PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

FERNANDO MELO DA SILVA

O CONSUMIDOR E A CRISE DA EMPRESA: ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NA FALÊNCIA

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2013

FERNANDO MELO DA SILVA

O CONSUMIDOR E A CRISE DA EMPRESA: ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NA FALÊNCIA

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no curso de Pós Graduação *strictu sensu* nível de Doutorado (Área de concentração: "Direito Comercial: *efetividade do direito e tutela das liberdades civis*"). Sob a orientação do Prof. Titular Fabio Ulhoa Coelho.

SÃO PAULO
2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

_____

_____

_____

AGRADECIMENTOS

A presente tese de doutoramento é fruto não só da pesquisa deste que a redigiu, mas também do apoio de uma série de pessoas que de algum modo auxiliaram na execução deste trabalho, e por lógico fazem por merecer meus mais sinceros agradecimentos.

Como bom católico, agradeço a Deus pelo auxílio dado de modo a calar as confusões e iluminar os caminhos que me permitiram concluir esta obra. Obrigado Senhor, obrigado!!!

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Fábio Ulhoa Coelho, professor e jurista do mais alto gabarito, o qual me deu a honra de instruir a condução desta pesquisa, pela prestimosa orientação e atenção ímpares.

Um obrigado especial para aquela que me viu entrar no doutorado como namorada, testemunhou o cumprimento dos meus créditos obrigatórios como noiva e hoje compartilha comigo este momento de alegria como minha esposa, senão outra que não minha amada: Ana Elise Lobo Bittar.

Agradeço à minha família, meus pais Fernando e Tereza, meus irmãos Roberto e Vinícius, e, agora, em função dos casamentos, meus e dos meus irmãos, nada mais justo que agradecer àqueles que são parte indelével da extensão da minha família, no caso, minha sogra querida Gaudete Lobo Bittar, minhas cunhadas, Luciane, Aninha, Cléria Maria, Glaucia Cristina, meu único e preferido cunhado Nazir Bittar Filho e meu sobrinho Fernando.

Agradeço também ao Doutor Chade Rezek Neto, seu irmão André Rezek, ao Prof. Olívio Nascimento e a todo o corpo dirigente da Faculdade Barretos, pela oportunidade que me proporcionaram, estendendo-me a mão quando mais precisei e me dando todo o auxílio nesta jornada.

No mesmo sentido quero agradecer aos professores Marco Túlio Faissol Tannus, à Profa. Adriana Fleury e ao Prof. Said Jacob Yunes Filho, que em 2006 tão bem me receberam no corpo docente da FEIT/UEMG, bem como a Profa. Nelie Rodrigues Melo (*in memorian*), que desde o dia em que entrei na UEMG de Ituiutuba/MG, me provocava para o doutorado.

Um obrigado especial ao meu irmão de alma, Paulo Roberto de Castro Lacerda, amigo de todas as horas, sempre me apoiando, em especial ao longo da jornada do meu doutoramento.

Um muito obrigado também à família Caputi, em especial o Dr. José Ruz Caputi, por propiciarem uma espécie de “bolsa de estudos” ao longo do curso deste doutoramento.

Agradeço também aos meus amigos de docência, em especial, a “turma da viagem para Barretos”, no caso os professores: Linda Luiza, Marcio Henrique e Andreia.

O mesmo digo para meus diletos amigos professores Rodrigo Ruiz, Emerson Pierazzo, Cezar Caetano, Alice Akegawa, Marcel Brito, Fábio Cantizani, Lilian Ponchio e todos os demais que dividem comigo o prazer da docência universitária.

Agradeço aos meus alunos de ambas as instituições de ensino em que leciono, em especial os alunos: Esdras Spagniol, Alina Lara Morais e Tais Manzan. Saibam que a realização do professor é o sucesso de seus alunos e vocês são prova disso.

Por fim agradeço respectivamente aos alunos da XVII e XIX Turmas do Curso de Direito da FEIT/UEMG, no caso, por me agraciarem por dois anos seguidos com a honra de poder a elas emprestar meu nome. Muito Obrigado!!!

RESUMO

O objetivo desta tese foi analisar os instrumentos de defesa do consumidor diante da situação de crise econômico-financeira da empresa, em especial na falência do empresário fornecedor, eis que aos consumidores em geral faltam instrumentos jurídicos a disciplinar os efeitos da declaração de insolvência sobre os seus direitos, relegando em muitos casos, uma universalidade de credores/consumidores, que nessas hipóteses se colocam como a maioria da massa passiva de alguns devedores, numa situação de ausência de tutela específica e diferenciada. Referida tese constitui-se de pesquisa analítica, de caráter bibliográfico, consistente da análise da lei, da doutrina e da jurisprudência, de modo a interpretar as normas jurídicas objeto do estudo, para o almejo dos fins aqui colimados. Ao longo do desenvolvimento viu-se que as normas tutelares incidentes sobre a relação de consumo, assim como as normas de Direito Concursal, dentro de uma perspectiva mais ampla, sob a qual um e outro sistema normativo tem na verdade um substrato comum, qual seja, a de regularem diferentes aspectos das relações econômicas. Circunstâncias de fato, no caso a insolvência do fornecedor empresário, podem exigir o entrelaçamento de suas normas. Desta intersecção normativa inferiu-se da natureza não negocial do crédito do consumidor, fruto da sua condição de subordinação em relação ao fornecedor, expressão, pois de sua vulnerabilidade no plano do direito, em especial do direito concursal, situação esta não reconhecida pela ordem jurídica, no trato peculiar que dá às questões decorrentes da insolvência. Analisou-se também a questão sob a ótica do princípio informativo constitucional da ordem econômica, que impõe a defesa do consumidor face aos fornecedores de produtos e serviços em geral no mercado como um de seus paradigmas, cortejando-o com os princípios específicos regentes no direito concursal de modo a crer que a ausência de proteção ao crédito do consumidor junto à falência do empresário fornecedor significa transferência dos riscos da empresa ao consumidor, negando a lógica protetiva concebida no CDC. Constatou-se no direito estrangeiro, assim como no direito pátrio regras tópicas de tutela do consumidor face a crise do empresário, com destaque para aquelas previstas nos procedimentos concursais especiais, bem como na falência *v.g.* aquelas do art. 119, IX e no art. 82 da Lei 11.101/2005, bem como do próprio CDC, ao tratar no art. 28 do seu texto a desconsideração da personalidade jurídica por falência decorrente de má administração. Ao final é possível observar que a par das normas protetivas acima mencionadas, inexiste uma proteção sistêmica do consumidor em

geral na falência, carecendo a Lei 11.101/2005 ser alterada para albergar referida tutela a exemplo do que faz com o trabalhador, credor na falência, em condições semelhantes às do consumidor, eis que não há que se falar em facilitação da defesa do consumidor se esta não estiver presente também nos processos concursais.

Palavras chave: consumidor, crise, empresa, proteção, direito concursal, falência.

ABSTRACT

The objective of this thesis was to analyze the consumer protection instruments in face of the enterprise financial crisis, in special, the bankruptcy of the supplier entrepreneur, once there is a lack, for the consumers in general, of the legal instruments to regulate the effects their rights suffer from the insolvency declaration, relegating in many cases, a universality of creditors/consumers, that in such context are put as the majority of the passive mass of some debtors, in a situation that lacks the specific and proper regulation. Said thesis is constituted by the analytical research, with a bibliographical character, based on the analysis of the law, from the doctrine and the precedents, in a way to comprehend the legal regulations object of this study, in order to achieve the goals here presented. Throughout the development it was seen that the regulations regarding the consumer rights, as those concerning the bankruptcy law, from a broad perspective, in which one and the other normative system, have, from a common context, to regulate distinctive aspects of the economic relations. Factual circumstances, like the insolvency of the supplier entrepreneur, may extinct the junction of both regulations. From this normative intersection the non-commercial nature of the consumer credit, originated by his subordinate condition if compared with the supplier, expression, thus, of his vulnerability in the law plan, specially the bankruptcy law, situation not recognized by the juridical order, regarding the peculiar dealings given to insolvency matters. These matters were also analyzed under the perspective of the informative constitutional principle of the economic order, that imposes the defense of the consumers before the suppliers of goods and services in the market as one of its paradigms, considering also the specifics and ruling principles of the bankruptcy law in a way to believe that the lack of protection of the consumer credit along with the bankruptcy of the supplier entrepreneur means the transference of the risks of the company to the consumer, denying the protective logic given by the Code of Defense of the Consumers (CDC). It was found in the foreign law, as in the home law, topical rules regarding the defense of the consumers before the entrepreneur crisis, highlighting those foreseen in the specific bankruptcy procedural, as well as those from the art. 119, IX and from the art. 82, of the law 11.101/2005, and even the very CDC, when dealing, in its art. 28, the disregard of the legal entity due to bankruptcy caused by poor administration. At the end it is possible to observe that in order to provide the consumer a proper protection in bankruptcy, needing the Law 11.101/2005 some modifications, to bring

the referred protection as it is already done with the workers, another creditor in bankruptcy, in similar conditions with the consumer, once there is no point in talking about the protection of the consumers if such a thing is not present in the bankruptcy procedures.

Key Words: consumer, crisis, company, protection, bankruptcy law.

RÉSUMÉ

L'objectif de cette thèse a été d'analyser les instruments de protection des consommateurs face à la crise économique et à la situation financière de l'entreprise, en particulier dans la faillite du fournisseur de l'entrepreneur, voici les consommateurs n'ont pas généralement des instruments juridiques pour réguler les effets de la déclaration d'insolvabilité de leurs droits, dans de nombreux cas, reléguant une universalité de créanciers/consommateur, qui dans ces cas surviennent comme la majorité de la masse passive de certains débiteurs dans une situation d'absence de contrôle spécifique et différenciée. Cette thèse se compose de la recherche analytique, bibliographique, analyse de caractère cohérent de législation, de doctrine et de jurisprudence afin d'interpréter l'objet de dispositions légales de l'étude, aux fins de la nostalgie ici collimatée. Le long de la mise au point, on a vu que les incidents tutélaires sur les règles de la relation de la consommation, ainsi que les règles de droit de la faillite, dans une perspective plus large, dans lesquelles un et l'autre système normatif, n'est en fait un substrat commun, qui doit régler les différents aspects des relations économiques. Circonstances de fait, en cas d'insolvabilité de fournisseur, le gestionnaire peuvent exiger l'entrelacement de ses règles. Cette intersection déduit de caractère normatif de l'entreprise de crédit à la consommation, fruit de son état de subordination en ce qui concerne le fournisseur, expression, en raison de leur vulnérabilité au regard du droit, en particulier de la Loi de faillite. Cette situation n'est pas reconnue par l'ordre juridique, l'affaire particulière qui donne les questions relatives à l'insolvabilité. Également examiné la question du point de vue du principe constitutionnel d'information ordre économique, qui assurent l'application consommateur protection vis-à-vis fournisseurs de produits et services en général sur le marché comme l'un des ses paradigmes, lui faire la Cour avec les principes régissant la faillite spécifiques au droit de croire que l'absence de protection de crédit à la consommation par la faillite de l'entrepreneur, fournisseur de transfert de risque de la société de consommation en refusant la protection logique conçue à la CDC. Il a été noté dans la Loi sur les étrangers, ainsi que les règles de droit topiques conçues pour protéger le consommateur face à la crise de l'entrepreneur, en particulier celles contenues dans le droit de la faillite, ainsi que des procédures spéciales en matière de faillite par exemple ceux de l'art. IX 119 et dans l'art. 82 de la loi 11.1012005, ainsi que la CDC lui-même, lorsqu'ils traitent de l'art. 28 de leur mépris pour le texte juridique pour la faillite à la suite de mauvaise

administration. À la fin, que vous pouvez voir que la paire de protection normes mentionnées ci-dessus, est une protection systémique des consommateurs en général en matière de faillite, manque la loi 11.1012005 être modifiée pour tenir compte de cette tutelle L'exemple de ce qui rend le travailleur, le créancier en cas de faillite, dans des conditions similaires à celles du consommateur, voici, il est inutile de parler de faciliter la protection des consommateurs si ce n'est pas présent aussi dans les processus de droit de la faillite.

