



ANÁLISE ECONÔMICA DA APLICAÇÃO DO FINALISMO MITIGADO PARA AFERIÇÃO DO CONCEITO DE EMPRESÁRIO

Marcia Carla Pereira Ribeiro*

Vitor Gabriel de Moura
Gonçalves*

Resumo

O artigo trata da aplicação da teoria da finalista mitigada aos empresários para considerá-los como consumidores em contratos empresariais. Procura-se demonstrar que as noções de consumidor e empresário são inconfundíveis e se subordinam a regimes jurídicos específicos, de modo que a noção de vulnerabilidade seria restrita ao âmbito consumeirista e incapaz de considerar os custos de transação e a barganha envolvida nos contratos empresariais. O método utilizado foi o dedutivo e a pesquisa bibliográfica se apoia na doutrina empresarial, consumeirista e econômica.

Palavras-chave: Consumidor; Empresário; Contratos Empresariais; Análise Econômica do Direito; Finalismo Mitigado.

LAW AND ECONOMICS ANALYSIS ON THE APPLICATION OF MITIGATED FINALIST THEORY TO ESTABLISH THE ENTREPRENEUR'S CONCEPT

Abstract

This article discusses the application of the mitigated finalist theory to consider entrepreneurs as consumers in business contracts. The purpose is to demonstrate that the notions of consumer and entrepreneur are different from each other and both call the application of specific laws, so that the notion of vulnerability would only be applied to consumer relations and incapable of considering the transaction costs and the bargain involved in business contracts. Deductive method was adopted, and bibliographic research also leaned in the study of business law, consumer law and law and economics doctrines.

Key-words: Consumer; Entrepreneur; Business contracts; Law and economics; Mitigated finalist theory.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da pertinência da aplicação da teoria finalista mitigada para considerar empresários em situação de vulnerabilidade como consumidores em contratos

* Professora Titular de Direito Societário da PUC-PR, Professora Associada de Direito Empresarial da UFPR, pós-doutorado pela FGV-SP (2006) e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012), Pesquisadora Convidada da Université de Montreal (2007). E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

* Mestrando em Direito Empresarial e Atividades Econômicas pela UERJ. Graduado em Direito pela UFF. E-mail: vitorgabriel.m@gmail.com



empresariais. A relevância do tema se sustenta na utilidade de se aferir a efetividade e consequências econômicas do regimento de contratos empresariais pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078/90). Essa importância é reforçada pelo fato de a referida teoria ser de aplicação pacífica no Superior Tribunal de Justiça (STJ), bastando que a parte comprove sua vulnerabilidade na relação.

A proposta central do artigo é compreender a diferença entre as figuras do consumidor e do empresário, cada qual sujeita a regimes distintos e com os custos de transação previamente delimitados, de tal modo que a figura de um “empresário consumidor” ou “consumidor empresário” possa surgir como comportamento surpresa ou oportunista. Para esse exame foi adotado o método dedutivo, tendo como premissa maior o finalismo mitigado, como premissa menor a sua aplicação ao empresário, e como dedução a pertinência jurídica e econômica da figura do “consumidor empresário” ou “empresário consumidor”.

No primeiro capítulo identifica-se o conceito e características do consumidor padrão, e as consequências da delimitação do destinatário final e da vulnerabilidade na construção da teoria finalista mitigada. Na sequência, discorre-se sobre o conceito e características do empresário. No capítulo seguinte buscou-se apresentar uma análise econômica dos contratos empresariais, as consequências da incerteza na aplicação do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, bem como aspectos econômicos para refutar a revisão de contratos empresariais com fulcro na suposta vulnerabilidade dos empresários.

1. O CONCEITO FINALISTA MITIGADO

O art. 2º, *caput* do CDC estabelece que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”. O legislador decidiu adotar o conceito econômico para definir o consumidor padrão (*standard* ou *strictu sensu*)¹, pressupondo que sua atuação é sempre voltada para satisfazer necessidade própria, sem desenvolver qualquer outra atividade negocial ou profissional² (FILOMENO, 2011, p. 63).

¹ Não se ignora que o CDC além de identificar o consumidor padrão (*standard* ou *strictu sensu*) também conceitua o consumidor por equiparação nos arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29, porém, para os fins do presente trabalho, será apenas analisada a figura do consumidor padrão.

² Além do conceito econômico, José Geraldo Brito Filomeno aponta três outros conceitos: (i) o sociológico, identificando o consumidor como o indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços pertencentes a determinada categoria ou classe social; (ii) o psicológico, considerando o consumidor como pessoa dotada de reações individualizadoras direcionadas a critérios para a produção e motivações internas que levam ao consumo; (iii) o filosófico, centrando o consumidor como sempre vulnerável aos anúncios publicitários e



Nesse sentido, a partir da definição legal, podem ser identificados três elementos que compõem o conceito de consumidor, quais sejam: (i) subjetivo; (ii) objetivo; (iii) teleológico (GARCIA, 2017, p. 27). Do ponto de vista subjetivo, o consumidor poderia ser pessoa física ou jurídica. Por outro lado, de forma objetiva, consumidor seria aquele que visasse à aquisição ou utilização de produtos ou serviços. Por fim, a questão teleológica residiria na finalidade da relação, onde o consumidor figuraria como destinatário final.

Ocorre que a determinação de “destinatário final” nunca foi pacífica, de modo que o elemento teleológico atua como um dos mais dissonantes na doutrina. Nesse sentido, uma primeira corrente denominada finalista ou subjetiva defende a existência de um destinatário final econômico e fático, ou seja, aquele que, além de utilizar o produto ou serviço em proveito próprio, também exaure sua função econômica ao não o revender ou agregar valor na cadeia produtiva (MARQUES, 2002, p. 253).

Como consequência da restrição da teoria finalista, não seriam as pessoas jurídicas (principalmente o empresário e as sociedades empresárias) incluídas no conceito de consumidor, não obstante a inexistência de redação legal expressa. Isso, porque todos os produtos e serviços adquiridos pela pessoa jurídica serão utilizados em sua atividade econômica - ainda que indiretamente (GARCIA, 2017, p. 29-30; MELO, 2008, p. 35; FILOMENO, 2011, p. 70).

