

DIREITO COMERCIAL E DIREITO DO CONSUMIDOR: UM DIÁLOGO POSSÍVEL

COMMERCIAL LAW AND CONSUMER LAW: A POSSIBLE DIALOGUE

Leandro Cardoso Lages*

Recebimento em 12 de dezembro de 2015.

Aprovação em 11 de fevereiro de 2016.

Resumo: O presente trabalho estabelece um diálogo entre o Direito Comercial e o Direito do Consumidor com o objetivo de demonstrar como o Direito do Consumidor recepiona princípios formadores do Direito Comercial. A partir da análise de princípios e normas destes ramos do direito, identificam-se as convergências, relações, antinomias e de que forma tais princípios interagem entre si. O trabalho utiliza as relações de sentido estabelecidas entre textos de diferentes ramos do direito tendo por base a noção de ordenamento jurídico, sistemas e intertextualidade.

Palavras-chave: Direito Comercial. Direito do Consumidor. Intertextualidade.

Abstract: This article establishes a dialogue between the Commercial Law and Consumer Law in order to demonstrate how the Consumer Law welcomes central principles of commercial law. From the analysis of principles and rules of these branches of law, are identified convergences, relationships, antinomies and how these principles interact. The article uses the sense relations established between texts from different branches of law based on the notion of law, systems and intertextuality.

Keywords: Commercial Law. Consumer Law. Intertextuality.

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende estabelecer um diálogo entre duas disciplinas aparentemente antagônicas: o Direito Comercial e o Direito do Consumidor. Objetiva-se com isso demonstrar como o Direito do Consumidor recepiona princípios formadores do Direito Comercial, podendo até mesmo complementá-los.

Em uma análise superficial, o Direito Comercial disciplina a relação entre empresários. Já o Direito do Consumidor aborda as relações estabelecidas entre fornecedores e consumidores no mercado de consumo. Por esta rasa noção, o diálogo entre as duas disciplinas pode aparentar até mesmo impossível.

Para Fábio Ulhoa Coelho (1994, p. 45-53), nem sempre o fornecedor de produtos e serviços é um empresário, e, por vezes, o empresário também pode figurar como consumidor de produtos e serviços, estando, desta forma, tutelado pelas regras de Direito do Consumidor.

*Doutorando em Direito pela PUC-SP, São Paulo-SP, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Advogado e professor de cursos de graduação e pós-graduação. Autor das obras *Direito do Consumidor (a lei, a jurisprudência e o cotidiano)* e *Transgênicos à luz do Direito*, ambos pela editora Lumen Juris. Email: leandrolages@uol.com.br

Além disso, a Constituição Federal (art. 170, V) reconhece a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. A partir de tais pressupostos, percebe-se uma interação entre as disciplinas a ponto de ser possível estabelecer um diálogo entre ambas.

A metodologia aplicada para se estabelecer este diálogo parte da análise textual das disciplinas através das relações estabelecidas entre os diferentes ramos de um mesmo sistema jurídico, identificando-se as convergências, relações e antinomias entre as matérias.

Com isso busca-se identificar e delimitar os pontos em que os sistemas não se confundem, partindo-se da análise de princípios específicos de cada disciplina e de que forma tais princípios interagem entre si.

A fim de alcançar este propósito, parte-se da ideia de que nenhum texto é independente e individual, sempre mantém relações com outros textos, e que a compreensão do sentido de um texto exige conhecer a relação que ele mantém com outros textos.

A primeira parte do trabalho demonstra a possibilidade de diálogo entre os diversos textos a partir da noção de ordenamento jurídico e sistemas e das relações de coordenação e subordinação entre as normas.

A segunda parte do trabalho aborda diretamente as relações de sentido entre o Direito Comercial e o Direito do Consumidor, demonstrando a recepção pelo Direito do Consumidor de princípios formadores do Direito Comercial.

1 DIALOGISMO

1.1 O ordenamento jurídico e os sistemas

Antes de se iniciar o diálogo entre duas disciplinas aparentemente díspares como o Direito Comercial e o Direito do Consumidor, faz-se necessário uma melhor compreensão a respeito do sistema jurídico em que estão inseridas.