Mots-clés : consommation, crise, entreprise, protection, droit de la faillite, faillite.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 15

1. DA DEFESA DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR 20

1.1 A RELAÇÃO DE CONSUMO E SUA DISCIPLINA JURÍDICA: DO RESSURGIMENTO DO COMÉRCIO AO CAPITALISMO LIBERAL..... 20

1.2 A SOCIEDADE DE CONSUMO E O DIREITO COMERCIAL..... 30

1.3 O SURGIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO DA DISCIPLINA DAS RELAÇÕES DE MERCADO. 37

1.4 O DIREITO DO CONSUMIDOR E SUAS NORMAS 48

1.5 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO..... 53

1.5.1 Do consumidor..... 53

1.5.2 Do fornecedor, do produto e do serviço 59

1.6 DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR 63

2. O MERCADO, O CRÉDITO E A DEFESA DO CONSUMIDOR..... 66

2.1 O MERCADO E O DIREITO..... 66

2.2 O PERFIL JURÍDICO DO MERCADO, SUA DEFINIÇÃO, AGENTES E REGRAS JURÍDICAS 76

2.3 O MERCADO, O CRÉDITO E SUA DISCIPLINA JURÍDICA 81

2.4 A DISCIPLINA DA TUTELA DO CRÉDITO NO MERCADO E O CONSUMIDOR: A NATUREZA NÃO NEGOCIAL DO CRÉDITO DO CONSUMIDOR 87

3 A DISCIPLINA JURÍDICA DA CRISE DA EMPRESA E OS INTERESSES DO CONSUMIDOR 91

3.1 CRISE DA EMPRESA E DIREITO 91

3.2 DIREITO CONCURSAL: NATUREZA, FINALIDADES E O OBJETO DE SUAS NORMAS 94

3.3 DOS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS: DA DISCIPLINA JURÍDICA DA FALÊNCIA..... 101

3.3.1 Visão geral 101

3.3.2 Da disciplina jurídica da falência 103

3.4 NECESSÁRIA INCLUSÃO DA FALÊNCIA NA SISTEMÁTICA DE DEFESA DO CONSUMIDOR 107

4 OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E A QUESTÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NA FALÊNCIA 112

4.1 A QUESTÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NA FALÊNCIA SOBRE A ÓTICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR 115

4.2 A QUESTÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NA FALÊNCIA SOBRE A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS INFORMATIVOS DO DIREITO CONCURSAL 123

4.2.1 A inerência do risco como princípio do direito concursal 123

4.2.1.1 A defesa do consumidor face à inerência do risco 130

4.2.2 O princípio do impacto social da crise da empresa 132

4.2.2.1 Mercado de consumo: compreensão 134

5 A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR NOS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS ESPECIAIS..... 147

5.1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO PROCEDIMENTO DE INTERVENÇÃO, REGIME DE ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL TEMPORÁRIA OU LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL ULTIMADO PELO BANCO CENTRAL NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS 149

5.1.1 Dos procedimentos concursais aplicados às instituições financeiras..... 159

5.1.2 Síntese acerca da proteção dos consumidores nos procedimentos concursais aplicados às instituições financeiras..... 164

5.1.3 Dos mecanismos de proteção dos consumidores nos procedimentos concursais aplicados às instituições financeiras..... 167

5.2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E NOS PROCEDIMENTOS DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL OU COMPULSÓRIA DE SEGURADORAS 171

5.3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO PROCEDIMENTO DE INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR..... 176

5.3.1 Dos procedimentos de intervenção e liquidação de entidade de previdência privada..... 180
5.4 A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES/USUÁRIOS DE OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE, NOS PROCEDIMENTOS DE ALIENAÇÃO DE CARTEIRA, REGIME DE DIREÇÃO FISCAL OU TÉCNICA OU LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL..... 183
6 A INSERÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA SISTEMÁTICA DO PROCESSO DE FALÊNCIAS..... 188
6.1 A TUTELA DO CRÉDITO NÃO NEGOCIAL NA FALÊNCIA COMO PRESSUPOSTO DA DEFESA DO CRÉDITO DO CONSUMIDOR: A QUESTÃO DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS E O CONSUMIDOR..... 189
6.1.1 A tutela do crédito não negocial no direito comparado..... 192
6.1.2 Os instrumentos de proteção ao crédito trabalhista no direito pátrio..... 194
6.1.3 O crédito do consumidor e sua subsunção à regra do art. 67 da Lei 11.101/2005..... 189
6.2 DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO DO CONSUMIDOR NA FALÊNCIA.... 204
6.2.1 Da defesa dos interesses coletivos dos consumidores na falência..... 205
6.2.1.1 Falência, Ministério Público e defesa do consumidor..... **211**
6.2.2 Da desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 28 do CDC: quanto o CDC fala em falência..... 215
6.3 MECANISMOS PONTUAIS PROTEÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO NA FALÊNCIA..... 218
6.3.1 O exemplo das incorporações imobiliárias..... 219
6.3.2 Os contratos de consumo em geral e sua situação face a falência do fornecedor..... 222
CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 225
REFERÊNCIAS..... 229
APENDICE 1 – SUGESTÃO DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA..... 244

INTRODUÇÃO

O consumidor é peça fundamental no sistema das relações econômicas, cujo reconhecimento de sua importância, impôs ao ordenamento jurídico a formulação de instrumentos de ordem material e processual no sentido de garantir os seus direitos frente ao poderio econômico dos detentores dos meios de produção.

Deste modo, a partir do paradigma da vulnerabilidade do consumidor é que se concebeu esta nova forma de disciplina jurídica, o *Direito do Consumidor*, o qual o fim é, basicamente, reequilibrar a posição dos sujeitos na relação de consumo, seja reforçando, quando possível a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado ultimadas pelo fornecedor.

No direito brasileiro a proteção legal do consumidor tem como base sólido arcabouço constitucional, eis que em seu art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988 arrola entre os direitos fundamentais o dever do Estado de promover a defesa do consumidor, bem como a insere entre os princípios gerais da ordem econômica (art. 170, V da CF/88).

Assim tem-se a Lei 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma lei nacional, de caráter multidisciplinar, dado ao fato de que abrange muitos aspectos no contexto geral das chamadas relações de consumo, ao longo do território nacional, disciplinando entre outras coisas: os conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço (arts. 1º a 3º); disposições sobre a política nacional de relações de consumo (arts. 4º e 5º); sobre o sistema nacional de defesa do consumidor (arts. 105 e 106) e sobre a convenção coletiva de consumo (art. 107); direitos básicos do consumidor (arts. 6º e 7º); definições de direito material sobre produto e serviços e os seus consectários jurídicos e práticos, tais como qualidade, segurança e responsabilidade (arts. 8º a 25); regulamentação das práticas comerciais – cláusulas contratuais, informação e publicidade (arts. 29 a 40 e 46 a 54); sanções administrativas (arts. 55 a 60) e penais (arts. 61 a 80); normas sobre prescrição e decadência (arts. 26 e 27); uma parte processual que se estende ao longo dos arts. 81 a 104, e mais alguns dispositivos que alteram a lei da ação civil pública (Lei 7.347/85); disposições inovadoras, tais como a disciplina dos bancos de dados cadastrais (43 a 44), da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28) e da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII).

Em sua parte processual, o CDC disciplina a tutela em juízo dos direitos do consumidor, que compreende o Título III, do Código, bem como alguns dispositivos dispersos

ao longo do mesmo, o conjunto de atividades desenvolvidas pelo consumidor em juízo, tanto para a defesa dos seus interesses em caráter individual, bem como pelos entes legitimados ao exercício das ações de natureza coletiva, aspecto este que merecerá destaque na presente tese a ser desenvolvida.

Para o cumprimento do seu desiderato o Código disciplina tanto a defesa do consumidor individualmente considerado, como também a defesa dos interesses coletivos *latu sensu* (interesses difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos).

Já a defesa dos interesses meta-individuais se dá por intermédio da conjugação da disciplina específica contida no CDC, para esse tipo específico de interesses, somando-se com a disciplina inserta na Lei da Ação Civil Pública, principalmente.

Nessa linha os consumidores passam a ter a tutela jurídica material e processual deferida pelo CDC, e neste último aspecto, qual seja, o processual, esta pode se dar de forma individual ou coletiva, especificamente aquela típica de interesses individuais homogêneos, nos termos dos arts. 81, III c/c. arts. 91 a 100 do CDC.

No entanto, todo o sistema de proteção ao consumidor é estruturado à base de um fornecedor solvente, ou seja, capaz de honrar com as responsabilidades patrimoniais decorrentes do desrespeito a direitos individuais e coletivos dos consumidores.

Porém, por razões diversas, qualquer sujeito pode quedar-se num estado de crise econômico-financeira, o que não exclui os empresários fornecedores no mercado de consumo, o qual redunda no estado de insolvência cuja aferição objetiva se faz, via de regra, através da observação de fatores externos como o inadimplemento de uma obrigação resultante da impontualidade do devedor, entre outros legalmente definidos.

O risco do não cumprimento das obrigações, nestes casos, torna-se mais patente, exigindo do Direito uma disciplina diferenciada, atuando aí o Direito Concursal como instrumento regulador dos diversos interesses relacionados à crise econômico-financeira do devedor e dos seus efeitos concretos ou possíveis, destacando-se os interesses do devedor, e em especial o dos credores.

Isso posto, quando se fala em defesa do consumidor diante da crise da empresa, tem-se que todo o sistema jurídico composto para a tutela do consumidor se reduz frente às normas genéricas previstas pelo Direito Concursal, deixando falho o ideal de proteção ampla ao consumidor propugnado no conjunto de suas normas.

Assim o objetivo desta tese é a análise dos instrumentos de defesa do consumidor na falência, por meio de uma releitura do Direito Concursal brasileiro como um todo, de modo a fazer inserir dentre as suas pautas a questão relativa à defesa dos interesses dos consumidores

no bojo de seus procedimentos, em especial, a falência do fornecedor empresário, eis que aos consumidores em geral faltam instrumentos jurídicos a disciplinar os efeitos da declaração de insolvência sobre os seus direitos, relegando em muitos casos, uma universalidade de credores/consumidores, que nessas hipóteses se colocam perante a massa passiva na condição de credores quirografários, numa situação de ausência de tutela específica e diferenciada, face a condição de credor não negocial que possui, disciplina esta, omissa tanto no Código de Defesa do Consumidor, como também na Lei de Recuperação e Falências de Empresas (Lei 11.101/2005), bem como na maioria dos demais procedimentos concursais.

Isso posto, a questão da falta de instrumentos jurídicos a disciplinar os efeitos da declaração de insolvência face aos direitos dos consumidores numa situação de ausência de tutela específica torna-se a problemática central a ser abordada nesta tese, vez que afasta a eficácia do CDC, em especial das normas previstas no art. 4º. II que impõe a obrigação da *promoção da defesa do consumidor pelo Estado*, exigindo sua atuação nas mais diversas esferas de sua atuação no sentido da defesa dos seus interesses; e, no art. 6º. incisos VI e VII, que asseguram *ampla prevenção e repressão aos danos morais e materiais* causados ao consumidor pelo fato do produto ou serviço, assim como o *amplo acesso à justiça pelo consumidor* e a *obrigação da facilitação de sua defesa*.

Justifica-se a análise aqui proposta face ao fato de que o ato de consumo é inerente à sociedade capitalista moderna, constituindo as normas de proteção do consumidor preceitos fundamentais de qualquer ordenamento jurídico civilizado, a bem da garantia da segurança e da estabilidade das relações de mercado.

Logo, a partir do princípio informativo constitucional da ordem econômica que impõe a defesa do consumidor como um de seus paradigmas, a ser imposto face aos fornecedores de produtos e serviços em geral no mercado, justifica-se a análise da instrumentalização da defesa do consumidor nos casos de crise econômico-financeira do empresário fornecedor, em especial na falência, tal qual disciplinada pela lei 11.101/2005.

Referida tese constitui-se de pesquisa analítica, de caráter bibliográfico, consistente da análise da lei, da doutrina e da jurisprudência, de modo a interpretar as normas jurídicas objeto do estudo aqui proposto, de forma que a presente tese resta desenvolvida em seis seções, logicamente estruturadas a bem da compreensão das principais questões que gravitam em torno do tema ora proposto.