Em sentido contrário, a corrente maximalista ou objetiva considera apenas a noção de destinatário final fático, onde o consumidor seria aquele que adquirisse bem ou serviço para sua própria necessidade, independentemente da destinação econômica conferida. Cláudia Lima Marques aponta que essa teoria toma as normas do CDC como o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, indo além dos consumidores não profissionais, tendo em vista a inexistência de normas sobre reequilíbrio contratual e a deficiência das normas contratuais do Código Civil (CC) – Lei nº 10.406/2002 (2002, p. 254).

A segunda corrente é alvo de críticas pela doutrina, vez que amplia demais o conceito de consumidor, de modo a reforçar a tutela de profissionais com privilégios especiais, desprestigiando o fim visado pelo legislador, a ponto de negar a razão epistemológica do próprio microsistema (MARQUES, 2002, p. 20; GARCIA, 2017, p. 31).

Diante do impasse entre as correntes maximalista e finalista, apresentou-se a teoria

alienado ante a apologia da sociedade de consumo (FILOMENO, 2011, p. 23).



do finalismo mitigado³ como uma terceira forma de definir a abrangência do conceito de consumidor. Segundo Leonardo Garcia, a teoria se socorre da vulnerabilidade como paradigma à aplicação das regras do CDC, visando fortalecer as partes em inferioridade e reestabelecer o equilíbrio contratual (GARCIA, 2017, p. 33). Com isso, são mitigados os requisitos da teoria finalista – usuário final econômico e fático -, desde que presente a vulnerabilidade no caso concreto⁴.

Para o finalismo mitigado, não é relevante se a pessoa está utilizando o produto ou serviço para necessidade própria ou para intermediação, tampouco se serão retirados da cadeia de produtiva ou se serão destinados a uma nova produção ou fornecimento. Pelo contrário, é suficiente que exista uma parte vulnerável na relação jurídica para chamar a aplicação do CDC, que trará consigo as regras pertinentes para o devido reequilíbrio contratual. Trata-se de uma análise puramente casuística, menos interessada nas características objetivas, subjetivas e teleológicas, e mais interessada na posição contratual das partes.

Cumprido ressaltar que, segundo doutrina de Cláudia Lima Marques (2002, p. 252), a vulnerabilidade pode se dar de quatro formas: (i) técnica; (ii) jurídica ou científica e (iii) fática ou socioeconômica.

A vulnerabilidade (i) técnica se refere ao desconhecimento do consumidor de dados específicos sobre o produto, enquanto a (ii) jurídica ou científica atinge conhecimentos sobre os direitos do indivíduo, bem como outros de natureza contábeis, matemáticos, financeiros e econômicos. Por outro lado, a (iii) vulnerabilidade fática se dá diante do grande poderio econômico, de situações de monopólio ou de essencialidade do produto.

É pacífica na jurisprudência do STJ⁵ a aplicação da teoria finalista mitigada em diversos acórdãos, como se verifica no REsp nº 476.428/SC:

Por isso mesmo, 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

³ Também conhecida como teoria do finalismo aprofundado, temperado ou equitativo.

⁴ Bruno Miragem aponta que a teoria finalista não tem como objetivo a mitigação do conceito de consumidor padrão previsto no art. 2º do CDC, mas, ao contrário, desenvolve critérios mais exatos para a extensão conceitual abrangida pela noção de consumidor por equiparação do art. 29 do CDC (2016, p. 166). Ainda assim, seja considerado como consumidor padrão ou por equiparação, os efeitos da mitigação serão os mesmos.

⁵ Nesse sentido, confira-se, entre outros: (i) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.785.802/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 19.02.2009. Publicação no Diário de Justiça em 06.03.2019 e (ii) _____. _____. Recurso especial nº 1.730.849/SP. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento em 07.08.2018. Publicação no Diário de Justiça em 07.02.2019.



consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não.

[...]

Ainda nesse contexto, cumpre lembrar que o STJ já houve por bem afastar a incidência do CDC, p.ex., se verificado o expressivo porte financeiro ou econômico: da pessoa tida por consumidora (hipersuficiência); do contrato celebrado entre as partes; ou de outra circunstância capaz de afastar, em tese, a vulnerabilidade econômica, jurídica ou técnica.⁶ [grifos nossos]

Assim, o STJ aplica a teoria finalista mitigada para considerar excepcionalmente como consumidores as pessoas físicas ou jurídicas vulneráveis em determinada relação contratual, ultrapassando a mera condição de destinatário final fático ou econômico. Para tanto, realiza análise casuística do desequilíbrio contratual, afastando casos em que o consumidor tiver expressivo porte financeiro, houver aquisição de bens caros e sofisticados ou em situações de intermediação no setor agrícola e bancário.

2. O CONCEITO DE EMPRESÁRIO NO CÓDIGO CIVIL E SEUS ELEMENTOS

Consoante o disposto no art. 966 do CC, deve ser considerado como empresário aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”⁷. Do conceito, extraem-se algumas características fundamentais, como (i) a economicidade, (ii) a organização, e (iii) a profissionalidade. Remo Franceschelli (1944, p. 35) e Alberto Asquini (1996, p. 114) também identificam no empresário (iv) a assunção de todo o risco de seu empreendimento, bem como (v) o direcionamento de sua produção ao mercado. Portanto, para compreender por completo a figura do empresário, é necessário identificar todos esses elementos.

A economicidade indica que a empresa está direcionada à geração de novas riquezas, seja por meio da criação ou do aumento de valor agregado aos bens ou serviços. Com isso, o titular da atividade atua sempre de forma ativa com vistas ao lucro, não havendo que se falar em uma atuação passiva para o mero uso ou gozo próprios de bens e serviços (VERÇOSA, 2011, v.1, p. 140).

De acordo com Francesco Galgano (1999, p. 25), a economicidade engloba a

⁶ Brasil Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 476.428/SC. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 19.04.2005. Publicação no Diário de Justiça em 09.05.2005.