Um sistema corresponde ao conjunto de elementos que se relacionam entre si e se conectam perante um referencial comum, sob o mesmo princípio unificador. Não corresponde a uma mera classe de objetos com características comuns, há relações interligando esses objetos integrantes do sistema.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003) chama de estrutura o complexo de relações que se estabelecem dentro de um sistema e, de repertório, ao conjunto de elementos que o formam.

Discute-se a respeito da necessidade de coerência entre os elementos dos sistemas. Para alguns autores, o sistema depende da ausência de contradição entre os elementos,

entendimento que, segundo Aurora Tomazini de Carvalho (2013, p. 128), transformaria a Ciência do Direito no único sistema admitido.

Não há necessidade de uma coerência absoluta entre os elementos para a estruturação dos sistemas, sendo admissível a sua existência independente de seus elementos se contradizerem ou não. Obviamente que se deve buscar uma harmonia mínima entre os elementos, mas sempre considerando a possibilidade de conflitos. Para Aurora Tomazini de Carvalho (2013, p. 129), existem sistemas que comportam contradições e aqueles que não admitem porque trabalham com referências de verdade e falsidade, de modo que a coerência ou compatibilidade dos elementos não é tomada como nota essencial na definição de seu conceito.

Dentre os vários sistemas existentes, a Ciência do Direito e o Direito Positivo constituem-se em sub-sistemas da categoria dos sistemas sociais. Diferenciam-se dos demais sistemas sociais por utilizarem um código próprio de comunicação expresso por meio de valores de licitude ou ilicitude a fim de atingir as suas expectativas normativas.

Para Luhman, os sistemas interagem através do que ele denomina “acoplamento estrutural”, fenômeno que pode gerar “irritações” na estrutura do sistema. Tais irritações consubstanciam-se em construções internas, denominadas de autoirritações. Em resposta a estas autoirritações, o sistema cria novos elementos, num ciclo onde comunicação jurídica gera nova comunicação jurídica. Por isso diz-se que o direito positivo é um sistema autopoietico, pois os elementos e estruturas do sistema são construídos por operações e processos próprios do sistema e não pela influência direta de seu ambiente (CARVALHO, 2013, p. 147-148).

Ratificando tais argumentos, Lourival Vilanova (2000, p. 125) esclarece que em caso de conflito de normas em um mesmo sistema, o próprio sistema, através de norma geral, ou mediante norma jurisprudencial, fornece o critério de escolha das duas normas colidentes.

Por este motivo, constata-se que o direito positivo constitui-se em um sistema que admite antinomias, pois alguns de seus termos se contradizem, sendo possível identifica-los e de enxergar as relações existentes entre eles.

Devido à sua complexidade e em virtude do grande número de normas existentes, o direito positivo necessita de uma divisão em ramos a fim de que seja melhor compreendido. Essa divisão em ramos não interfere na estrutura e nem compromete a unicidade do sistema. Mesmo com a divisão em ramos, todas as normas jurídicas encontram-se relacionadas entre si, sendo impossível isolá-las, pois integram o mesmo sistema.

Assim, com razão Alfredo Augusto Becker (2007) ao afirmar que a separação dos diversos ramos do Direito é apenas didática, sendo impossível a existência de uma regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico.

Nessa relação entre si, imersas no sistema, as normas jurídicas encontram-se dispostas de modo a manterem entre si relações de coordenação (horizontais) e subordinação (verticais), convergindo para um ponto comum: a Constituição (CARVALHO, 2013, p. 639).

Para Paulo de Barros Carvalho (2013, p. 213), as normas jurídicas “formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador”.

Sistema e ordenamento podem ser utilizados como sinônimos, pois ordenamento vem a ser um conjunto de elementos organizados de forma harmônica.

Desta forma, pode-se concluir que o ordenamento jurídico consiste no conjunto de normas jurídicas dispostas de forma sistematizada e organizada segundo um vetor comum, produzidos por um ato de autoridade e estruturados por vínculos de subordinação.

A partir destas noções de sistema e ordenamento jurídico, é possível estabelecer uma relação de sentido entre os diversos textos jurídicos de diferentes ramos do direito e até mesmo com outros sistemas sociais, econômicos, político e histórico, o que será abordado no próximo tópico deste trabalho.

