicos do Direito Empresarial, quando estiver dentro do seu âmbito de atuação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição; direito constitucional positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O futuro do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO da Justiça Federal. **I jornada de direito comercial**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. **Revista de Direito Privado**, ano 15, vol. 59, jul.-set./2014, p. 91-120.

FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERREIRA, Rafael Belitzck. **Consumidor-empresário: uma figura jurídica possível**. Dissertação – Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2012, 104 p.

FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRIEDMAN, David D. **L'ordine del diritto**: Perché l'analisi economica può servire al diritto. Bolonha: Il Mulino, 2004.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 5. ed. Niteroi: Impetus, 2009.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do estado**. São Paulo: Saraiva, 1968.

JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. **Contratos em geral no novo Código Civil**: comentado artigo por artigo – teoria – prática. São Paulo: Imperium Editora e Distribuidora, 2006. Revista do CAAP, Belo Horizonte, n. 2,V.XVII, 2011, p.241-259.

LIMA, Sthefanni Machado de. **Vulnerabilidade e hipossuficiência na sistemática do código defesa do consumidor**.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MONTEIRO, Renato Leite. **Análise econômica do direito: uma visão didática**. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2425.pdf>. Acesso em 18/07/2015.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Consumidor-empresário:** a defesa do finalismo mitigado. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **A globalização e o direito do consumidor.** Barueri: Manole, 2003.

ROOPPO, Vincenzo. **Il contratto.** Milano: Giuffrè, 2001.

STJ. AgRg no AREsp n. 576.977/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em: 14/10/2014

STJ. AgRg no AREsp n. 86.914/GO. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 21/06/2012.

STJ. REsp n. 1.196.951/PI. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 14/02/2012.

STJ. REsp n. 476.428/SC. Rel. Min. Nancy Andrichi. Terceira Turma. Julgado em: 19/04/2005.

STJ. REsp n. 600.784/RS. Rel. Min. Nancy Andrichi. Terceira Turma. Julgado em: 16/06/2005.

STJ. REsp n. 914.384/MT. Rel. Min. Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em: 02/09/2010.

STJ. REsp n. 930.875/MT. Rel. Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em: 14/06/2011

STJ. RMS n. 27.512/BA. Rel. Min. Nancy Andrichi. Terceira Turma. Julgado em: 20/08/2009.

TJMG. Ag. Inst. n. 1.0384.07.061922-4/001. Rel. Des. Mota e Silva. 18ª Câmara Cível. Julgado em: 16/12/2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial:** teoria geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de derecho positivo.** v. 2. Madrid: Tecnos, 1972.

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jul./set. 2007, p. 29-66.