⁷ Cumpre ressaltar que podem exercer empresa os plenamente capazes e os que não tiverem impedimentos legais (art. 972 do CC), admitindo-se seu prosseguimento pelo incapaz mediante autorização judicial (art. 974, *caput* e §1º do CC).



idoneidade abstrata da atividade em cobrir seus custos, investindo capital na atividade produtiva para possibilitar ao menos sua reprodução ao final do ciclo produtivo. Nesse sentido, Waldo Fazzio Júnior (2016, p. 35) aponta que o cerne do direito mercantil jamais poderia se afastar da atividade profissional organizada de raiz econômica destinada, com o escopo do lucro, a colocar produtos e serviços à disposição do consumidor.

A atividade empresária é organizada na medida em que ajusta os fatores de produção para atender ao mercado (capital, trabalho, tecnologia e insumo). As meras qualificações pessoais do agente econômico que exerce a empresa devem sempre abrir espaço à relevância da consideração objetiva sobre os frutos da atividade, abarcando a qualidade da iniciativa e da decisão, a capacidade de escolha da mão de obra e dos produtos, entre outros (TOMAZETTE, 2017, v. 1, p. 81). Não importa a dimensão da atividade, mas que sua organização se dê através de trabalho alheio e com capital próprio ou alheio (ASQUINI, 1996, p. 114-115).

O empresário deve exercer a atividade de modo profissional, ou seja, em caráter estável, contínuo e habitual. Não obstante a atividade seja exercida apenas em determinados meses de um ano (v.g. férias de verão), isso não significa um necessário exercício ocasional, mas confirma a estabilidade durante o período em que a atividade é exercida. Além disso, Alberto Asquini observa que o caráter profissional seria algo inerente ao próprio empresário, trazendo-lhe o norte necessário ao exercício da empresa de acordo com sua extensão almejada. Nesse sentido, confira-se (1996, p. 111):

Na economia de troca o caráter profissional da atividade do empresário é um elemento natural da empresa. O princípio da divisão do trabalho e a necessidade de repartir no tempo as despesas da organização inicial, de fato, orientam naturalmente o empresário, para especializar a sua função através de uma atividade em série, dando lugar a uma organização duradoura, normalmente, com escopo de ganho. A extensão da duração da empresa é, além disso, inerente ao próprio objeto da empresa (Ex.: construção de uma estrada, fornecimento periódico de mercadorias). A empresa imediatista pode portanto ser tomada em consideração pela economia, somente como um fenômeno marginal.

O empresário deve assumir a totalidade dos riscos da empresa. Alberto Asquini (1996, p. 109-110) identifica que os riscos podem ser inerentes a cada procedimento produtivo, bem como econômicos quando relacionados à possibilidade de cobrir os custos do trabalho e do capital empregado, mas ambos servirão para guiar o modo de atuação, produção e distribuição dos bens. Diante dos referidos riscos e das ações cabíveis, o empresário buscará sua remuneração no lucro, considerado como o motivo normal da atividade empresarial pelo autor.



O empresário visa ao direcionamento de seus produtos e serviços ao mercado para supri-lo, e não para si próprio. Para Haroldo Verçosa (2011, p. 142), essa é a principal característica que diferencia a atividade empresarial das demais, vez que a ausência de combinação entre produtividade e economicidade importa em uma atividade cujos benefícios seriam direcionados para o uso próprio com sentido mutualístico, como ocorre com as cooperativas.

Por isso, o empresário deve ser considerado como aquele que organiza os fatores de produção para satisfazer as necessidades do mercado em geral (FERRI, 2001, p. 33). Assim, Haroldo Verçosa (2011, v.1, p. 214) identifica que o direcionamento para o mercado cria duas fronteiras básicas: (i) o direito concorrencial diante das relações entre empresários enquanto fornecedores e produtores numa determinada cadeia de negócios e (ii) o direito consumeirista, no tocante às relações entre os empresários e os destinatários de suas atividades.

A premissa também é seguida por Alberto Asquini (1996, p. 110-111), quando afirma que o conceito de empresa é um fenômeno econômico e poliédrico (4 perfis), onde cabe ao empresário exercer uma função criativa de riquezas e, não somente intermediária, através da transformação de bens preexistentes em novos ou no aumento da utilidade de bens já existentes. O autor vai além e conclui que a razão econômica da empresa econômica é ser, simplesmente, uma organização produtiva (idem, 1996, p. 116)

Ausente quaisquer dos elementos mencionados, não estará caracterizada a figura do empresário, de modo a afastar a incidência das normas presentes no Livro II da Parte Especial do CC; estar-se-á diante de uma sociedade simples, um profissional liberal, uma associação, mas não um empresário. Por outro lado, ainda quando presentes tais elementos, a lei também pode afastar o caráter empresarial quando se tratar de cooperativa (art. 982, parágrafo único do CC), ou de exercício de profissão intelectual quando não constituir elementos de empresa (art. 966, parágrafo único do CC).

José Xavier Carvalho de Mendonça (1958, p. 25) já advertia, analisando a figura do comerciante, que, independentemente da nomenclatura utilizada para definí-lo, todos serão identificados pelos mesmos princípios e submetidos às mesmas obrigações. Não se quer com isso afirmar que uma sociedade em comandita simples estaria sujeita ao mesmo regime de uma sociedade anônima, por exemplo, mas que, enquanto sociedades empresárias estarão sujeitas às regras gerais e específicas do direito empresarial, independentemente de sua qualificação como fornecedor de bens ou serviços.



A situação entre, de um lado, empresários e, do outro, microempresas e empresas de pequeno porte⁸ é um exemplo claro da situação trazida por Carvalho de Mendonça. Não se nega que a Constituição Federal tenha determinado tratamento diferenciado a estas últimas (art. 170, IX e 179), mas tanto os empresários todo empresário está sujeito às normas de direito empresarial, respeitando especificidades quanto ao registro, deveres e obrigações, escrituração, dissolução, entre outros. Além disso, deve se considerar que os contratos celebrados entre os empresários serão sempre contratos empresariais, e não simplesmente civis ou consumeristas.