1.2 Interdisciplinariedade e intertextualidade

A intertextualidade corresponde às relações de sentido que se estabelecem entre dois ou mais textos com o objetivo de construir um determinado sentido a partir de um contexto.

De acordo com Paulo de Barros Carvalho (2013, p. 200), “a intertextualidade é o processo constitutivo, ou melhor, o procedimento elementar para a composição do texto, que, partindo de duas ou mais materialidades textuais, desenha e atualiza o sentido naquela particular situação de interdiscursividade”.

Ainda segundo o autor, a intertextualidade no direito se apresenta em dois níveis: (i) o estritamente jurídico, que se estabelece entre os vários ramos do ordenamento (intertextualidade interna ou intrajurídica); e (ii) o chamado jurídico em acepção lata, abrangendo todos os setores que têm o direito como objeto, mas o consideram sob ângulo externo, vale dizer, em relação com outras propostas cognoscentes, assim como a Sociologia do Direito, a História do Direito, a Antropologia Cultural do Direito, etc., conhecido por intertextualidade externa ou extrajurídica (CARVALHO, 2013, p. 198).

Nenhum texto é independente e individual, sempre mantém relações com outros textos. A compreensão do sentido de um texto exige conhecer a relação que ele mantém com outros textos. As relações de sentido que se estabelecem entre dois textos chama-se dialogismo.

Exemplo de como os textos podem buscar relações com outros textos encontra-se na Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e estabelece normas para a consolidação de atos normativos.

Assim dispõe o art. 11, inciso I, alínea “a” da referida lei:

Lei Complementar n. 95, de 26/02/1998

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

O referido texto de lei informa que para a obtenção de clareza nas disposições normativas, deverão ser utilizadas palavras e expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico. Nestes casos, deverá ser empregada a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando. O dispositivo reconhece e autoriza uma relação intertextual com o fito de obter clareza na norma legislada.

Afora o exemplo mencionado, é possível sustentar que todo texto é dialógico e mantém relações com outros textos. O direito positivo, como texto, mantém relações outros sistemas (social, econômico, político, histórico, etc.), sendo necessária a análise desses contextos para uma melhor compreensão do direito. Também as unidades do direito positivo se relacionam entre si.

De acordo com as lições de Paulo de Barros Carvalho (2013, p. 200), “sem disciplinas, é claro, não teremos interdisciplinas, mas o próprio saber disciplinar, em função do princípio da intertextualidade, avança na direção dos outros setores do conhecimento, buscando a indispensável complementariedade”.

Sendo assim, impossível isolar-se o fato jurídico de uma série de outros aspectos nos campos políticos, econômicos, éticos, históricos, etc. Todo texto é envolvido por um contexto, isto é, encontra-se inserido num processo histórico-social onde atuam determinadas formações ideológicas.

Isso leva Aurora Tomazini de Carvalho (2013) a sustentar que as relações de sentido que se estabelecem entre dois textos são denominadas de dialogismo. Como todo texto é dialógico, isto é, mantém relações com outros textos, o dialogismo acaba sendo o princípio construtivo dos textos. Constrói-se um enunciado a partir de outros enunciados e ele é compreendido porque mantém relação dialógica com outros enunciados.

A partir desta explanação a respeito do dialogismo, sistemas jurídicos e intertextualidade, o diálogo entre o Direito Comercial e o Direito do Consumidor será objeto de análise na segunda parte deste trabalho.

2 DIÁLOGO E RECEPÇÃO DE PRINCÍPIOS DO DIREITO COMERCIAL PELO DIREITO DO CONSUMIDOR

Aparentemente antagônicos, o Direito Comercial e o Direito do Consumidor possuem características que os interligam, a ponto de se tornar possível um diálogo entre os dois ramos do direito a fim de superar possíveis antinomias ou até mesmo complementar as noções de alguns de seus institutos.

O presente trabalho pretende estabelecer esse diálogo a partir da comparação de princípios e institutos que são próprios a cada uma das disciplinas, demonstrando ser possível uma interação entre os mesmos.

A título de introdução, e para demonstrar a interação entre as disciplinas, cabe ressaltar que a defesa do consumidor, por exemplo, consta como princípio da ordem econômica na Constituição Federal (art. 170, V).