Logo, para o alcance do objetivo da análise dos instrumentos de defesa do consumidor e sua aplicação nos procedimentos concursais, com vistas, em especial, à discussão de sua implementação no juízo da falência, primeiro fez-se um estudo acerca da proteção que tem os

consumidores, num plano geral, ou seja, uma panorâmica visão acerca das normas tutelares incidentes sobre a relação de consumo, no plano material e processual, para delas se extrair o que de interesse para a presente tese, uma vez que só será possível entender a necessária extensão da defesa do consumidor ao juízo concursal, se e quando for a proteção do consumidor compreendida fora de um contexto em que o fornecedor tenha sido declarado falido.

Referida compreensão também passa por uma leitura acerca do mercado e suas normas, das quais tanto as normas de direito do consumidor como as normas de direito concursal se interseccionam servindo à regulação, sobre diferentes prismas, das relações estabelecidas no âmbito de mercado, intersecção esta feita por meio do instituto do *crédito*.

Depois segue uma visão geral das normas de direito concursal, com destaque para a falência, a fim de situar a questão da inserção da defesa do consumidor na falência, e todas as nuances nela envolvidas, com especial destaque para a topologia do seu crédito no bojo do processo falimentar e seus consequentes, face ao disposto no CDC em especial, com vistas às regras do art. 4º. e do art. 6º. incisos VI e VII.

Em sequência vem a abordagem da questão da defesa do consumidor no juízo concursal, tendo como referência os princípios gerais de direito, cortejando os princípios do direito concursal (princípios específicos), com o princípio geral da ordem econômica da *proteção ao consumidor* (art. 170, V da CF/88), imperativo lógico na argumentação que se desenvolve ao longo do presente estudo.

Depois passa-se à análise da questão da defesa do consumidor nos procedimentos concursais especiais, tais como os aplicáveis a bancos, operadoras de saúde e outros; como forma de verificar normas específicas de defesa do consumidor em casos de insolvência de certas categorias de fornecedor e sua compatibilização com o CDC.

Extraídas as observações dos tópicos acima mencionados na última seção torna-se possível uma releitura da falência, tendo como paradigma a defesa dos consumidores, quando serão discutidas as questões pertinentes a: proteção outorgada a outros credores não negociais na falência e negada ao consumidor, *v.g.* o trabalhador; experiência do direito estrangeiro neste sentido, ou ainda; de previsões especiais de tutela do crédito do consumidor constantes de outros procedimentos concursais do direito pátrio; atuação do Ministério Público na falência e a defesa dos consumidores; nos instrumentos de compensação à frustração dos créditos dos consumidores, como a responsabilização de administradores e controladores de sociedades empresárias falidas, especialmente em casos de fraude, inserindo aí a questão da

desconsideração da personalidade jurídica, e; as experiências pontuais de proteção de certos vínculos contratuais por conta da falência.

Nesta parte da tese são colocadas algumas sugestões de alteração legislativa que sirvam a solução da lacuna decorrente da ausência de normas específicas a tutelar os direitos do consumidor na falência, sugestões estas que restam consolidadas no apêndice desta tese, como propostas de alteração legislativa pertinentes aos problemas aqui evidenciados.

1. DA DEFESA DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR

A primeira parte do presente trabalho dedica-se à análise dos direitos do consumidor num plano geral, para num outro momento ser possível verificar referida defesa no bojo de um processo concursal.

Esta análise abrange, como devido, uma panorâmica visão acerca das normas tutelares incidentes sobre a relação de consumo, no plano material, para delas se extrair o que de interesse para a presente tese, uma vez que só será possível entender a necessária extensão da defesa do consumidor ao juízo concursal, se e quando for a proteção do consumidor compreendida fora de um contexto em que o fornecedor tenha sido declarado falido.

1.1 A RELAÇÃO DE CONSUMO E SUA DISCIPLINA JURÍDICA: DO RESSURGIMENTO DO COMÉRCIO AO CAPITALISMO LIBERAL

Quando se fala em defesa do consumidor deve-se necessariamente proceder a uma análise histórica do conjunto da ordem jurídica que incide sobre as relações de consumo de modo a compreender o que se costuma chamar de *direito do consumidor*.

Mais uma vez a realidade moldada através da história, impulsionada que é pelos aspectos econômicos que marcam o tempo da humanidade, faz com que o direito necessariamente a acompanhe.

No prefácio de sua obra[1], Leo Huberman, corrobora o acima dito, esclarecendo que:

> O ensino da história se ressente quando pouca atenção se dispensa ao seu aspecto econômico; e a teoria econômica se torna monótona quando divorciada de seu fundo histórico. A "ciência triste" continuará triste, enquanto ensinada e estudada num vácuo histórico. A lei da renda de Ricardo é, em si, difícil e insípida. Mas, situada em seu contexto histórico, vista como uma batalha na luta entre proprietários de terras e industriais, na Inglaterra do início do século XIX, ela se tornará animada e significativa.

[1] HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** 21. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986. p. 218. Tradução: Waltensir Dutra. Prefácio.

Assim sendo, para compreender o direito que incide sobre a relação de consumo, mister que seja ela contextualizada primeiro como parte das relações de mercado, logo a evolução das relações de mercado ao longo da história auxilia no entendimento de como se deu o aprimoramento da ordem jurídica sobre ele incidente.

Como bem observa Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, antes do século XVIII e das grandes descobertas que deram impulso à Revolução Industrial, comprador (diga-se consumidor) e vendedor (diga-se fornecedor), encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha, até porque se conheciam[2].

Os consumidores eram poucos, primeiro devido a pouca capacidade de aquisição de bens e de serviços das pessoas em geral, bem como a especificidade e complexidade do processo de produção, que outrora eram caros e de parca acessibilidade.

A questão de um direito autônomo e sistematizado voltado para a disciplina da relação de consumo é algo atual e ainda em construção, eis que oriundo de uma realidade socioeconômica que se pode denominar *sociedade de consumo*.

Dessa forma, o ato de consumo sempre existiu, logo, da mesma forma que é possível definir como marco inicial para o estudo do Direito Comercial o renascimento do comércio, no período histórico que se inicia a partir da baixa idade média, mais ou menos por volta do século XII na Itália, também o referido período histórico pode servir de base para o início da observação da evolução histórica das regras de direito do consumidor.

Relações de consumo num sentido amplo, ou seja, o ato de adquirir produtos ou requerer a prestação de serviços de um determinado sujeito, sem distinguir ainda, aquele que o faz como seu destinatário final ou aquele que o faz no contexto daquilo que Newton de Lucca[3] chama de *consumo intermédio*, ou seja, "[...] aquele que é utilizado pelas empresas dos bens de serviços necessários para o processo produtivo, consoante consagrada definição existente sobre a matéria."; são mais intensas num ambiente de *mercado*.

Assim, o que hoje conhecemos como "consumo" ocorria, contudo, não da forma massificada da atualidade, porém é possível referenciar regras jurídicas, especialmente incidentes sobre a compra e venda que *tutelavam* a figura do *comprador* face a algumas práticas abusivas identificadas da parte do *vendedor*.

---

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Introdução. In:GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 6-7.

[3] LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 120.

Ao tempo do renascer da atividade mercantil na Europa, ou seja, o tempo do prelúdio do Direito Comercial, seus principais institutos e princípios[4], eram marcados por regras e jurisdição próprias que serviam aos comerciantes, classe distinta formada pelos integrantes das corporações de ofício, que necessariamente interagiam com a classe política dominante à época.

Neste ponto da evolução histórica das relações econômicas, vivia-se o período da chamada *economia urbana artesanal*, passo primário a ser sucedido pela *economia industrial*, e quando se remete à ideia da proteção do *consumidor*, no caso e ao tempo em estudo, do *comprador*, a garantia da qualidade dos produtos e dos serviços derivava em parte, da própria estrutura do regime corporativo mercantil, no qual os produtores de um mesmo ofício são agrupados em corporações de profissões, obrigatórias, fechadas e hierarquizadas, que segundo Joseph Lajugie, proporcionava ao mesmo tempo, uma segurança contra a saturação profissional, ao mesmo tempo em que assegurava a competência dos artesãos e consequente qualidade dos produtos e serviços[5].

Tal realidade fez com que esta circunstância tivesse repercussão política, na exata medida em que, nas palavras de Tulio Ascarelli:

*"*O Estado identificar-se-á, por vezes, com a estrutura corporativa dos ofícios e os contrastes entre estes tornar-se-ão contrastes políticos da cidade.*"*[6]

Desta simbiose decorrem regras emanadas das comunas a fim de regular a atividade dos comerciantes e das corporações, objetivando o resguardo de interesses diversos e do próprio sistema (assim sendo, compostas para limitar a livre iniciativa dos mercadores, contudo, sem perder de vista sua lógica própria), sendo exemplos destas, segundo Paula A. Forgioni[7]: a) a vedação do açambarcamento de mercadorias em Florença, punindo com multas os acordos monopolísticos; b) a Ordenança de Messina de Ricardo e Felipe Augusto, no ano de 1190, assegurando que os membros das Cruzadas não tivessem pão a um preço excessivo; c) a norma florentina que determinava o corte da calda dos peixes postos à venda, por um fiscal, ao fim do dia, para que no dia seguinte o comprador soubesse que não eram mais frescos; d) o mecanismo das feiras para coibir abusos de preços por parte dos comerciantes; e)

---

[4] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 12.
[5] LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos**. 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. Tradução: Geraldo Gerson de Souza. p. 34.
[6] ASCARELLI, Túlio. Origem do direito comercial. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 103, pp.87-100. jul./set., 1996. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 89
[7] FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 130, pp.7-38. abr./jun., 2003. p. 18.

a contratação de funcionários públicos para efetuar a pesagem de mercadorias, e; f) a fixação de limites máximos para os lucros para determinadas categorias de comerciantes.

A proteção ao consumidor, este último, encarado enquanto sujeito de uma relação de mercado, submeter-se-ia, desta forma, a normas de Direito Comercial que segundo Paula Forgioni, tinha e tem até hoje duas fontes normativas, "[...] aquelas originadas dos próprios comerciantes em sua prática, e que viabilizam a fluência de relações no mercado, sob a força-motriz do nascimento do direito comercial, da nova *lex mercatoria* e dos usos e costumes comerciais;"[8] bem como aquelas que, na visão da autora citada, nascem "[...] de autoridades exógenas aos comerciantes, que, sempre partindo da lógica empresarial (porque senão, comprometeriam irremediavelmente o funcionamento do sistema), devem introduzir no jogo jurídico a proteção de interesses outros que não apenas aqueles dos mercadores."[9]

Conclui-se, pois, que o direito civil e o direito comercial (especialmente este último) eram outrora suficientes para a disciplina jurídica daquilo que equivalia ao que hoje se dá o nome de *relações de consumo*, eis que a base dessas relações era relativamente igualitária, quando então, com o evoluir da história e da economia, passaram a se tornar insuficientes na sua tarefa de regulamentar de forma justa os interesses envolvidos naquele tipo específico de relação jurídica, na exata medida em que os produtos começaram a sair das unidades de produção em grandes quantidades, chegando ao consumidor final após a passagem por uma cadeia muito grande de intermediários.

Ainda sob o pálio do regime corporativista mercantil, especialmente entre os séculos XVI e XVIII, a classe burguesa e sua atividade econômica, contribuíram para a evolução de instituições comerciais e financeiras, que ao acumularem capitais excedentes foram capazes de não só alimentar as trocas comerciais, mas também, num momento posterior, especialmente na Inglaterra do século XVIII, financiar investimentos produtivos.

O acesso aos mercados, contudo, era minuciosamente regulado pelos estatutos das corporações de ofício, que desde a Idade Média impunham não apenas o monopólio da fabricação e da comercialização, mas regras de conduta e de polícia que neutralizavam a concorrência entre seus membros e, via de consequência, coibiam a possibilidade de captação da clientela alheia.[10]

---

[8] FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 130, pp.7-38. abr./jun., 2003. pp. 17-18.

[9] Ibid., p. 17-18.

[10] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 206.

Banqueiros e grandes mercadores, não só oligopolizavam a riqueza gerada a partir de suas atividades, como também, passaram a patrocinar inovações tecnológicas aplicáveis à produção de bens, capazes de lhes aumentar a quantidade e reduzir os custos.

Detentores de capital, agora passaram a querer ditar as regras para que o fluxo econômico hábil a gerá-lo não se atravancasse nos privilégios restantes da sociedade feudal, bem como na desproporcional e arbitrária regulação que o Estado impunha ao tráfico econômico.