Nesse sentido, Alberto Asquini (1996, p. 155) ressalta que, independentemente das dimensões da atividade, seja ela exercida por um comerciante ou por um pequeno comerciante com estatuto especial, será considerado como empresário. Carvalho de Mendonça (2001, p. 25) também adota entendimento semelhante ao afirmar que a distinção entre o grande e o pequeno empresário é restrita a determinados efeitos. Com isso, denota-se que a organização interna da empresa não poderá ser utilizada como argumento apto a afastar a caracterização do empresário, salvo disposição legal em contrário.

Ocorre que a aplicação do finalismo mitigado, vai contra todos os elementos identificados neste capítulo, permitindo a mútua consideração do agente econômico como empresário e consumidor, apesar dos regimes distintos. Por isso, é necessário realizar uma análise aprofundada de suas consequências jurídicas e econômicas, a fim de demonstrar sua incompatibilidade com os contratos empresariais.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DA APLICAÇÃO DO FINALISMO MITIGADO AO EMPRESÁRIO E AOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A criação do microsistema de proteção ao consumidor tem atuação fundamental na persecução do princípio da igualdade e liberdade contratual, visando atenuar ao máximo as vulnerabilidades do consumidor em relação ao fornecedor, a fim de que ambos possam extrair o máximo de utilidade da relação. Contudo, por melhor que seja a intenção do legislador, essa falha de mercado jamais conseguirá ser aniquilada por completo.

Em termos econômicos, é injustificável que determinados danos ou custos sejam

⁸ Apesar de considerarmos os termos “microempresa” e “empresa de pequeno porte” como atécnicos, vez que quem exerce a atividade é o empresário (e não a empresa), segue-se a nomenclatura utilizada pela legislação pátria.



completamente reduzidos a zero, visto que os custos para tal atuação seriam gigantescos ou até imensuráveis (VELJANOVSKI, 1980, p. 169). Exemplo clássico dessa situação é a “poluição zero”: não se justifica que o Estado invista em programas e tecnologia de altíssimo valor para aniquilar a poluição por completo, mas gerir os gastos públicos de tal forma que se atinja um nível saudável de proteção ambiental – equilibrando o benefício do desenvolvimento com os custos da transação, em prol de um desenvolvimento sustentável (art. 225 da Constituição Federal de 1988)

Nesse sentido, a proteção ao consumidor traz consigo normas imperativas de interesse social que visam ao equilíbrio da relação contratual até um limite minimamente eficiente. Considera-se os custos marginais necessários para se atingir uma redução efetiva na vulnerabilidade da relação, ao mesmo tempo que se atenta aos interesses econômicos envolvidos e seus impactos no mercado.

Tanto não se pode desamparar os consumidores de proteção fática, jurídica e econômica, como também não se pode impor custos excessivos ao empresário a ponto de impossibilitar o exercício da atividade econômica. Busca-se um ponto de equilíbrio, alocando-se os riscos de forma eficiente na medida em que os custos marginais sejam justificáveis e úteis à preservação e ao desenvolvimento da relação contratual.

Por isso, é de extrema importância que os consumidores sejam devidamente identificados como tais, sob risco de dar prerrogativas indevidas a pessoas que não estão em condição de vulnerabilidade. Assim, o microsistema protetivo terminaria por privilegiar unilateralmente uma relação em equilíbrio ou reforçar as desigualdades em uma relação já desequilibrada. Precisa-se compreender o que é um contrato empresarial, a fim de proporcionar sua completa individualização face ao contrato de consumo.

3.1. NOÇÃO DE CONTRATO EMPRESARIAL

Os contratos e obrigações comerciais contavam com regulação geral e específica nos Títulos V a IX da Parte Primeira do Código Comercial de 1850, até sua revogação pelo art. 2.045 do CC. Com isso, o CC passou a ser a principal normativa sobre contratos em todo o ordenamento, consolidando a unificação do regime dos institutos civil e empresarial. Entretanto, não é possível afirmar que os contratos empresariais desapareceram na prática, tampouco que seus princípios e características restaram completamente substituídos pelos do



direito civil.

Haroldo Verçosa (2011, v. 4, p. 43) chega a tal conclusão ao dividir os contratos em três principais classificações: (i) consumeirista; (ii) civil *strictu sensu* e (iii) comercial ou empresarial⁹.

O contrato de consumo é aquele em que há uma relação jurídica entre consumidor – nos termos do art. 2º, 17 ou 29 do CDC - e fornecedor ou produtor – nos termos do art. 3º do CDC -, estando submetido às normas de ordem pública previstas no CDC (art. 1º). Por outro lado, o contrato civil *strictu sensu* é aquele celebrado entre partes não consumidoras e não empresárias, aplicando-se os princípios e regras do CC.

Já o contrato empresarial é aquele celebrado entre empresários no exercício de suas atividades ou entre empresário e pessoa não caracterizada como consumidor, sempre direcionado à realização do objeto social (VERÇOSA, v.4, 2011, p. 43). No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar (2008, p. 3) identifica que os contratos empresariais tem caráter operacional e são realizados entre empresários, ou entre estes e fornecedores ou utentes dos bens ou serviços oferecidos.

Ao contrário dos contratos de consumo, onde há um desequilíbrio aparente, os contratos empresariais presumem-se realizados entre partes iguais e equivalentes¹⁰. As partes são empresários (ou outras pessoas envolvidas na cadeia) com o devido conhecimento profissional e/ou técnico, buscando o lucro através da produção ou circulação de bens ou serviço; seja uma multinacional, ou um pequeno empresário, todos estarão direcionados a fins econômicos e profissionais¹¹.

José Engrácia Antunes atribui aos contratos empresariais a característica da objetivação ou sensibilidade. A estrutura e objetivos individuais dos empresários são dispensáveis para a caracterização da relação contratual. Assim, a classificação do contrato como empresarial independe do tipo societário, da complexidade da estrutura ou de qualquer outro fator meramente subjetivo. Impor um monitoramento a esses critérios enquanto pressupostos à empresa importaria em grande incerteza, fugindo dos critérios objetivos de

⁹ No mesmo sentido está Waldirio Bulgarelli, apenas não fazendo menção aos contratos de consumo (1997, p. 43).

¹⁰ Nesse sentido, confira-se o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Comercial: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.”

¹¹ Nessa perspectiva, confira-se o Enunciado nº 28 da I Jornada de Direito Comercial: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência.”



economicidade e produtividade.