Isso leva José Afonso da Silva (1990, p. 658), a afirmar que o disposto no art. 170 da CF consiste em uma atuação do Estado na tentativa de pôr ordem na vida econômica e social em virtude da desordem que provinha do liberalismo, impondo condicionamentos à atividade econômica, derivando então os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica.

Acerca deste assunto, Fábio Konder Comparato (2011, p. 185) alerta para o fato de a dialética “produtor x consumidor” ser mais complexa do que a dialética “capital x trabalho”, pois esta comporta definições claras e separações radicais, o que não ocorre na outra, pois a rigor todos nós somos consumidores, o Estado é consumidor, o empresário pode ser consumidor e grande parte dos consumidores acha-se inserida no mecanismo da produção, direta ou indiretamente.

Discorrendo sobre a dialética “capital x trabalho”, Eros Roberto Grau (1997, p. 220-221) vê mais que uma compatibilização entre os titulares do capital e do trabalho movidos por interesses distintos, ele vê potencialidades transformadoras, pois a valorização do trabalho humano é um dos fundamentos da ordem econômica insculpida no art. 170 da CF.

Nos parágrafos seguintes demonstrar-se-á de que forma o Código de Defesa do Consumidor foi recepcionado por princípios de Direito Comercial existentes à época em que o diploma consumerista entrou em vigor.

2.1 Princípio da liberdade de concorrência

O princípio da liberdade de concorrência decorre da liberdade de iniciativa prevista no art. 170 da Constituição Federal, o qual dispõe textualmente:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

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.

IV - livre concorrência;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Em comentários sobre a ordem econômica na Constituição Federal, Fabio Konder Comparato (2001) ressalta que “a economia tem a ver com a produção e a distribuição da riqueza, a formação de preços, a determinação da renda nacional e o nível de emprego”.

A liberdade de iniciativa constitui-se em um elemento essencial à eficiência do capitalismo. Garante não só a liberdade no desenvolvimento da atividade econômica pelo empresário, como também a não criação de óbices a esta liberdade, até mesmo por meio de atitudes que possam caracterizar concorrência desleal. Não é um princípio absoluto. Por vezes o Estado intervém na atividade econômica para evitar crises ou para proteger interesses ambientais, consumeristas ou laborais. Tal princípio acarreta as seguintes conclusões: 1) a iniciativa privada é imprescindível para o atendimento às necessidades de todos; 2) o lucro é o principal fator de motivação da iniciativa privada; 3) importância da proteção jurídica do investimento, sob pena de desestímulo à atividade; 4) importância da empresa na geração de empregos, arrecadação tributária e circulação de riquezas (COELHO, 2013).

O referido princípio busca assegurar a qualidade de produtos e serviços fornecidos no mercado de consumo. Na livre concorrência as empresas buscam atrair a clientela através

de melhores preços, condições de pagamento facilitadas e, também, maior qualidade dos produtos e serviços.

Por estes motivos, a livre iniciativa e a livre concorrência não devem sofrer obstáculos, pois garantem benefícios aos consumidores, razão pela qual a legislação busca coibir práticas que comprometam uma concorrência leal ou representem infração à ordem econômica.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 36), através deste princípio e pelas regras básicas da competição, premia-se com o lucro a decisão empresarial acertada e penaliza-se com prejuízo ou falência a decisão empresarial equivocada.

Constitui-se em um princípio constitucional, pois previsto no art. 170, da Constituição Federal; geral, por ser aplicável a todas as relações jurídicas regidas pelo direito comercial; e explícito, eis que expressamente enunciado pelo legislador.

A liberdade de concorrência também é referida no Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo-se o seu teor como princípio que assegura a proteção aos interesses consumeristas. Extrai-se tal conclusão da leitura do art. 4º, III e VI:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 4º 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:

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

O caput do art. 4º do CDC institui a Política Nacional das Relações de Consumo, uma política que representa o conjunto de diretrizes a serem adotadas no sentido de consolidar direitos e garantias mínimas ao consumidor, erigindo-as à categoria de princípios. Da leitura do caput constata-se a preocupação do legislador com a instituição dos princípios formadores da relação de consumo, dentre os quais a proteção dos seus interesses econômicos e harmonia da relação entre o consumidor e o fornecedor.