"Com a ascenção da burguesia, mostrou-se necessário ampliar os horizontes dos negócios e, assim, *aumentar as oportunidades de troca*. Explica-se, assim, a série de leis francesas que ceifarão as amarras econômicas medievais, em nome da liberdade."[11]

Numa síntese inteiramente pertinente ao que aqui se propõe estudar, Leo Huberman descreve o ambiente histórico do século XVIII:

> Quem era a burguesia? Eram os escritores, os doutores, os professores, os advogados, os juízes, os funcionários – as classes educadas; eram os mercadores, os fabricantes, os banqueiros – as classes abastadas, que já tinham direitos e queriam mais. Acima de tudo, queriam - ou melhor, *precisavam* – lançar fora o jugo da lei feudal numa sociedade que realmente já não era mais feudal. Precisavam deitar fora o apertado gibão feudal e substituí-lo pelo folgado paletó capitalista. Encontraram a expressão de suas necessidades no campo econômico, nos escritos dos fisiocratas de Adam Smith; e a expressão de suas necessidades, no campo social, nos trabalhos de Voltaire, Diderot e dos enciclopedistas. O laissez-faire no comércio e na indústria teve sua contrapartida no 'domínio da razão' na religião e na ciência.[12]

O ideal do *liberalismo*, tanto político, mas especialmente o econômico, impulsionou verdadeiras revoluções no direito e nas instituições jurídicas, de modo a romper com a regulação asfixiante da atividade econômica imposta pelo Estado[13].

---

[11] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 206.

[12] HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** 21. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986. p. 218. Tradução: Waltensir Dutra. p. 136.

[13] Segundo Tulio Ascarelli: "A burguesia triunfante, que se afirma com a Revolução Francesa e se reafirma depois nas lutas do século XIX, quebrava esquemas aos quais devem, em séculos passados, a sua primeira afirmação e rebelava-se contra a autoridade régia, à qual anteriormente havia se ligado para lutar contra os privilégios das classes feudais." (Cf. ASCARELLI, Túlio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 243.)

Esse pensamento – *o pensamento liberal* – traz consigo ideias como a da liberdade individual, de convenções, de livre escolha do trabalho e da profissão, da livre concorrência e da existência de direitos essenciais do homem e do cidadão face ao Estado.

Dessa forma, o empreendimento, a empresa, encarada aí como atividade econômica, deveria ser livre a qualquer cidadão, de modo a que este pudesse por si só, e sem barreiras excessivas buscar sua satisfação pessoal. Era a alvorada do capitalismo e também o momento da construção de suas primogênitas bases ideológicas[14].

Na síntese de Lajugie[15], a economia de mercado capitalista, nasce marcada pela ideologia do *liberalismo*, que do ponto de vista jurídico se assenta sobre o princípio da apropriação privada dos meios de produção, que é feita por homens, que a partir daí reservam para si o poder dirigente sobre estes meios, relegando a tarefa de execução das atividades aos subordinados assalariados, iniciando-se, assim uma primeira grande divisão do trabalho.

> O alargamento do quadro geográfico da atividade econômica opera-se em duas fases, juntamente com a do mercado. Passa-se, inicialmente, de um mercado urbano para um mercado nacional, e depois, de um mercado nacional a um mercado mundial.[16]

Dessa forma, o liberalismo ideologicamente sustentava o movimento da classe burguesa na busca de novos meios de produção, de tecnologias que expandissem a capacidade de produção dos bens, através não mais de uma estrutura artesanal, mas sim, a partir de então, por meio de uma estrutura industrial ou fabril.

Essa estrutura técnica erigida a partir de então, tinha traços claros, que segundo Lajugie[17], era marcada pelo: *i*) *maquinismo*, ou seja, a produção era dotada de instrumentos intermediários, entre a mão do homem e a matéria-prima, instrumentos estes movidos não mais pela força humana mais por uma força externa, e; *ii*) *uma divisão muito pronunciada do trabalho*, que não mais marca a divisão da produção pelas diversas profissões, mas sim,

---

[14] "O sistema capitalista das sociedades ocidentais contemporâneas é fruto de uma evolução que, lenta a princípio, precipitou-se no século XVIII, para alcançar sua forma mais acabada no final do século XIX e começo do século XX. Sistema de economia de troca, alicerçada na procura do lucro e no mecanismo do mercado, caracteriza-se, ao mesmo tempo, pela expansão dos quadros da economia em escala mundial e pelo caráter cada vez mais complexo de suas formas de atividade, evolução que se tornou possível, graças ao aparecimento de meios técnicos muito mais aperfeiçoados e à adoção de um regime de liberdade econômica." (LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos**. 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. Tradução: Geraldo Gerson de Souza. p. 41.)

[15] LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos.** 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. Tradução: Geraldo Gerson de Souza. p. 51.

[16] Ibid., p. 41.

[17] Ibid., p. 53.

dentro de uma mesma profissão, ocorrem especializações, dividindo as tarefas a executar, em séries simples atribuídas a categorias distintas de trabalhadores dentro de uma mesma fábrica.

Era a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, e que não só mudava a perspectiva do modo de produção, como também inovava de forma dinâmica e veloz as estruturas sociais, econômicas e jurídicas.

Surge, pois, *a empresa*, enquanto elemento equacionador dos chamados fatores produtivos.

A história passa a ser testemunha de que no momento em que a empresa se inseriu como elemento socioeconômico fundamental da sociedade capitalista, ou seja, a partir da Revolução Industrial, em especial de sua segunda etapa, que teve início na segunda metade do século XIX, viu-se uma avalanche de grandes avanços tecnológicos, tais como: a transformação do ferro em aço; o motor a combustão interna que introduziu o uso do petróleo como combustível e fonte de energia em substituição ao carvão; a descoberta da eletricidade como fonte de energia e sua utilização como força motriz para as máquinas; o surgimento e ampliação dos meios de transporte, tais como a ampliação de ferrovias, seguida da invenção do avião e do automóvel[18].

Tais fatos impulsionaram a expansão imperialista europeia sobre a Ásia e a África, objetivando a busca de novos mercados e fontes de matérias primas, além do que, com a criação das linhas de produção e o aperfeiçoamento dos processos que almejavam sua racionalização e maior produtividade, eis que surgiam os grandes conglomerados econômicos detentores dos meios de produção, das fontes de matérias-primas e de grande parte do mercado consumidor[19].

> A história dos séculos XIX e XX pode ser contada pode ser contada sob a ótica da integração dos países aos ditames do sistema mercantil-industrial originário da Inglaterra. Essa reordenação radical da economia exigiu uma resposta também radical dos países incorporados à nova divisão internacional do trabalho. Para os europeus retardatários, para os norte-americanos e japoneses e mais tarde para os brasileiros, coreanos, chineses,

[18] "A ideia da Revolução Industrial como um momento crítico trata da constituição histórica de um sistema de produção e de relações sociais que subordinam o crescimento da economia e sua capacidade de gerar renda, empregos e criar novas atividades. O surgimento da industria como sistema de produção apoiado na maquinaria 'endogeiniza' o progresso técnico e impulsiona a divisão social do trabalho, engendrando diferenciações na estrutura produtiva e promovendo encadeamentos intra e intersetoriais. (Cf. ALMEIDA, Julio Gomes de. BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Como recuperar o vigor: a perda da competitividade industrial não é resultado apenas das mudanças estruturais da economia contemporânea. **Carta Capital,** São Paulo/SP, n. 687, ano 17, pp. 37-41, 7, mar. 2012. p 38.)

[19] DORIGO, Gianpaolo; VICENTINO, Cláudio. **História geral e do Brasil.** São Paulo: Scipione, 2001. p. 334. No mesmo sentido: LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos**. 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. Tradução: Geraldo Gerson de Souza. p. 63.

> russos e outros, a luta pela industrialização não era uma questão de escolha, mas uma imposição de sobrevivência das nações, de seus povos e de suas identidades.[20]

Este sistema de relações sociais introduzido pela Revolução Industrial ganha um *direito* voltado a suas necessidades, era o direito positivado dos códigos, dos quais os códigos napoleônicos (civil e comercial) são a mais expressiva amostra da influência da doutrina liberal sobre o direito posto da época, que em síntese vangloriavam a liberdade individual, que tinham como primados essenciais a livre iniciativa ampla, a propriedade privada individualista, a livre concorrência, a liberdade dos contratos e sua força vinculante quase incontestável, tudo a partir de um pressuposto formal de igualdade entre as pessoas[21].

Desse modo, de maneira sintética, as bases jurídicas desta estrutura econômica calcavam-se em quatro princípios básicos, quais sejam: a livre iniciativa, a livre concorrência, a liberdade de contratar e o direito de propriedade.

A *livre iniciativa*, ou o princípio da livre iniciativa econômica, consagrado de início pelos éditos de Turgot, de 1776, e reafirmados no decreto d'Allarde de 1791, cujo art. 7º. assim determinava:

> "[...] seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou o exercício de qualquer profissão arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a munir-se previamente de uma 'patente' (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis, e a sujeitar-se aos regulamentos de polícia aplicáveis."[22]

A livre iniciativa significava, portanto, nesse período a libertação dos ditames do sistema das corporações medievais abrindo espaço para o sistema de mercado, constituía "[...] *o aumento do espaço de atuação privada em face dos favorecimentos concedidos a apenas alguns agentes econômicos*."[23]

---

[20] ALMEIDA, Julio Gomes de. BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Como recuperar o vigor: a perda da competitividade industrial não é resultado apenas das mudanças estruturais da economia contemporânea. **Carta Capital,** São Paulo/SP, n. 687, ano 17, pp. 37-41, 7, mar. 2012. p 38.

[21] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 1. p. 48.

[22] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19. LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos.** 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. Tradução: Geraldo Gerson de Souza. p. 49.

[23] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 207.

Até hoje pode-se dizer que a livre iniciativa corporifica a ideia de liberdade de atuação econômica em repúdio a privilégios, garantindo aos agentes econômicos espaço de atuação.[24]

Quanto ao primado da *livre concorrência*, sua instituição se deu em função das legislações já mencionadas e complementadas pela chamada Lei Chapelier que abolia as corporações e proibia qualquer tipo de associação de patrões e de trabalhadores, deixando livre a competição no mercado entre os indivíduos.

A partir de então, qualquer pessoa pode livremente não só escolher qual profissão seguir, como também decidir qual o melhor modo de produção, ou o melhor preço de venda de seus produtos, sem ir de encontro ao monopólio de alguns privilegiados ou estar manietado por uma regulamentação corporativa ou estatal.[25]

Nos dizeres de Haroldo Malheiros[26], em análise à conjuntura de mudanças sociais, políticas e econômicas do período pós-revolucionário, observa que:

> Do ponto de vista jurídico-político, tendo-se em conta as teorias liberais de Adam Smith, esses fatos representaram, conjuntamente, o resultado natural de uma nova visão, no sentido de que a proteção da iniciativa privada tornou-se um princípio de ordem pública. Dessa maneira, o progresso da sociedade estaria fundado naturalmente na liberdade individual, sob cuja égide as pessoas – atendendo de forma egoísta aos seus interesses, dentro de um mercado de livre concorrência – produziriam bem mais baratos e com melhor qualidade. Essa concepção era, evidentemente contrária à existência de privilégios corporativos, tais como os de que gozavam as corporações.

Ou seja, nos dizeres de Paula A. Forgioni, instalava-se o regime da livre competição (concorrência) por oportunidades de troca.[27]

A livre concorrência fez inserir no seio das relações econômicas, o *ideal* de que ao adquirente de um produto ou serviço (consumidor), a *opção de escolha*, entre os diversos bens oferecidos por vários agentes econômicos, força-os a oferecer melhores condições de contratar a sua aquisição ou utilização, o que por consequência regularia os preços e a oferta

---

[24] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 208.

[25] LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos.** 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. Tradução: Geraldo Gerson de Souza. p. 49.

[26] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 1. p. 47.

[27] Segundo a autora: "Por força do princípio da livre concorrência, aos agentes econômicos é assegurada a *garantia de disputa*, ou seja, [i] que poderão disputar trocas com os outros agentes econômicos; e [ii] que não terão suas oportunidades de troca *indevidamente* subtraídas por terceiros." (Cf. FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 208.

(concorrência perfeita)[28]. Diante deste quadro, aquele que busca a satisfação de uma sua necessidade no mercado, ou seja, o *consumidor*, é quem em tese, governá-lo-ia.