Ainda que o empresário lide diuturnamente com os riscos inerentes à sua atividade, é falso concluir que, como consequência, os contratos empresariais teriam por fundamento o risco e a incerteza. Paula Forgioni (2012, p. 23) identifica que as relações comerciais se fundam na calculabilidade, na segurança e na estabilidade, uma vez que são submetidas a reiteradas práticas que geram mútua confiança e expectativa nas partes.

Dessa forma, a segurança e a padronização são fatores que caminham conjuntamente na dinâmica dos contratos empresariais. Através de condutas racionais que maximizem os benefícios e promovam a aversão aos custos, as partes irão chegar a um padrão de interação que tenderá a persistir por longos períodos, atingindo-se um equilíbrio de interesses de forma eficiente (COOTER e ULEN, 2012, p. 12-14). E, nesse equilíbrio, as partes acomodam a padronização dos seus comportamentos, a fim de gerar segurança e expectativa na mútua atuação.

Mais do que uma forma de criar condições de sujeições recíprocas, o contrato serve como um importante processo social para resguardar promessas (EINSENBURG, 1982, p. 782). Os contratantes precisam ter confiança nas declarações uns dos outros para que realizem seus deveres e exijam seus direitos com certeza e calculabilidade; o processo precisa ser eficiente. Quanto menor for estabilidade do vínculo entre as partes, menor será a utilidade projetada na relação contratual, de tal modo que o distrato ou o inadimplemento possam figurar como as medidas mais eficientes.

Por isso, o processo de formação dos contratos se dá através da barganha, onde cada parte observa o desempenho que ela assumirá como o preço a ser desempenhado pelo outro. Trata-se de um processo de indução recíproca, onde cada parte buscará uma situação de equilíbrio através do limite da maximização dos seus interesses em relação ao outro.

Dentro da noção de objetivação do contrato empresarial, ambas as partes possuem os mesmos poderes de barganha e deverão unir seus esforços para a construção de um contrato eficiente para ambas. É evidente que haverá situações em que uma parte possa ter maior ingerência e poder na elaboração dos contratos (como nos contratos de adesão), mas deve ser levado em consideração que todos os contraentes envolvidos estão direcionados à busca da utilidade, perseguindo fins econômicos, praticando seu objeto social e buscando lucros.

Com isso, a atuação dos contratantes deve ser, na medida do possível, mutuamente conhecida, a fim de evitar surpresas indevidas e trazer maior estabilidade à relação. Assim



como a barganha de induções recíproca funciona na formação dos contratos, o seu cumprimento será marcado pela lógica da teoria dos jogos. Através da padronização ou simples expectativa de comportamentos, as partes interagirão entre si de forma estratégica, sempre buscando compreender e prever os atos subsequentes do outro (ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, 2005, p. 127).

3.2. CONSEQUÊNCIAS DA CARACTERIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO COMO CONSUMIDOR

O presente capítulo analisará os principais pontos divergentes entre o regime contratual do CC, CDC e Código de Processo Civil, a fim de demonstrar as consequências da classificação das partes como consumidor ou empresário. Se determinado empresário for considerado como consumidor em determinada relação, logicamente estará sujeito a todo o plexo de direitos do microsistema protetivo, ao mesmo tempo que gozará de direito subjetivo para requerer juridicamente sua condição de consumidor face a outros contratos em que se apresente em situação semelhante ou idêntica.

Dentre as principais divergências, identifica-se: (i) inversão do ônus da prova; (ii) responsabilidade civil; (iii) prescrição; (iv) desconsideração da personalidade jurídica; (v) interpretação mais favorável; (vi) renúncia a direitos; (vii) teoria da imprevisão e (viii) repetição de indébito.

Quanto à inversão do ônus da prova, dentre os direitos básicos do consumidor, o art. 6º, VIII do CDC determina que a simples alegação verossímil ou a condição de hipossuficiência do consumidor são suficientes à determinação da inversão do ônus da prova em juízo. Já os contratos empresariais se submetem à regra geral do art. 373, I do CPC, cabendo exclusivamente ao autor provar fato constitutivo de seu direito. O parágrafo 1º do referido artigo prevê a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, quando esta for de difícil ou impossível obtenção para a parte respectiva.

Apesar de a inversão do ônus da prova e sua distribuição dinâmica terem efeitos semelhantes, suas causas são completamente distintas. Na relação de consumo, as partes já tem plena expectativa que eventual lide a ser ajuizada terá grandes chances de ter seu ônus redistribuído em razão da simples hipossuficiência do consumidor (NERY JUNIOR e NERY, 2018, p. 428). Já na relação empresarial, a redistribuição do ônus não é presumida, mas



depende de pedido fundamentado da parte submetido ao contraditório; é uma exceção à relação processual tida como equânime.

No que tange à responsabilidade civil pelos fato e vício do produto e do serviço, de acordo com os arts. 12, 18 e 25, §2º do CDC, as relações de consumo se submetem ao regime da responsabilidade civil objetiva e solidária entre todos os agentes da cadeia de produção (art. 13 do CDC). As hipóteses de excludentes de responsabilidade são restritas às enunciadas pelo art. 12, §3º e 14, §3º do CDC, não fazendo referência, por exemplo, ao caso fortuito e à força maior. Além disso, conforme o art. 51, I do CDC, será nula qualquer cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor.

Por outro lado, nos contratos empresariais, a regra é a responsabilidade subjetiva prevista no art. 927, *caput* do CC¹², havendo solidariedade apenas quando previsto em lei ou no contrato, na forma do art. 265 do CC. Configuram excludentes da responsabilidade civil a legítima defesa, o exercício regular do direito, o estado de perigo, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior. Ademais, as partes poderão ajustar cláusula penal compensatória para adiantar o cálculo de eventual indenização por responsabilidade civil contratual.

Em relação à prescrição da pretensão indenizatória, o art. 27 do CDC estabelece que o prazo é de cinco anos contados do conhecimento do dano e de sua autoria. Já nas relações empresariais, apesar da disposição literal no art. 206, §3º, V do CC (3 anos), aplica-se o prazo decenal do art. 205 do CC conforme decisão recente da Segunda Seção do STJ no EREsp nº 1.280.825/RJ¹³.