Já o inciso VI ressalta que a proteção ao consumidor passa obrigatoriamente pela coibição e repressão dos abusos praticados ao mercado de consumo que prejudiquem também os fornecedores, tais como a concorrência desleal, a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos que possam causar prejuízos aos consumidores.

O ponto central do direito da concorrência é a liberdade de escolha do consumidor. No sistema do livre mercado, as instituições permitem ao consumidor escolher os bens e serviços que lhe deem maior satisfação e, através desta liberdade, comprar o que é de seu interesse. O consumidor influi sobre os planos de produção, condicionando-os para as atividades em que haja maior demanda. Assim, o direito da concorrência é capaz de resguardar a sua liberdade de escolha, defendendo-o como sujeito de direitos (GLÓRIA, 2003, p. 113-114).

Fábio Konder Comparato (2011, p. 32-33) destaca a proteção ao consumidor como um importante capítulo do direito econômico, esclarecendo que as regras de proteção à concorrência empresarial (propriedade industrial, concorrência desleal e repressão ao abuso de poder econômico), de início, destinavam-se a defender a liberdade dos concorrentes no mercado, mas hoje se fundam, sobretudo, na proteção do interesse do consumidor.

O disposto no art. 4º, VI do CDC tem por objetivo conferir uma maior garantia de qualidade ao consumidor. Envolve não só a repressão à concorrência desleal, que afeta a qualidade de produtos e serviços, mas também a repressão ao abuso do poder econômico que objetive a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (LAGES, 2015, p. 75-76).

Sendo assim, evidente que o Código de Defesa do Consumidor recepciona expressamente o princípio da liberdade de concorrência, permitindo um diálogo de interação e complementação do referido princípio de Direito Comercial previsto na Constituição Federal.

2.2 Princípio da função social da empresa

Diferente dos princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência, previstos de maneira explícita na Constituição Federal, o princípio da função social da empresa, de forma implícita, também deriva do mesmo diploma legal.

Extrai-se a sua existência da leitura dos arts. 5º, XXIII e art. 170, III:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 5º...

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170...

III - função social da propriedade;

Para justificar a extensão da função social da propriedade à atividade empresarial, Fábio Konder Comparato (2010) demonstra que o conceito constitucional de propriedade é

bem mais amplo que no direito civil, e por isso incluem-se na proteção constitucional da propriedade alguns bens patrimoniais sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real, tais como as pensões devidas pelo Estado, contas bancárias de depósito e, em consequência, também o poder de controle empresarial.

A empresa cumpre a função social quando, além de obedecer à legislação, gera empregos, tributos e riquezas, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural de onde atua, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e respeita o direito dos consumidores e empregados (COELHO, 2012, p. 37).

Trata-se de um princípio constitucional, pois previsto no art. 170, da Constituição Federal; geral, por ser aplicável a todas as relações jurídicas regidas pelo direito comercial; e implícito, eis que se infere da interpretação de determinados enunciados.

O princípio da função social da empresa encontra alcance no Código de Defesa do Consumidor, o qual, por meio de um diálogo sistemático, apresenta uma interpretação que reforça a existência deste princípio implícito, bem como exhibe elementos que auxiliam na construção da sua definição.

É o que dispõe o art. 4º, V:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 4º...:

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Ao incentivar os fornecedores a buscarem meios eficientes de controle de qualidade e segurança de seus produtos e serviços, bem como mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo, o Código de Defesa do Consumidor auxilia a empresa a cumprir a sua função social.

Se a função social da empresa implica, dentre outros deveres, no respeito ao direito dos consumidores, o art. 4º, V do CDC busca dar objetividade à noção deste princípio de direito comercial.

O mencionado artigo de lei visa assegurar a adequação dos preços ao binômio segurança e qualidade. Usualmente o preço está interligado à qualidade. O consumidor aceita pagar mais caro em troca de comodidade, durabilidade e segurança. Em contrapartida, consumidores de baixa renda buscam os menores preços no mercado de consumo. Por isso, é vedado ao fornecedor relevar a segurança e a qualidade sob o pretexto de apresentar melhores preços. Tal prática, além de comprometer a segurança do consumidor, pode levá-lo a

prejuízos financeiros ao utilizar produtos que apresentam um grande desgaste em virtude da sua reduzida vida útil (LAGES, 2015).