A liberdade de contratar na esteira do pensamento liberal era outro pilar jurídico de sua estrutura, vez que pelos contratos as trocas econômicas eram instrumentalizadas, assim aos agentes econômicos era livre escolher com quem contratar, como contratar e o que contratar.

De outra ponta, a máxima do *pacta sunt servanda* assegurava a força cogente dos contratos assegurando sua execução, impedindo que qualquer pessoa se desvencilhasse das obrigações geradas pelos contratos de forma voluntária, assegurando assim, a segurança e eficiência no tráfico mercantil[29].

Esta liberdade de contratar e sua força cogente eram ao tempo aqui estudado, amplas, sem a intervenção estatal na autonomia da vontade, mesmo que somente uma das partes é que estipulasse os termos desta contratação, que a partir de sua aceitação, tornava-se a lei a reger a convivência destas partes a partir de então.

Por fim, o sistema de mercado, funda-se também na *propriedade privada*, que assegura em síntese o objeto das contratações viabilizando a existência do próprio mercado, na medida em que impõe uma atitude coletiva de abstenção que confere ao titular o poder de decidir quando, onde e como usar a coisa sua.[30]

Essencial à estrutura capitalista, a propriedade liberal nascia absoluta e plena, repositório da soberania individual, manifestação última da satisfação pessoal.

Enfim, a organização do capital, dos meios de produção e da organização do trabalho alheio; se tornaram marcas desta nova era presentes e um tanto evoluídas no nosso cotidiano em função do dinamismo da atividade empreendedora.

---

[28] Sobre concorrência perfeita, ou como ensina Raquel Sztajn, *mercado de concorrência perfeita*, diz a autora que: "Concorrer significa disputar a preferência de consumidores quanto à oferta de bens corpóreos e incorpóreos, os serviços (entre os quais os financeiros e a diversão pública). A denominada lei da oferta e da demanda cria ou desenha mercados. Dado que os primeiros estudos a respeito dessa instituição social, estrutura ou superestrutura, foram feitos por economistas da denominada escola clássica, em que estudos empíricos avaliavam as sociedades pré-industrializadas, não estranha que o modelo de mercado fosse o da concorrência perfeita, nem que se repita Adam Smith no que concerne ao egoísmo do padeiro que só produz pão porque há demanda por esse alimento. [ ]. O modelo de mercado de concorrência perfeita descreve estrutura em que: a) há muitos participantes (empresas e adquirentes) de forma que nenhum deles, isoladamente, pode alterar a oferta ou a demanda do bem; b) os bens são homogêneos, isto é, fungíveis; suas características não mudam conforme o produtor; não há barreiras à entrada ou à saída de qualquer participante; a informação é perfeita e todos os agentes têm igual informação; a receita marginal é igual ao custo marginal do que resulta a maximização do lucro." (SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33)

[29] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 210.

[30] Ibid., p. 219.

Esse progresso e desenvolvimento, em parte, é creditado ao Direito Comercial e às suas regras, conforme pensamento de Tulio Ascarelli[31], em especial na criação de institutos como as sociedades anônimas, cambiais, bancos, seguradoras, patentes, marcas, entre outros, que na verdade cristalizam-se como normas de viabilização e proteção do investimento privado na atividade produtiva.

Assim a produção artesanal de bens dava lugar à produção fabril, bem mais intensa e barata, o que contribuiu para a geração do consumo em massa, por conta da possibilidade de rápida obtenção do produto pelo consumidor, a conta de um oferecimento em larga escala decorrente da produção intensa das fábricas[32].

Desse modo, entre outros consequentes dessa fase da evolução histórica do capitalismo tem-se a criação da chamada *sociedade de consumo*.

1.2 A SOCIEDADE DE CONSUMO E O DIREITO COMERCIAL

Como visto um dos consequentes da evolução histórica do capitalismo foi justamente a formação do que se pode chamar de *sociedade de consumo*, cuja definição sintética consistiria em:

> [...] aquela na qual, tendo como fundamento em relações econômicas capitalistas, estão presentes, pelo menos, cinco externalidades: (i) produção em série de produtos, (ii) distribuição em massa de produtos e serviços, (iii) publicidade em grande escala no oferecimento dos mesmos, (iv) contratação de produtos e serviços via contrato de adesão e (v) oferecimento generalizado de crédito direto ao consumidor [...][33]

Essa realidade criada a partir da Revolução Industrial e de seu alastramento gerou a produção massificada de bens, o que por consequência, suscitou a sua aquisição na mesma

---

[31] ASCARELLI, Túlio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v.114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 244.

[32] "A grande massa populacional passou a procurar os produtos fabris, que mais facilmente poderiam ser adquiridos, que os artesanais, cujo tempo de elaboração era maior, ante o tratamento estritamente personalizado existente entre o artesão e sua clientela. O imediatismo do consumidor levou-o as fábricas, para a percepção do produto de forma mais rápida, em que pese o tratamento despersonalizado que passou a receber, de vez que o fabricante atendia a inúmeras pessoas, em virtude da superprodução que realizava." (Cf. LISBOA, Roberto Senise. A livre iniciativa e os direitos do consumidor. In: SIMÃO Filho, Adalberto. LUCCA, Newton. **Direito empresarial contemporâneo.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 147.)

[33] SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

proporção (consumo massificado), contudo, não mais como antes, ou seja, de maneira pessoal e individualizada, mas sim, de maneira impessoal, ou seja, *não negocial*.

Na prática desaparecia para o comprador/consumidor a possibilidade de negociar os termos da compra do produto ou da prestação do serviço, estando os termos desse negócio pré-determinados pelo fornecedor/capitalista, por meio daquilo que hoje se denomina *contrato de adesão*.

Paradoxalmente, na ideologia liberal o consumidor era o "senhor", pois a busca pela satisfação de suas necessidades daria o tom dos preços e organizaria os níveis de produção, sendo o empresário/capitalista alguém sujeito às demandas do consumidor, pondo-o numa condição de superioridade, que, face ao acima posto, evidenciava ser falsa[34].

A ideologia do liberalismo econômico que acompanhou a Revolução Industrial fez consolidar a crença de que o desenvolvimento do todo social está na dependência da liberdade do indivíduo para realizar e construir um mundo novo, tornando-se o *individualismo* a marca indelével que impregnou o direito ao mesmo tempo em que a realidade social já carecia de um novo conjunto normativo hábil a disciplinar fatos e situações completamente ignorados até então, bem como as contingências geradas pela nova realidade relacional daí surgida.

A realidade da época, no entanto, convivia com uma ordem jurídica, que somente atendia a demandas de uma das partes, no caso, do *capitalista*, expressão esta que aqui será usada para referenciar aquele que pela ordem jurídica hoje posta definir-se-ia como *empresário* ou ainda, mais especificamente, *fornecedor*.

Esta ordem jurídica burguesa era a ordem jurídica dos códigos, especialmente os códigos napoleônicos civil e comercial, que serviram de inspiração para vários outros em diferentes nações.

Como visto, em 1804 e, depois em 1807, respectivamente, são editados, na França, o Código Civil e o Código Comercial. Pode-se falar, agora, em um sistema jurídico estatal destinado a disciplinar as relações jurídico-comerciais, nas quais restava englobada a relação de consumo.

---

[34] Sobre a perspectiva então instalada na época de que a defesa da livre concorrência objetivava o bem estar do consumidor e de sua (relativa ou falsa) proeminência no jogo econômico, já se manifestava Ascarelli: "A preocupação dominante torna-se o interesse do consumidor, e é esse interesse que se protege ao se regular a concorrência entre produtores, em relação aos quais o consumidor é o 'terceiro que desfruta', concorrência essa que passa a ser entendida como estímulo e juízo suscetível de trazer, através do progresso técnico, diminuição de custos e aumento dos salários reais com um progresso geral. [...]. Essa orientação, traduzindo-se num direito objetivamente aplicável e, por isso único para todos os sujeitos, traduzia-se economicamente na tutela do consumidor que é, afinal o sujeito indiferenciado cujo interesse é considerado como geral." (ASCARELLI, Tulio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 243-244.)

Desaparece o direito comercial como *direito profissional* e *corporativista*, instaurando-se, assim, em 1807, com o advento do Código Comercial Francês, a chamada teoria dos *atos de comércio*, que almejou no contexto histórico, político e socioeconômico da época dar objetividade à matéria de Direito Comercial, eliminando uma construção subjetiva fulcrada num certo privilégio de classe[35], totalmente recriminado pela ideologia liberal então prevalecente.

A codificação napoleônica divide claramente o direito privado[36]: de um lado, o *direito civil*; de outro, o *direito comercial*.

O Código Civil napoleônico era, fundamentalmente, um corpo de leis que atendia os interesses da nobreza fundiária, pois estava centrado no direito de propriedade. Já o Código Comercial encarnava o espírito da burguesia comercial e industrial, valorizando a riqueza mobiliária.[37]

A divisão do direito privado, com dois grandes corpos de leis a reger as relações jurídicas entre particulares, cria a necessidade de estabelecimento de um critério que delimitasse a incidência de cada um destes ramos da árvore jurídica às diversas relações ocorridas no dia-a-dia dos cidadãos. Mais precisamente, era preciso criar um critério que delimitasse o âmbito de incidência do direito comercial, já que este surgiu como um regime jurídico *especial* destinado a regular as atividades mercantis.

A doutrina francesa que criou *a teoria dos atos de comércio* tinha como uma de suas metas essenciais a de atribuir, a quem praticasse os denominados atos de comércio, a qualidade de comerciante, o que era pressuposto para a aplicação das normas do Código

---

[35] Ao tratar do tema Haroldo Malheiros afirma que: "[...] o ponto fundamental dessa mudança residiu não na formação de um Direito Comercial plenamente objetivo – alvo que, buscado pelo Código Comercial Francês de 1807, revelou-se irrealizável, [...], mas, isto, sim – na ruptura com o regime anterior, baseado na existência de uma classe privilegiada constituída por membros das corporações e, portanto, fechado e essencialmente subjetivo. Sua supressão por lei revelou uma intenção de tornar objetiva a aplicação do Direito Comercial, sem ter logrado o sucesso almejado. Além disto, o conceito de 'atos de comércio' e a sujeição destes aos Tribunais de Comércio então instituídos mostravam uma clara divisão no Direito Privado, pois as 'causas civis' deviam ser resolvidas nos Tribunais próprios."(Cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 1. p. 48.)

[36] Ressalte-se que, para alguns juristas da época dos Estados absolutistas, como Jean Domat, o direito comercial era classificado como ramo do direito público. Partia-se de um critério que considerava o direito privado como o regulador da sociedade civil e o direito público como o regulador do Estado. O direito comercial, posto pelo Estado, portanto 'arbitrário', era direito público. Nas palavras de Galgano, "[...] o conceito de direito privado, regulador das relações 'entre particulares', conjugava-se com o conceito de direito natural (identificado, por sua vez, com o direito romano), enquanto o conceito de direito público, como direito relativo à 'boa ordem de governo', podia associar-se com o 'direito arbitrário', estabelecido pelas leis do Estado." (GALGANO, Francesco. **História do direito comercial.** Lisboa: Editores, 1990. Tradução: João Espírito Santo. p. 72). Em certo momento, porém, quando as relações mercantis ganham corpo e passam a ser realizadas 'entre particulares', o direito comercial, que as regula, pode ser classificado como direito privado, embora seja posto pelo Estado.

[37] GALGANO, Francesco. **História do direito comercial.** Lisboa: Editores, 1990. Tradução: João Espírito Santo. pp. 79-80.

Comercial. Em suma: "[...] o conceito de 'atos de comércio' e a sujeição destes aos Tribunais de Comércio então instituídos mostravam uma clara divisão no Direito Privado, pois as 'causas civis' deviam ser resolvidas nos Tribunais próprios"[38].

O direito comercial regularia, portanto, as relações jurídicas que envolvessem a prática de alguns atos definidos em lei como atos de comércio. Não envolvendo a relação jurídica a prática destes atos, seria ela regida pelas normas do Código Civil.