No tocante à desconsideração da personalidade jurídica, o art. 28, §5º do CDC prevê a aplicação da teoria menor quando da desconsideração da personalidade jurídica¹⁴, isto é, o simples inadimplemento é suficiente para se atingir o patrimônio dos sócios ou administradores. Em sentido contrário, aplica-se às relações empresariais a teoria maior prevista no art. 50 do CC, de modo que a personalidade jurídica somente será atingida

¹² A responsabilidade subjetiva do empresário poderá ser excepcionada na forma do art. 931 do CC: Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

¹³ Ao tempo da elaboração do presente artigo não houve prolação de acórdão no EREsp nº 1.281.594/SP, no qual a Corte Especial do STJ irá pacificar se o prazo prescricional será trienal ou decenal nos casos de responsabilidade civil contratual e extracontratual.

¹⁴ Nesse sentido, confira-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 279.273/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Ari Pargendler. Julgamento em 04.12.2003. Publicação no Diário de Justiça em 29.03.2004.



mediante comprovação de fraude, abuso ou confusão patrimonial por parte dos sócios.

Quanto à interpretação mais favorável, nos contratos de consumo, a interpretação das cláusulas contratuais terá sua interpretação realizada de forma mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). Nos contratos empresariais, ao contrário, a interpretação se dará conforme a boa-fé, os usos do lugar, e a intenção das partes (art. 112 do CC), somente havendo interpretação mais favorável a uma das partes quando esta for aderente em contrato de adesão com cláusulas ambíguas ou contraditórias (art. 423 do CC).

Cumprido ressaltar que, em se tratando de contrato de adesão, o CDC traz normas específicas sobre seu conteúdo. Os parágrafos do art. 54 determinam que: somente são admitidas cláusulas resolutorias de natureza alternativa; o tamanho da fonte será ao menos de corpo doze; eventuais cláusulas limitativas de direito deverão ser redigidas com destaque. Apesar de os contratos de adesão também serem disciplinados pelo CC, este não possui qualquer norma nesse sentido.

No que tange à renúncia de direitos, o art. 51, I do CDC considera como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que importarem em renúncia ou disposição de direitos, tendo em vista que suas normas protetivas são de ordem pública, isto é, imperativas e não sujeitas à negociação entre as partes. Da mesma forma, o inciso VII prevê que a cláusula que preveja a renúncia compulsória à jurisdição estatal em prol da arbitragem também é nula.

Por outro lado, nas relações empresariais, o art. 421 do CC apenas determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observados o princípio da probidade e da boa-fé. Ademais, as partes podem convencionar arbitragem na forma do art. 1º da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem.

Concernente à teoria da imprevisão, trata-se de instituto que permite a resolução ou revisão contratual quando fato extraordinário e imprevisível tornar as prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas para uma das partes, consoante o disposto no art. 317 do CC. Todavia, a teoria da imprevisão aplicada aos contratos empresariais não prevalece nos contratos de consumo. O art. 6º, V do CDC consagra a teoria da base objetiva do negócio jurídico, segundo a qual a mera desproporção nas prestações é suficiente para a revisão do contrato, dispensando qualquer prova sobre a imprevisibilidade do fato econômico superveniente (GARCIA, 2017, p. 87).

Por fim, sobre a repetição de indébito, o art. 42, parágrafo único do CDC prevê que, uma vez tendo sido o consumidor cobrado em quantia indevida, terá direito à restituição em



dobro do que pagou, salvo erro justificável. Por outro lado, o art. 940 do CC determina que será possível a restituição em dobro apenas do valor cobrado por dívida já paga, cabendo a restituição simples quando houver cobrança por quantia superior à devida.

Parte da doutrina compreende que a restituição em dobro do CDC refere-se apenas aos casos de cobrança de dívida extrajudicial, enquanto o CC seria aplicado nos casos de cobrança judicial (BENJAMIN, 2011, p. 408-410)¹⁵. Além disso, apesar de a Segunda Seção do STJ ter determinado que a restituição em dobro, em quaisquer dos casos, somente poderá ocorrer no caso de má-fé da parte¹⁶, há posição doutrinária que defende a aplicação da literalidade do CDC, afastando-se a restituição em dobro apenas no caso de erro justificável, sendo suficiente a simples culpa do fornecedor (MARQUES, 2002, p. 42; BENJAMIN, 2011, p. 410).

3.3. REPENSANDO A “VULNERABILIDADE” NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

De todo o exposto, percebe-se que empresário e consumidor são duas figuras completamente distintas, estando cada qual submetida a um regime jurídico específico. Enquanto o consumidor busca satisfazer necessidades próprias, o empresário participa do processo de produção e distribuição em massa. Por isso, a expressão “empresário consumidor” ou “consumidor empresário” seria um grande paradoxo por trazer conceitos que não se completam, mas se distanciam.

Gladston Mamede (2010, p. 385) defende a existência de um princípio da eficácia universal do direito do consumidor, afirmando que o microssistema cuida de posições ao invés de pessoas específicas, de modo que ninguém seria consumidor, mas estaria consumidor em determinada circunstância. Não se apoia tal assertiva, porque, do contrário, na mesma relação contratual as partes estariam sujeitas a marcos temporais em que seriam tidas ora como empresárias, ora como “consumidoras empresárias”.

Os contratos empresariais são marcados pela segurança e estabilidade, onde as partes alocam os respectivos riscos e benefícios de forma prévia e eficiente. Além disso, prevalece a característica da objetivação, de modo que na relação estão presentes tão somente empresários, sendo irrelevante qualquer outra característica interna, tal qual a condição de

¹⁵ Em sentido contrário, confira Leonardo de Medeiros Garcia (2017, p. 345).

¹⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo nº 570.214/MG. Segunda Seção. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 14.06.2004. Publicação no Diário de Justiça em 28.06.2004.



pequeno empresário, o fato de ser *holding* ou subsidiária, o tipo societário, o número de sócios, o valor do capital social, e assim por diante.