Ao apresentar produtos e serviços no mercado de consumo sem comprometer o binômio segurança e qualidade, a empresa cumpre a sua função social.

2.3 Princípio da preservação da empresa

O princípio da preservação da empresa objetiva preservar a atividade econômica, o empreendimento que gera empregos, circulação de riquezas, tributos e pesquisas em busca de inovações, qualidade e segurança, enfim, cumpre uma função social.

Tal princípio reconhece que em torno de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais dos trabalhadores, consumidores e outras pessoas direta e indiretamente beneficiadas com a atividade. Na aplicação de qualquer norma jurídica, todos estes interesses devem ser considerados e protegidos em virtude do princípio da preservação da empresa (COELHO, 2013).

Para Maria Helena Diniz (2008, p. 25), a empresa deve ser preservada por gerar lucro, emprego e tributos, estando fundada na função social e na boa-fé objetiva e tendo por finalidade a geração de um valor econômico, serviço à comunidade, desenvolvimento das pessoas que a integram e capacidade de continuidade.

Não há previsão deste princípio da Constituição Federal. Conclui-se a sua existência a partir de artigos de lei que buscam assegurar a preservação da atividade empresarial, tais como a dissolução parcial da sociedade (art. 1.028, CC), desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, CC; art. 28, CDC), além do instituto da recuperação judicial, no qual há uma referência expressa à preservação da empresa no art. 47 da Lei n. 11.101/2005.

Eis o teor da lei:

Lei n. 11.101/2005

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a **preservação da empresa**, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Portanto, trata-se de um princípio legal, pois previsto em alguns artigos de lei; implícito, eis que se infere da interpretação destes enunciados; e geral, por ser aplicável a todas as relações jurídicas regidas pelo direito comercial.

O princípio da preservação da empresa também encontra reforço no campo principiológico do CDC, mais precisamente no art. 4º, III, abaixo transcrito:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 4º ...:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

O art. 4º, III, sempre é lembrado por destacar a boa fé nas relações de consumo, mas também merece destaque por referir-se à necessidade de equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores e na harmonização de dois interesses: a proteção ao consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico.

O legislador ressalta o receio de criação de uma lei excessivamente protetiva ao consumidor, com risco de sufocar o desenvolvimento da atividade econômica e todos os benefícios que essa atividade traz na criação e circulação de riquezas, desenvolvimento científico e tecnológico, geração de emprego e renda, arrecadação tributária, contribuindo, assim, para o desenvolvimento da nação (LAGES, 2015, p. 66).

Desta forma, resta evidente que o art. 4º, III, do CDC reconhece a necessidade de preservação da empresa na medida em que preza pela harmonia da relação entre consumidores e fornecedores, sustentando a compatibilização entre a proteção do consumidor e a imperiosa necessidade da empresa como importante fator de desenvolvimento econômico e tecnológico.

2.4 Princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária

O historiador Yuval Noah Harari (2015, p. 38) considera a responsabilidade limitada das empresas como sendo uma das mais engenhosas invenções da humanidade. Segundo o autor, tais empresas encorajaram o empreendedorismo humano e ao longo dos últimos séculos se tornaram os principais agentes na esfera econômica. Antes da sua existência, as pessoas tinham medo de começar novos negócios e assumir riscos econômicos.

A sociedade empresária representa um sujeito de direito diferente dos sócios que a compõem, razão pela qual a responsabilização pelas obrigações sociais cabe à sociedade, e não aos sócios. Apenas excepcionalmente, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, cabe a responsabilidade pessoal dos sócios. Sem o princípio da autonomia

patrimonial, os empreendedores jamais investiriam nas sociedades, com sérios prejuízos à economia (COELHO, 2013).

Trata-se de um princípio legal, pois há previsão em lei assegurando a responsabilidade limitada dos sócios; implícito, eis que da interpretação destes enunciados se infere a autonomia patrimonial da sociedade empresária; e especial, por ser específico à disciplina do direito societário.