> No início do século XIX, em França, Napoleão, com a ambição de regular a totalidade das relações sociais, patrocina a edição de dois monumentais diplomas jurídicos: o Código Civil (1804) e o Comercial (1808). Inaugura-se, então, um sistema para disciplinar as atividades dos cidadãos, que repercutirá em todos os países de tradição romana, inclusive o Brasil. De acordo com este sistema, classificam-se as relações que hoje em dia são chamadas de direito privado em civis e comerciais. Para cada regime, estabelecem-se regras diferentes sobre contratos, obrigações, prescrição, prerrogativas, prova judiciária e foros. A delimitação do campo de incidência do Código Comercial é feita, no sistema francês, pela teoria dos atos de comércio.[39]

A definição dos atos de comércio era tarefa atribuída ao legislador, o qual optava ou por descrever as suas características básicas – como fizeram o Código de Comércio português de 1833 e o Código Comercial espanhol de 1885 – ou por enumerar, num rol de condutas típicas, que atos seriam considerados de mercancia – como fez o legislador pátrio, conforme veremos adiante.

> Deslocando assim o centro do sistema jurídico-mercantil da pessoa do comerciante para os atos de comércio, impunha-se conceituá-lo. Legislativamente, adotaram-se duas posições: 1. uma definição geral, *a priori*, do ato de comércio, ficando aos magistrados a tarefa de aplicá-los aos casos concretos; [...]; 2. a especificação dos atos considerados mercantis, enumerando-os.[40]

Nessa fase do direito comercial, podemos perceber uma importante mudança: a mercantilidade, antes definida pela qualidade do sujeito (o direito comercial era o direito aplicável aos membros das Corporações de Ofício), passa a ser definida pelo objeto (os atos de comércio).

---

[38] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 1. p. 49.
[39] COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 07.
[40] BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. pp. 65-66.

> Com a codificação francesa de princípios do século XIX, o direito comercial abandonava o sistema subjectivo – segundo o qual este direito se aplicava apenas a quem estivesse inscrito como comerciante no correspondente registro –, adaptando o sistema objectivo: o direito comercial aplica-se a todos os actos de comércio, praticados por quem quer que seja, ainda que ocasionalmente; ao passo que a prática habitual de actos de comércio e a conseqüente aquisição da qualidade de comerciante seria pressuposto para a aplicação de normas específicas, como as relativas à obrigação de manter escrituração mercantil e as relativas à falência.[41]

Daí porque os doutrinadores afirmam que a codificação napoleônica operou uma *objetivação* do direito comercial, além de ter, como dito anteriormente, bipartido de forma clara o direito privado.

Essa objetivação do direito comercial, segundo leciona Tullio Ascarelli[42], relaciona-se à formação dos Estados Nacionais da Idade Moderna, que impõem sua soberania ao particularismo que imperava na ordem jurídica anterior e se inspiram no princípio da igualdade, sendo, por conseguinte, avessos a qualquer tipo de distinção de disciplinas jurídicas que se baseiem em critérios subjetivos.

Essa realidade de objetivação legislada tinha seus fundamentos, conforme menciona Raquel Sztajn:

"Argumento interessante é que a existência de normas únicas representava a certeza e a segurança para os agentes ao eliminar o desconhecido, o poder do Juiz que não se limitava a aplicar a lei, mas julgava segundo critérios pessoais e classistas."[43]

Na sistemática do Código Comercial Francês, em seus arts. 632 e 633, criou-se um rol do que se entendia como atos de comércio, que uma vez praticadas por alguém de forma profissional (art. 1º. do Código Comercial Francês[44]), configurariam o sujeito que dessa forma procedesse o *comerciante* e nos atos a matéria de Direito Comercial, que passaria a ser o direito cujo objeto seria a disciplina jurídica dos *atos de comércio*.[45]

---

[41]GALGANO, Francesco. **História do direito comercial.** Lisboa: Editores, 1990. Tradução: João Espírito Santo. pp. 84-85.

[42] ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 244.

[43] SZTAJN, Raquel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no código civil brasileiro. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP. v. 71, pp.115-124. mar., 2008. p. 116.

[44] Código Comercial Francês apud VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 1. p. 46.

[45] Orientado pelo princípio da igualdade de todos perante a lei, proclamado pela Revolução Francesa, o Direito Comercial não podia mais oferecer uma tutela a sujeitos diferenciados, privilegiados, mas sim ser liberado em atenção a um critério objetivo, sem levar em conta as qualidades dos sujeitos envolvidos nas relações de comércio. Passa-se a um período objetivo (ou, como querem alguns, período subjetivo moderno), em que o então Direito dos comerciantes substitui-se pelo Direito dos atos de comércio. (FÉRES, Marcelo Andrade. Empresa e

Não é difícil imaginar, todavia, as deficiências do sistema francês. Afinal, ele se resumia ao estabelecimento de uma relação de atividades econômicas, sem que houvesse entre elas nenhum elemento interno de ligação, gerando indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas.

Este sistema adotado em vários países especialmente o Brasil era dotado de inconvenientes, que não só inviabilizavam a determinação do âmbito de incidência das normas de Direito Comercial e seu próprio objeto como começavam a ignorar a realidade da evolução das relações econômicas.

O desenvolvimento da economia de mercado impunha e sempre impôs uma grande demanda por tutela jurídica estatal, apriorísticamente com a concepção de normas que atendam as demandas regulatórias das realidades por ele criadas.

Sendo o Direito Comercial, no plano doutrinário da teoria dos atos de comércio, "[...] o sistema de normas reguladoras das relações entre os homens, constituintes do comércio, ou dele emergentes. Abrange em seu âmbito, a ordenação daquela atividade profissional, medianeira na circulação dos bens entre produtores e consumidores."[46]; é e foi ele mecanismo de disciplina jurídica da atividade econômica, no plano privado.

Contudo, tal como até então formulado, apesar de ter essência clara, padecia do mal da indeterminação conceitual, provocada pela taxativa ou exemplificativa lista de atos que constituiriam a base de sua estrutura sistêmica, fundada apenas em lastros de tradição histórica, gradativamente revistos, aperfeiçoados e até mesmo superados pela realidade dinâmica da atividade econômica organizada.

A teoria dos atos de comércio surgiu pautando-se na previsibilidade e segurança que suas regras traziam para o exercício da mercancia, contudo, no mesmo mote que inova nesta perspectiva, falha na justificação do porquê de sua estrutura, criando desigualdades formais numa seara do Direito onde não têm cabimento tal realidade.

Inserta na estrutura dos grandes códigos oitocentistas, a teoria dos atos de comércio fazia água na medida em que deixava de atender às demandas sociais no bojo do universo daqueles que empreendem nas mais diversas formas de exercício de atividades produtivas, muitas delas não compreendidas no conceito de *atos de comércio* taxativa ou exemplificativamente disposto por lei.

---

empresário: do código civil italiano ao novo código civil brasileiro. In: VIANA, Frederico Rodrigues (coord.). **Direito de empresa no novo código civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40.)

[46] FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 1960. v.1. p. 9-10.

Com efeito, outras atividades econômicas, tão importantes quanto à mercancia, não se encontravam na enumeração legal dos atos de comércio. Algumas delas porque se desenvolveram posteriormente (ex.: prestação de serviços[47]), e a produção legislativa, como sabemos, não consegue acompanhar o ritmo veloz do desenvolvimento social, tecnológico etc., e outras, por razões históricas, a exemplo do que ocorreu com os negócios imobiliários[48].

Outro problema detectado pela doutrina comercialista da época, decorrente da aplicação da teoria dos atos de comércio, era o referente aos chamados atos mistos (ou unilateralmente comerciais), aqueles que eram comerciais para apenas uma das partes, como por exemplo, na venda de produtos aos consumidores, quando o ato era comercial para o comerciante/vendedor, e civil para o consumidor/adquirente.

Nesses casos, aplicavam-se as normas do Código Comercial para a solução de eventual controvérsia, em razão da chamada *vis atractiva* do direito comercial.

Diante disso, alguns doutrinadores denunciaram o retorno ao corporativismo do direito mercantil, que voltava a ser, no dizer de Cesare Vivante, um "direito de classe".

Preocupava o nobre jurista o fato de o cidadão ser submetido a normas distintas em razão, simplesmente, da qualidade da pessoa com quem contratava, ou como dizia Francesco Galgano, "[...] a lei aplicável não dependia de um seu predicado mas de um predicado dos diversos sujeitos com os quais estabelecera a relação"[49].

Enquanto a um só tempo tal discussão serviu para trabalhar a ideia de estar o Direito Comercial contido no Direito Civil ou não, o que tínhamos na verdade era mais uma vez a história das relações econômicas exigindo regulação diferenciada para situações jurídicas massificadas, porém peculiares, que não mais comportavam justa solução ante a ordem jurídica posta.

Esta situação é o *ato de consumo*, a *relação de consumo*, estabelecida entre um *fornecedor* de um lado a ofertar seus produtos e serviços e o *consumidor* do outro, a adquiri-

---

[47]"A atividade de prestação de serviços também não poderia ser contemplada por esta teoria (a teoria dos atos de comércio), posto que no século XIX não existia a prestação de serviços em massa e explorada de forma empresarial como temos hoje." (NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **O direito empresarial superando o arcaico sistema dos atos de comércio.** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2698. Acesso em: 27 de maio de 2005).

[48] "A exclusão da negociação de imóveis do âmbito de incidência do direito comercial pelo *Code de Commerce* – que não se reproduz em outras legislações adeptas da teoria dos atos de comércio, a exemplo do código italiano de1882 – é, por vezes, relacionada a um caráter sacro de que se revestiria a propriedade imobiliária ou pela tardia distinção entre circulação física e econômica dos bens. Porém, esta exclusão só pode ser satisfatoriamente explicada à luz de considerações políticas e históricas, ou seja, a partir da necessidade de a burguesia francesa preservar a sua identidade na luta contra o feudalismo." (Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 15.)

[49] VIVANTE, Cesare. Apud GALGANO, Francesco. **História do direito comercial.** Lisboa: Editores, 1990. Tradução: João Espírito Santo. p. 89 et seq.

los como destinatário final, que ao tempo encontrava-se compreendida na disciplina jurídico mercantil graças ao sistema jurídico de objetivação, contido no ideal dos atos de comércio[50].

Assim os princípios comerciais aplicavam-se de fato a todo o direito das operações econômicas, salvo algumas exceções, bem como trazia inclusa nesta disciplina o regramento do ato de consumo, por ser considerado ato comercial.

Nas palavras de Tulio Ascarelli o "[...] direito comercial apresenta-se como o direito do capitalismo"[51], pressupondo suas estruturas para poder fazer incidir sua normatização, contudo, seu amplo espectro, ao mesmo tempo indefinido, por essência, em contraponto à realidade da atividade econômica organizada, ignorava as necessidades e a condição daqueles que como o comerciante/empresário não tinham condições de negociar, em que a igualdade era apenas uma referência formal.

Esse novo paradigma e as demandas dele geradas são a base da formação do que conhecemos hoje como Direito do Consumidor e de suas regras.

1.3 O SURGIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO DA DISCIPLINA DAS RELAÇÕES DE MERCADO.

Como resultado do histórico acima exposto vê-se o Direito do Consumidor como um conjunto de normas específicas a incidir sobre relações jurídicas especiais, dentre aquelas que se praticam num ambiente de mercado.

Dentre os vários conflitos gerados no bojo da sociedade capitalista tem-se primeiro aquele que se estabeleceu entre capital e trabalho, ou seja, entre o senhor dos meios de produção, dirigente e/ou dono da empresa, e aqueles que para ele trabalham.

As crises do capitalismo liberal, suas repercussões sociais, a formação dos ideais socialistas como reação à exploração do trabalho humano nas fábricas, tudo redundou na

[50] Neste sentido também fala Tulio Ascarelli ao afirmar que: "A objetivação acentua-se no correr do século XIX: novos atos são atraídos para a esfera do direito comercial que, com o Código italiano de 1882, supera a fronteira que parece intransponível dos negócios imobiliários e sanciona a sujeição do negócio bilateral, em sua inteireza, à lei comercial, mesmo quando comercial somente um dos atos que o constituem, sujeitando então ao direito comercial também o ato com o fito de consumo." (Cf. ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 241.)

[51] ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 242.

necessária aceitação por parte dos donos dos meios de produção, de limitações nas suas liberdades econômicas.

Da dialética capital/trabalho originou-se, no plano jurídico a primeira percepção da falência do sistema codificado face às novas demandas sociais geradas pela sociedade que se formou a partir da intensificação do processo de industrialização das nações.

> O individualismo e o princípio da igualdade formal das partes contratantes, por outro lado, foram os responsáveis do desequilíbrio contratual entre o fabricante e o operário prestador de serviços, pois não correspondiam à realidade, partindo da falsa premissa de uma igualdade de condições entre as partes para a elaboração de contratos, que se tratava, apenas, de uma igualdade metafísica ou formal[52].