A partir do momento em que um empresário é reconhecido como consumidor pela via judicial, novos custos e riscos não previstos são adicionados à relação e distribuídos de forma desigual¹⁷. É possível (e provável) que em determinadas relações entre empresários, um não tenha prévio conhecimento ou expectativa que o outro seja ali considerado como consumidor. Trata-se de uma subversão à teoria dos jogos, onde um dos “jogadores” atua de forma completamente inesperada e oportunista, indo além da mera estratégia para alcançar brechas dentro da própria legislação.

Não se nega que pode haver, de fato, desequilíbrio na relação contratual. Contudo, a pura e simples condição de consumidor não serve apenas para atender aos pedidos de determinada lide, como a nulidade de uma cláusula ou um determinado prazo prescricional. Ninguém está parcialmente submetido ao CDC; ou se é consumidor e atrai todas as normas de ordem pública, ou não se é consumidor e não se aplica qualquer uma dessas normas.

Por isso, eventual decisão que caracterize o empresário como consumidor pode servir como fundamento para futuras ações que visem ao reconhecimento de outros direitos de consumidor na mesma relação contratual. Do contrário, ao se admitir que a classificação de consumidor é casuística e mutável dentro da mesma relação contratual, seria ônus da parte identificar os termos (certos e determináveis) em que passou e deixou de ser consumidora – uma verdadeira “metaforse ambulante” ao arrepio da objetivação dos contratos empresariais.

Uma análise econômica da teoria do finalismo mitigado permite perceber que inexistente qualquer espécie de eficiência no reconhecimento do empresário como consumidor. A aplicação do CDC não é suficiente para suprir eventual desequilíbrio contratual, permitindo que o “consumidor” continue em situação de dependência, ao mesmo tempo em que são aumentados os custos marginais do “produtor” ou “fornecedor” de forma inesperada e, muitas vezes, desproporcional. Logo, não há eficiência de Pareto, onde só é possível melhorar a situação de um indivíduo ninguém ficar em situação pior (COOTER e ULEN, 2016, p. 14).

Também não há que se falar em eficiência de Kaldor-Hicks, vez que não é possível (ou ao menos não é prevista) a compensação dos novos custos atribuídos ao “produtor” ou

¹⁷ Como visto, tais custos podem ser: (i) inversão do ônus da prova; (ii) responsabilidade civil; (iii) prescrição; (iv) desconsideração da personalidade jurídica; (v) interpretação mais favorável; (vi) renúncia a direitos; (vii) teoria da imprevisão e (viii) repetição de indébito.



“fornecedor” (COOTER e ULEN, 2016, p. 42-43). Pelo contrário, são impostas novas regras à relação contratual que alteram toda a dinâmica do seu cumprimento, cabendo às partes cumpri-las e, se insatisfeitas, recorrer ao distrato.

Alan Schwartz e Robert Scott (2003, p. 544-545) identificam que o objetivo da interpretação dos contratos pelo Judiciário deve ser facilitar os esforços das partes para maximizar os ganhos conjuntos. Os autores consideram que as partes devem ser soberanas na criação dos contratos, enquanto o Estado seria o soberano para legislar, principalmente nas hipóteses de externalidade, verificando-se o desequilíbrio na relação (idem, 2003, p. 33).

Mark Gergen (1995, p. 98-99) afirma ser possível que os contratos sejam revisados judicialmente diante de um desequilíbrio patente, mas o Judiciário não avalia os custos e benefícios da relação de forma efetiva, tendendo a emitir decisões que piorem o contrato ao deformar a distribuição de riscos e aumentar os custos. Não é porque o CDC é a única lei que indica soluções para o desequilíbrio contratual de relações de produção em massa, que necessariamente deve ser aplicada para toda e qualquer relação que não seja de consumo.

A busca pelo contrato perfeito além de trazer custos imensuráveis, termina por ser irreal (COOTER e ULEN, 2016, p. 291-292). É falsa a presunção de que o CDC, através da teoria finalista mitigada, irá promover perfeito equilíbrio a todas as relações contratuais. O verdadeiro equilíbrio não faz com que os danos acabem, alcance um ponto em que sejam minimamente toleráveis. Ocorre que como o CDC foi uma norma concebida para a relação de consumo, tal equilíbrio é muito improvável de ser alcançado nas relações empresariais.

A resposta para identificar o problema do finalismo mitigado está em seu próprio fundamento: a vulnerabilidade. Não é possível conceber que exista vulnerabilidade técnica ou jurídica entre empresários, pois todas as transações que realizam são sempre de insumo, e nunca de consumo (VIDIGAL, 1992, p. 5-27; THEODORO JUNIOR, 2017, p. 29). Ainda que o empresário contrate para satisfazer necessidades internas, fora dos fins imediatos de seu objeto social, é inegável que tais relações visam o desenvolvimento da atividade e a persecução mediata do lucro, além de terem seus custos indexados ao valor final de seu produto ou serviço.

Por outro lado, a vulnerabilidade fática traz consigo noções de direito de concorrência ao afirmar que o desequilíbrio seria proveniente de condições de superioridade entre empresários. Eric Posner (2002, p. 13) identifica que o Judiciário considera contratos como desequilibrados pela desigualdade no poder de barganha, enquanto que o correto seria



identificar situações de poder de mercado ou de monopólio.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 53), ao comentar o princípio da proteção do contratante mais fraco, considera que as relações empresariais podem ser assimétricas não por vulnerabilidade, mas por dependência empresarial. Segundo o autor, essa dependência se daria quando um dos contratantes estivesse condicionado a organizar sua empresa de acordo com as instruções dadas pela outra parte, de modo a restringir sua liberdade de organização.

Por isso, não deve ser comemorada a posição do STJ em aplicar o CDC às relações empresariais presente a “vulnerabilidade”. Além de o microsistema não ser dotado de ferramentas para resolver relações dotadas de profissionalidade, termina por fomentar o comportamento oportunista (*free-rider*). Nunca será possível ter certeza razoável se um dos empresários irá invocar as normas consumeiristas ao seu favor, de modo que a teoria finalista mitigada funcionará como uma premiação à incompetência de empresários em crise, escondidos sob o manto da “vulnerabilidade” (RIBEIRO e GALESKI JUNIOR, 2015, p. 237; BENJAMIN, 1998, p. 77).