A autonomia patrimonial admite exceções a fim de salvaguardar o próprio instituto da responsabilidade limitada, nas hipóteses em que for utilizado com o propósito fraudulento, lesando credores e criando instabilidade no ambiente negocial.

Além disso, nas situações de proteção de interesse de vulneráveis, tais como o consumidor, tal princípio tende à relativização. O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal a admitir expressamente a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica. A previsão consta no art. 28:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Provavelmente a ânsia do legislador em regular pela primeira vez o assunto o fez exorbitar o propósito original da teoria, qual seja, coibir a constituição fraudulenta de sociedades ou o seu desvio de finalidade, lesando o mercado e os consumidores.

As hipóteses previstas no caput do art. 28 do CDC apontam para inúmeras situações, inclusive quando a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Da forma como se encontram dispostas as hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica, o CDC arrisca-se em transformar em regra algo previsto como exceção no direito societário, atingindo as próprias origens seculares do instituto da personificação das

sociedades. Além disso, há o risco de transformar as sociedades que atuam como fornecedores na relação de consumo em sociedades de responsabilidade ilimitada (LAGES, 2015, p. 216).

Desde quando foi idealizada, a desconsideração objetivava ser uma exceção à regra da separação patrimonial entre os sócios e a sociedade, possibilitando que, em algumas situações, a personalidade jurídica das sociedades fosse relevada a fim de se atingir o patrimônio dos seus integrantes. A principal hipótese de incidência da teoria diz respeito às situações em que as sociedades sejam constituídas com o propósito de fraudar e lesar direitos, cometendo atos ilícitos ou abusivos.

Para Cláudia Lima Marques (2013, p. 738), “a doutrina da desconsideração tem seu fundamento nos princípios gerais de proibição do abuso de direito”.

Embora represente uma flexibilização da regra da proteção patrimonial dos sócios, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica valoriza a pessoa jurídica a partir do instante em que desestimula a utilização fraudulenta das sociedades, reforçando a importância das pessoas jurídicas como grandes atores no desenvolvimento da atividade empresarial.

2.5 Princípio da eficácia dos usos e costumes

Os usos e costumes acompanham o direito comercial desde a sua gênese. Aliás, a própria atividade comercial tem por base os usos e costumes entabulados entre os primeiros comerciantes desde a fase do simples escambo até o surgimento do dinheiro como facilitador das trocas mercantis.

O surgimento do dinheiro, por exemplo, não exigiu nenhum progresso tecnológico, foi uma revolução puramente mental fixada na imaginação coletiva das pessoas, as quais passaram a utilizar aquele novo costume por confiarem no seu eficaz sistema de troca. O dinheiro pode ser considerado o mais eficiente sistema de confiança mútua já inventado, tanto que os seus usuários até mesmo relevam aspectos discriminatórios baseados em religião, gênero, raça, idade ou orientação sexual (HARARI, 2015, p. 188-193).

Percebe-se, então, que os usos e costumes surgem espontaneamente, através de hábitos antes praticados individualmente por um comerciante e depois adotados por todos os outros. Após reiteradamente praticado por todos, os hábitos tornam-se uma regra implícita. Exige-se, portanto, uma prática uniforme e constante, tendo por base a boa-fé e a confiança (REQUIÃO, 2003, p. 29).

Por este motivo, em virtude da confiança que sempre embasou os usos e costumes, não há como desconsiderá-los como meio de prova, fonte e princípio do direito comercial.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 54), em nenhum outro ramo do direito as práticas adotadas pelos empresários têm igual relevância. O direito comercial reconhece como válidas e eficazes as cláusulas do contrato empresarial em que as partes contraem obrigações de acordo com as práticas costumeiras.

Trata-se de um princípio legal, posto que reconhecido em lei; implícito, eis que da interpretação da lei se infere a sua existência; e especial, por ser específico à relação entre os empresários.

Também no Código de Defesa do Consumidor o princípio da eficácia dos usos e costumes aparece como meio de garantia de direitos e até mesmo de proteção ao empresário-fornecedor. Sua presença consta no art. 39, incisos II e VII:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

No caso do art. 39, II, o fornecedor não pode se recusar a atender às demandas dos consumidores, desde que possua os produtos em estoque ou esteja habilitado a prestar o serviço. Pode até recusar a venda a crédito, mas se o consumidor se dispõe a pagar à vista e em dinheiro, jamais poderá haver recusa por qualquer pretexto.