Como consequente nasceu o Direito do Trabalho, comportando uma revisão em preceitos civilistas tradicionais como o contrato e a liberdade de contratar, reconhecendo a hipossuficiência do empregado face ao empregador.

Contudo, aparentemente não era essa só a única novidade advinda desta nova sociedade cunhada a partir da Revolução Industrial, que entre outras coisas fez surgir o que conhecemos como *sociedade de consumo*.

Essa sociedade traz consigo a marca da produção e do consumo massificados, logo, expandindo a ideia da prática de atos mercantis, antes circunscrita aos comerciantes agora praticados por todos, através da figura do *ato de consumo*.

Certo é que a estrutura política e econômica do capitalismo liberal passou a destoar das necessidades sociais advindas do progresso econômico que ajudou a gestar, sendo certo que a partir do período compreendido pelas grandes guerras, a crise da bolsa americana de 1929, a ascensão do comunismo na Rússia em 1917, bem como os regimes nazifacistas da Itália e Alemanha, por óbvio tais circunstâncias refletiram no Direito[53].

---

[52] LISBOA, Roberto Senise. A livre iniciativa e os direitos do consumidor. In: SIMÃO Filho, Adalberto. LUCCA, Newton. **Direito empresarial contemporâneo.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 146

[53] "Em suma, vemos que o capitalismo da metade do século XX É sensivelmente diferente do que se desenvolveu no século anterior. O mercado transformou-se, passando de um regime de concorrência entre pequenas emprêsas privadas a um regime de concorrência monopolística entre grupos, e mesmo entre êstes e empresas publicas que abrangem setores cada vez mais amplos da economia. O comportamento econômico dos chefes de empresa evoluiu. Aos pioneiros da Revolução Industrial, ávidos de lucro e de expansão, sucedem, amiúde, tecnocratas ou administradores mais preocupados em conservar do que em desenvolver, mais ciosos de uma gestão impecável do que de uma expansão aleatória. A posição do Estado, diante da economia, consequentemente, modificou-se. Renuncia à sua sistemática abstenção e passa a intervir, **seja para proteger os consumidores contra eventuais abusos de monopólios** seja para proteger os trabalhadores contra os excessos de determinadas classes patronais, seja para proteger os próprios donos de êmpresas contra uma concorrência, não querem ver senão os perigos. [...] O Estado policial dá lugar ao Estado providencial e, mesmo, segundo a expressão de Jean Marchal, a um Estado faustiano."(sic, grifos nossos) in: LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos.** 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. Tradução: Geraldo Gerson de Souza. p. 93.

Assim os códigos oitocentistas começavam a ser questionados em sua eficácia face a certas e determinadas relações jurídicas cuja estrutura foi radicalmente pervertida em função da evolução econômica das sociedades capitalistas. No dizer de Marcelo Gomes Sodré:

> Trabalhadores, produtores e consumidores, eis os atores sociais da economia do mundo moderno. Durante todo o século XIX e parte do século XX os conflitos sociais foram entre trabalhadores e patrões: a luta primeiro foi pelo acesso à terra e depois pelo domínio dos meios de produção. A partir de meados do século XX foi agregado outro tipo de conflito, resultante do outro vértice da sociedade moderna: a luta pelo acesso ao consumo de bens seguros e a garantia da informação plena a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado [...][54]

Desse modo, as codificações oitocentistas começavam a perder capacidade de atuar frente às novas realidades presentes nos relacionamentos privados, não cobertas em sua maioria pelos limites da estrutura normativa posta[55].

Como bem ensina Tulio Ascarelli[56] a história do direito privado é marcada pela constante contraposição de novos institutos que concorrem com os do direito tradicional até que se transformam, dado à sua organicidade, em direito especial.

O surgimento destes direitos especiais na visão do citado autor, primeiro suprindo e corrigindo o tradicional ao se tornarem, também, um direito geral e comum, não excluem o tradicional, mas "[...] passa a formar um sistema doravante inspirado por aqueles que, no início da evolução, eram simples temperamentos equitativos."[57]

Forma-se com isto uma dicotomia ilógica, segundo o autor, que de acordo com suas palavras: "[...] aos observadores mais atentos não escapará o fato de que a dicotomia exerce a

---

[54] SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 98.

[55] Neste sentido, manifesta-se Alberto Amaral Jr., lecionando que: "'Vistas as coisas por esse ângulo, podemos definir a crise do paradigma do Direito Privado moderno como incapacidade de resolver os novos problemas sociais dentro dos limites das possibilidades estruturais estabelecidas pelo sistema do Direito Privado, que se consolida com o movimento codificador de fins do século XVIII e início do século XIX. Assim, se o sistema do Direito Privado abrange um repertório e uma estrutura, sendo o primeiro o conjunto das normas que o constituem, enquanto a estrutura representa as regras que presidem as relações entre esses elementos, estabelecendo as possibilidades de variação das relações toleradas entre eles, a crise se delineia no momento em que surgem novos problemas cuja solução exige a superação dos limites previstos pelas regras estruturais do sistema. Enfim, a crise afeta os princípios básicos que permitem a organização de todo o Direito Privado, como, por exemplo, o caráter individual dos conflitos sociais, a liberdade de troca do mercado e a propriedade privada livre de restrições externas.'" (Cf. AMARAL Jr., Alberto apud LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 43.)

[56] ASCARELLI, Túllio. Origem do direito comercial. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 103, pp.87-100. jul./set., 1996. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 87.

[57] Ibid., p. 87.

importante função de conciliar a rigidez (que é certeza) do Direito, com sua também perene exigência de elasticidade e de adaptação."[58]

Essa expansão dos princípios ditos especiais até sua estabilização e alcance geral quando se fundem ao sistema geral se dá pelo tempo.

> Podemos, pois, no terreno histórico, encontrar, iterativamente, um direito especial, na peculiaridade do desenvolvimento histórico (e a diferença só pode ser apreendida historicamente) de princípios que se afirmam, tão-só, no âmbito limitado, mas que não são suscetíveis de aplicações gerais; ensaiam-se, assim, critérios e valorações num âmbito limitado, mas que, em via de princípio, têm um alcance geral e historicamente podem acabar por assumir esse alcance geral, celebrando-se, destarte, exatamente na superação de sua especialidade, o seu maior triunfo.[59]

Tanto quanto a análise acima feita por Ascarelli serve para explicar o surgimento do Direito Comercial, como especialização no bojo do Direito Civil, também se presta a demonstrar o desgarre do Direito do Consumidor do âmbito do Direito Comercial.

Assim sendo, mesmo que a doutrina notasse, mesmo que de forma tímida a distinção de uma compra e venda mercantil entre comerciantes exclusivamente e entre comerciante e consumidor[60], esta relação jurídica a partir da industrialização e da formação da sociedade de consumo não mais cabia na regulação tradicional gerada pelas normas de direito comercial aplicáveis ao caso.

Nos dizeres de Ada Pelegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamim:

> Não é difícil explicar tão grande dimensão para um fenômeno jurídico totalmente desconhecido no século passado e em boa parte deste. O homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça[61].

---

[58] ASCARELLI, Túllio. Origem do direito comercial. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 103, pp.87-100. jul./set., 1996. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 87.
[59] Ibid., p. 88.
[60] "Nas vendas de retalho ao povo, ainda que raras vezes se proponha causa de lesão, ella comtudo frequentemente acontece nos Paizes pobres, e immorigerado, com terrível encargo de consciência do vendedor, que se prevalece da sinceridade, bôa fé, inexperiência, ou simpleza, rusticidade, ou precisão do comprador" (LISBOA, José da Silva (Visconde de Cairu) apud., FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 132.)
[61] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 6.

Ou seja, o ato de consumo e o consumidor existiam, contudo, o Direito não o tinha como um sujeito distinto em relação aos demais[62].

A partir de uma revisão do posicionamento do Estado na economia, passava o mesmo sobre as mais diversas feições suas a intervir na atividade econômica de modo a criar uma regulação mais incisiva e presente, ou seja, um Estado encarregado de assegurar aos detentores do capital o "deixai fazer" do liberalismo clássico, num primeiro momento histórico, passando em sequência para um estado intervencionista na área econômica.

Eros Roberto Grau, acerca da intervenção do Estado na economia, conclui no sentido de que o direito presta-se na sociedade capitalista a uma função de mediação das relações econômicas, sem as quais estas não ocorreriam, servindo inclusive à sua preservação na medida em que o direito se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os *determinismos econômicos*[63].

Determinismos estes do mercado configurados pela busca incessante dos detentores dos meios de produção pelo máximo lucro à custa da exploração da força de trabalho e dos recursos de produção, fatores que se exacerbados podem constituir a ruína do sistema capitalista e da sociedade onde ele vige, exigindo assim uma mudança de perspectiva na regulação das atividades econômicas, passando as regras jurídicas postas pelo Estado a prever maior intervenção do mesmo no contexto das relações econômicas[64].

Essa tendência das relações de mercado a se desenvolverem numa *dinâmica autodestrutiva* impôs ao Estado e ao direito por ele posto a necessidade de preservar as instituições de mercado e os detentores dela de sua própria ânsia de acumulação de riquezas,

---

[62] "Escusava dizer que sempre houve, ao longo dos tempos, numerosas manifestações voltadas à proteção dos consumidores, desde o direito romano. Mas tratava-se de algo isolado, fragamentado e anódino, sem nenhuma relação com a realidade do poder econômico dos agentes produtores, [...]" (LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 47.)

[63] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30. No mesmo sentido: IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 145, pp.44-49. jan./mar., 2007. Tradução: Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade. p.44.

[64] Sobre o intervencionismo do Estado na seara econômica e seu significado, dizia Tullio Ascarelli que: "[...] é necessário distinguir entre as diversas finalidades perseguidas com o intervencionismo. Eles agora se harmonizam com a tutela dos consumidores, visando (e é este o mesmo problema do direito do Trabalho) a corrigir uma desproporção de forças (justificando-se por isso as coalizões de trabalhadores, enquanto se adota, no interesse do consumidor e do progresso técnico, uma atitude cautelosa em relação à coalizações de empresários); a combater e proibir posições de monopólio; a substituir a atividade privada, onde esta seja ausente ou insuficiente ou não possa tornar-se um instrumento de progresso econômico geral; a atenuar os contrastes de riquezas, quer para proteção dos próprios empresários, quer dos empresários existentes num determinado momento em confronto com possíveis concorrentes ou os consumidores." (ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 247.)

estabelecendo normas não só de *constituição* dos institutos de mercado e das empresas como também de *preservação* das mesmas[65].

Sob esta nova perspectiva que passou a prevalecer a partir do fim da Segunda Grande Guerra, abria-se a porta para a revisão dos princípios jurídicos reguladores do mercado, a revisão de conceitos jurídicos tradicionais, bem como a alvorada de novos direitos, especialmente voltados à disciplina das novas realidades relacionais geradas pela economia capitalista de mercado[66].

Dentro dessa perspectiva é que se desenvolve o *Direito do Consumidor*, cuja evolução histórica é bem demonstrada pelo professor Newton De Lucca[67], naquilo que sinteticamente pode-se referenciar como "ondas", ou seja, segundo o autor, o desenvolvimento do *direito do consumidor*, ao longo da história foi se desenvolvendo em fases, no caso, três momentos significativos, que marcaram sua estruturação no mundo.

A primeira delas identificada por Newton De Lucca é referente ao período que segue a Segunda Grande Guerra, no qual não há distinção ainda entre os interesses dos fornecedores e consumidores, restringindo-se a preocupação do legislador em tratar da disciplina dos preços, informação e rotulação adequada dos produtos[68].

Nesse período não se tinha uma legislação que tratava de forma direta a defesa do consumidor, não havia um tratamento sistemático da relação de consumo, ao contrário, regulava unicamente a atividade comercial, marcada por normas de direito penal e direito administrativo, o que indiretamente refletia na figura do consumidor e da relação de consumo[69].

Contudo, tal ordem jurídica pouco destoava da ideologia e das premissas do liberalismo econômico, na medida em que circunscrevia-se ela a limitar o abuso dos empresários, na medida em que este era compreendido à época pela sociedade, especialmente pelos fornecedores de produtos e serviços[70].

---

[65] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18.