A Lei nº 12.529/2011 (Lei de defesa da concorrência) prevê como infração da ordem econômica no art. 36, §3º, IV, a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresário concorrente, fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços. Ao contrário, o CDC não trata de questões de insumo, mas tão somente de consumo, não sendo norma apta à solução de questões empresariais - dentre elas, a concorrência¹⁸.

Além disso, o já mencionado acórdão do REsp nº 476.428/SC traz surpreendente exceção à aplicação da teoria finalista mitigada: expressiva condição financeira ou econômica da parte. Nega-se que um empresário de grande porte tenha proteção jurídica contra o desequilíbrio contratual, ao passo que, de fato, pode estar em situação de dependência econômica com um fornecedor monopolista com capital e organização muito inferiores aos seus. Assim, a condição de vulnerabilidade, além de servir como meio oportunista, ignora as condições fáticas da relação contratual.

É necessário repensar a aplicação da teoria finalista mitigada. Apesar de não haver uma lei geral sobre o desequilíbrio em relações empresariais, é certo que o CDC não é o

¹⁸ Nesse sentido está o Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito Comercial: “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”



melhor caminho a ser seguido. De toda forma, exige-se do Poder Judiciário maior atenção à avaliação dos custos e benefícios no contrato, analisando se sua decisão acarretará na correta distribuição de riscos ou, se ao contrário, favorecerá comportamentos oportunistas e reforçará o desequilíbrio. É necessário avançar para além da vulnerabilidade, para além do CDC.

4. CONCLUSÃO

Verificou-se que a noção de vulnerabilidade invocada pelo STJ é inaplicável aos empresários, seja ela fática, jurídica ou técnica. Ademais, não é correta a aplicação da teoria finalista mitigada em relações empresariais, dotadas de profissionalidade e economicidade e voltada para a aquisição de insumos direta ou indiretamente.

A aplicação do CDC aos empresários traz custos de transação não previstos quando do momento da formação do contrato, reforçando o desequilíbrio ao trazer novos direitos e prerrogativas à dinâmica da relação. Caso uma das partes enfrente crise no desempenho da empresa, pode invocar a aplicação do CDC de forma oportunista e surpresa, ao argumento de possuir algum tipo de vulnerabilidade, em geral, por ser micro ou de pequeno porte.

Não se pode conceber que a uma das partes seja dada incerteza sobre uma futura aplicação do CDC, sob risco de eliminar qualquer segurança jurídica e estabilidade do negócio. Havendo qualquer espécie de desequilíbrio na relação entre os empresários, a situação mais plausível seria de alguma espécie de dependência econômica, e não de vulnerabilidade, de modo que o direito de concorrência funcione como ferramenta mais consentânea.

Por outro lado, é necessário que o Judiciário articule melhor a análise dos custos marginais e da distribuição de riscos no contrato, de modo que uma eventual decisão não termine em dar privilégio específico a uma das partes ou, simplesmente, perpetuar o desequilíbrio existente. É necessário encontrar um ponto de equilíbrio com benefício mútuo nos contratos empresariais, e certamente ele não se encontra no direito do consumidor.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-26. out/dez 1996.



BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

_____. O conceito jurídico de consumidor. In: **Revista dos Tribunais**, v. 628, São Paulo, fev. 1998, p. 69-79.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Argavo Regimental no Agravo nº 570.214/MG. Segunda Seção. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 14.06.2004. Publicação no Diário de Justiça em 28.06.2004.

_____. _____. Embargos de divergência no recurso especial nº 1.280.825/RJ. Segunda Seção. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 27.06.2018. Publicação no Diário de Justiça em 02.08.2018.

_____. _____. Embargos de divergência no recurso especial nº 1.281.594. Cômte Especial.

_____. _____. Recurso especial nº 1.785.802/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 19.02.2009. Publicação no Diário de Justiça em 06.03.2019.

_____. _____. Recurso especial nº 1.730.849/SP. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento em 07.08.2018. Publicação no Diário de Justiça em 07.02.2019.

_____. _____. Recurso especial nº 476.428/SC. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 19.04.2005. Publicação no Diário de Justiça em 09.05.2005.

_____. _____. Recurso especial nº 279.273/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Ari Pargendler. Julgamento em 04.12.2003. Publicação no Diário de Justiça em 29.03.2004.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1958, v. 1, t. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**: com anotações do projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

EINSENBURG, Melvin Aron. The bargain principle and its limits. In: **Harvard Law Review**, v. 95, n. 4, fev., 1982, p. 741-801.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 11. ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FORGIONI, Paula A. O direito comercial em sua perspectiva histórica: as lições de Tullio Ascarelli sobre os vetores de funcionamento do mercado. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix. **Estudos de direito empresarial**: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCESCHELLI, Remo. **Corso di diritto commerciale**. Milano: Gioffrè, 1944.

GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo.



Lisboa: PF, 1990.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor comentado**: artigo por artigo. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GERGEN, Mark. A defense of judicial reconstruction of contracts. In: **Indiana Law Journal**, v. 71, n. 1, 1995, p. 45-99.

MAMEDE, Gladston. O princípio da eficácia universal do direito do consumidor e a parametrização hermenêutica para o setor turístico. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: Estudos em homenagem ao Prof. José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Editara Atlas, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral nas relações de consumo**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

POSNER, Eric. Economic analysis of contract law after three decades: success or failure? In: **The Yale Law Journal**, v. 112, n. 4, jan., 2003, p. 829-880.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract theory and the limits of contract law. In: **The Yale Law Journal**, v. 113, n. 3, 2004, p. 541-620.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria geral e direito societário. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson Education, 2016.

VELJANOVSKI, Cento G. The economic approach to law: a critical introduction. In: **British Journal of Law and Society**, v. 7, n. 2, 1980, p. 158-193.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, v.1.

_____. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, v.4.

VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor: sua abrangência. In: _____ (coord.). **Lei de defesa do consumidor**. São Paulo: IBCB, 1991.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. In: _____; _____. (coord.) **Direito e economia**: análise econômica do direito e das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.