Na parte final do inciso, o legislador assegura o respeito aos usos e costumes vigentes, como, por exemplo, o hábito de limitar a quantidade de itens com preços promocionais. Tal medida busca evitar que um determinado consumidor leve uma quantidade excessiva de itens, evitando assim que o maior número possível de consumidores possam se beneficiar dos preços promocionais.

No inciso VI o CDC determina que a execução de todo e qualquer serviço depende de um prévio orçamento. A simples apresentação do orçamento não implica em autorização do consumidor, há necessidade de anuência expressa. Se o serviço é realizado sem autorização expressa, por analogia ao parágrafo único do art. 39, considera-se amostra grátis.

Todavia, se o fornecedor provar que rotineiramente costumava realizar serviços sem apresentação de orçamento e/ou autorização prévia por parte do consumidor, que vinha pagando anteriormente, não pode escusar-se do pagamento alegando descumprimento do art. 39, VI e do art. 40. Trata-se de uma clara valorização dos usos e costumes como forma de proteger o fornecedor que depositou a sua confiança no consumidor.

Rizzatto Nunes (2013, p. 617) exemplifica com as situações do consumidor que possui longo tempo de relacionamento com o fornecedor, autorizando a execução de serviços sem a exigência de orçamento prévio e sempre efetuando os pagamentos do serviço realizado após a sua feitura.

Assim, conclui-se que, também quanto à valorização dos usos e costumes, o CDC reforça a confiança e boa-fé que deve existir entre as partes, recepcionando o princípio em um claro diálogo entre o direito comercial e o direito do consumidor.

CONCLUSÃO

Apesar de aparentemente antagônicos e por tutelarem diferentes contextos, em uma primeira leitura pode-se imaginar impossível um diálogo entre o Direito Comercial e o Direito do Consumidor.

Mas, a partir da própria noção de ordenamento jurídico e sistemas e das relações de coordenação e subordinação estabelecidas entre as normas jurídicas, conclui-se pela possibilidade de um diálogo sistemático entre o Direito Comercial e o Direito do Consumidor.

A divisão do Direito em ramos variados é puramente didática em virtude do grande número de normas existentes, razão pela qual resta impossível a existência de regras independente no sistema jurídico. Mesmo com a divisão em ramos, todas as normas jurídicas encontram-se relacionadas entre si, sendo impossível isolá-las, pois integram o mesmo sistema.

Em assim sendo, um texto sempre mantém relações de sentido com outros textos, tornando-se mais facilmente compreensível a partir dessa relação dialógica intertextual.

O Direito do Consumidor recepcionou parte dos princípios do Direito Comercial com os quais mantém uma relação até mesmo de complementação. O diálogo se estabelece não só com artigos do CDC, mas também com princípios da disciplina consumerista e que regem a relação de consumo.

De maneira específica, os princípios da liberdade de concorrência, função social da empresa, preservação da empresa, autonomia patrimonial da sociedade empresária e eficácia dos usos e costumes permanecem vivos no Código de Defesa do Consumidor, que não só os recepcionou ressaltando a sua VIGÊNCIA e VALIDADE, como também conferiu uma maior amplitude ao admitir que tais princípios se fizessem presentes em outro ramo do Direito, confirmando a sua EFICÁCIA.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 jul 2015.
- _____. **Código Civil Brasileiro** (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 jul 2015.
- _____. **Código de Defesa do Consumidor** (1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 10 jul 2015.
- _____. **Lei Complementar 95/98**(1998). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm> Acesso em: 10 jul 2015.
- _____. **Lei 11.101/2005** (2005). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 10 jul 2015.
- CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Noeses, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2013.
- _____. **Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2013,
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **O Empresário e os Direitos do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. **Princípios de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988**. In Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 6.p. 403-428. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico**. In Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, v. 1, p. 185. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **Estado, Empresa e Função Social**. In Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 8. Direito de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2003.
- GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 4ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

LAGES, Leandro Cardoso. **Direito do Consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.