[66] Neste sentido: Cf. LISBOA, Roberto Senise. A livre iniciativa e os direitos do consumidor. In: SIMÃO Filho, Adalberto. LUCCA, Newton. **Direito empresarial contemporâneo.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 149.

[67] LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 46.

[68] Ibid., p. 46.

[69] Cf. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96.

[70] Neste sentido, Ascarelli: "Nessa regulação encontramos, todavia, contrastes funcionais, também em relação a análogas estruturas institucionais. Na verdade, por vezes essa regulação, permanecendo fiel ao critério inspirador do desenvolvimento do direito comercial, inspira-se, apesar de tudo, no interesse do consumidor (com o qual coincide o dos trabalhadores) e assim visa a promover progresso técnico e expansão geral; outras vezes ao contrário, visa a uma tutela dos empresários diante dos consumidores ou segue uma orientação paternalista." (Cf.

Destarte a partir daí, legislações de direito administrativo começam a perfilhar, de modo indireto e não coordenado, os interesses dos consumidores, impondo aos fornecedores de produtos e serviços *sanções administrativas*, tais como multas e até mesmo a interdição do estabelecimento.

Como reflexo da maior intromissão do Estado no gerenciamento do ambiente econômico, este passa a criar sistemas administrativos de controle da atividade econômica com foco voltado indiretamente para o consumidor, criando regras de natureza fitossanitária, de proteção ao meio ambiente, metrologia, controle de preços, concorrência e outros[71].

Sobre a concorrência, esta passa a ser mais bem disciplinada pelo Estado de modo a prevenir ou reprimir situações de monopólio, oligopólio ou abuso de poder econômico, seja por normas que coibissem tais práticas, seja pela direta intervenção do Estado, na forma de empresário, atuando em setores em que a iniciativa privada seja ausente ou insuficiente.[72]

Era a alvorada do chamado "Estado social", surgido como consequência do pós-guerras e voltado a uma maior influência deste sobre o setor econômico dos países, ou seja, um Estado que se comportava "[...] não como um *guarda-noturno* dos liberais, mas como 'meio que uma sociedade democrática tem de resolver tensões entre a esfera econômica e os valores não econômicos (sic)'(Heilbroner)".[73]

Nesse contexto, uma vez que a atividade econômica é desenvolvida por impulso da autonomia privada, contudo, reflete no todo social, deve respeitar limites impostos pela ordem pública, esta última repleta de valores sociais dentre eles os da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e como se verá do consumidor.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato. p. 247.)

[71] Cf. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 110 *et seq.*

[72] Neste sentido Tulio Ascarelli, ao comentar o intervencionismo estatal na economia afirma que: "[...] necessário distinguir entre as diversas finalidades perseguidas como o intervencionismo. Eles agora se harmonizam com a tutela dos consumidores, visando (e este é o problema do direito do Trabalho) a corrigir uma desproporção de forças (justificando-se por isso as coalizões de trabalhadores, enquanto se adota, no interesse do consumidor e do progresso técnico, uma atitude cautelosa em relação às coalizões de empresários); a combater e proibir posições de monopólio; a substituir a atividade privada, onde esta seja ausente ou insuficiente ou não possa tornar-se um instrumento de progresso econômico geral ; a atenuar os contrastes de riquezas, quer para proteção dos próprios empresários, quer dos empresários existentes num determinado momento em confronto com possíveis concorrentes ou os consumidores." (In: ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato.)

[73] BRASSEUL, Jacques. História econômica do mundo: das origens aos *subprimes.* Lisboa: Edições texto&grafia, 2012. Tradução: Hélder Viçoso. p. 333.

Uma das referências neste sentido dessa época é o famoso discurso do presidente americano John F. Kennedy, feito em 15 de março de 1962 e dirigido ao Parlamento dos EUA, por meio do qual enumerava determinados direitos fundamentais do consumidor, quais sejam, o direito à segurança, à informação, à escolha e ser ouvido[74].

Referido discurso inovava na medida em que reconhecia a condição de que:

> "[...] 'todos somos consumidores', em algum momento de nossas vidas temos este *status*, este papel social e econômico, estes direitos e interesses legítimos, que são individuais, mas também são os mesmos no grupo determinável (coletivo) ou não (difuso), que ocupa aquela posição de consumidor".[75]

No Brasil, o Direito do Consumidor começa a partir do surgimento no país do que se conhece como sociedade de consumo, a partir de seu processo atrasado, porém rápido de industrialização, surgindo, entre as décadas de 40 e 60, diversas leis e decretos federais, legislando sobre saúde, proteção econômica e comunicações, basicamente normas de Direito Penal e Administrativo, todas elas pontuais e não sistematizadas. Dentre todas, pode-se citar: a Lei 1.521/51, denominada Lei de Economia Popular; a Lei 1.283/1950 que cria a Inspeção Federal de Produtos Animais; entre outras[76].

Na chamada *segunda fase*, inicia-se um processo de questionamento acerca das posturas das grandes empresas e multinacionais em relação aos consumidores, período em que o chamado *direito do consumidor* já se encontrava legislado em vários países desenvolvidos a começar pelos EUA seguido por países da Europa ocidental como França, Alemanha, Suécia e outros, bem como o Japão[77].

Nesse passo já se tem mais clara a compreensão de que na chamada *sociedade de consumo*[78], ou seja, aquela na qual, tendo como fundamento relações econômicas capitalistas,

---

[74] LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 47. FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 133. MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

[75] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

[76] SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24 *et seq.* MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

[77] LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 46-47.

[78] Segundo Gerard Cas e Didier Ferrier sociedade de consumo pode ser definida como: "[...]'denota o insaciável apetite de bens e serviços que tomou conta do ocidente após as privações devidas à Segunda Guerra Mundial. Ora, esse tipo de sociedade foi acusada de sujeitar o indivíduo, nele despertando novas necessidades tão-somente

é marcada pela produção, prestação e distribuição massificada de produtos e serviços; publicidade em grande escala no oferecimento dos mesmos; a contratação de produtos e serviços via contrato de adesão, e; o oferecimento generalizado de crédito direto ao consumidor, para viabilizar seu acesso aos produtos e serviços oferecidos.

Em tal sociedade, ou seja, a sociedade de consumo: "[...] 'o poder pertence aos produtores e aos comerciantes; seu império é mantido pela publicidade; a psicologia lhes fornece uma estratégia com técnicas mercadológicas de vendas promocionais, vendas publicitárias, vendas a crédito, serviços autônomos, embalagens, marketing [...]'[79]

Ainda neste período surge em 1985 a resolução n. 39/248 de 10/04/1985 sobre a proteção ao consumidor, sancionada pela Assembleia Geral da ONU, positivando o princípio da vulnerabilidade do consumidor no plano internacional.

As diretrizes aprovadas constituíam um modelo abrangente descrevendo oito áreas de atuação para os Estados a fim de prover proteção ao consumidor. Dentre elas: a) proteção dos consumidores diante dos riscos para sua saúde e segurança, b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, c) acesso dos consumidores a uma informação adequada, d) educação do consumidor, e) possibilidade de compensação em caso de danos, f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade destas apresentarem suas visões nos processos decisórios que as afetem.[80]

Citadas diretrizes forneceram um importante conjunto de objetivos básicos internacionalmente reconhecidos, desenhados especialmente para os países em desenvolvimento a fim de ajudá-los a estruturar e fortalecer suas políticas de proteção ao consumidor.

Neste momento se faz a devida distinção entre as diferentes formas de consumo e de consumidor, verifica-se que o consumidor, caracterizado como destinatário final do produto ou do serviço oferecido pelo empresário fornecedor (art. 2º. do CDC), este carece de tratamento diferenciado do direito a partir do momento em que o *mercado*, em uma de suas faces vira *mercado de consumo*, quebrando-se a falsa percepção de que o consumidor, no mercado, é quem dita as regras, mas ao contrário é controlado pelas forças pró-ativas deste mesmo mercado, encabeçadas pelas empresas.

---

com o propósito de escoar-se mais facilmente uma crescente produção e que deve ser necessariamente absorvida.'" (Apud LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 51.)

[79] CAS, Gerard. FERRIER, Didier. Apud LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 51.

[80] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução 39/248/1985:** proteção ao consumidor. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/469/75/IMG/NR046975.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14/10/2012.

No Brasil o movimento consumerista começa a partir dos anos 70 do século passado com textos de Fábio Konder Comparato, em que destaca o atraso do direito brasileiro em adendrar no que chamava de "[...] era dos direitos individuais do consumidor."[81]

Paula Forgioni cita ainda textos de Waldírio Bulgarelli e Luiz Gastão de Paes Leães, que tratavam nos anos 80 da proteção dos consumidores adquirentes de produtos, já referindo-se aos mesmos enquanto coletividade, bem como anota a inclinação da jurisprudência pátria na tutela do consumidor, mesmo antes da Constituição de 1988 e do próprio Código de Defesa do Consumidor[82].

Some-se a essa consciência exordial o fato de que a doutrina civilista já começava a se debater com uma nova realidade já percebida na Europa, a de que não mais se separa o público do privado no Direito com tanta firmeza e racionalidade como apregoado nos fins do século XIX e início do século XX, realidade que em parte afetou o direito comercial.

Os velhos ramos do chamado "Direito Privado", em que outrora se albergava a solução para as questões derivadas da relação de consumo, passaram por uma intensa revisão conceitual e principiológica.

O Direito Civil perdia para a Constituição a primazia de "direito dos direitos"[83], logo, como afirma Ricardo Lorenzetti[84], o mesmo processo afetou o Direito Comercial, fazendo-se não só reconhecer sua autonomia como a multiplicidade de suas fontes, de modo a formar o que chama de "microssistema da empresa", norteado por princípios, fontes de criação, normas, jurisprudência e doutrina próprios.

Contudo, em função do reconhecimento dos valores humanos aplicáveis nas relações econômicas, a ideia da supremacia do poder econômico da empresa e de seus controladores sobre a oferta dos produtos e serviços no mercado, da subordinação do consumidor a estes

---

[81] COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, v. 15-16, pp.89-105., 1974. p. 103.

[82] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 134.

[83] Como sintetiza Cesar Fiuza: "Se por um lado, o Código Civil ocupava o centro do sistema, por outro, em sua periferia, nos entornos do Código, começaram a se formar pequenos microssistemas: o da família e dos menores; o do inquilinato; o dos contratos imobiliários; o dos condomínios; o dos títulos de crédito; o do consumidor, sem falar em microssistemas que, de certa forma, desde o início, se tornaram independentes, como o do trabalho. Esses microssistemas, apesar de girarem em torno do Código Civil, têm vida própria. São, em grande parte, interdisciplinares, inspirando-se em princípios não só de Direito Privado como também de Direito Público. É o que ocorre, por exemplo, com os microssistemas do consumidor, da família e outros. Por estas e outras razões, muitos chegam a afirmar que no centro do sistema não gravita o Código Civil, mas a própria Constituição, que de lá irradia seus princípios e valores." (Cf. FIUZA, Cesar. **Direito civil:** curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 97.)

[84] LORENZETTI, Ricardo Luis. A descondificação e a possibilidade de ressistematização do direito civil. In: FIUZA, Cesar (Org.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Direito Civil:** atualidades I. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 223.

ditames, formaram-se razões suficientes para a necessária adaptação do direito às necessidades dos consumidores no âmbito social e econômico[85].

Como afirmou Paula Forgioni: "[...] paulatinamente, foi-se admitindo a necessidade de disciplina especial para esse aspecto do comércio, aumentando o grau de confiança dos consumidores em prol do tráfico mercantil."[86]

Esse movimento, no Brasil culminou com o reconhecimento na Constituição Federal de 1988, dos direitos do consumidor através de normas e princípios (art. 5º., inciso XXXII, art. 129, III, art. 170, V e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), bem como pela promulgação em 1990 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Nos dias de hoje, vive-se o que Newton de Lucca diz ser a chamada terceira fase da proteção ao consumidor, fase esta marcada pela consciência ética mais clara da ecologia e da cidadania e sobre o destino da humanidade face ao consumismo exagerado[87].

Nela está mais avivada a consciência acerca dos limites da autonomia privada das ações das empresas no meio social, assim como a necessidade constante da busca por um consumo racional e sustentável.

Percebe-se, contudo, que o surgimento do Direito do Consumidor, marca mais uma cisão no Direito Privado tradicional, composto pelo Direito Civil, num plano mais geral, com dois direitos especiais, um o Direito Comercial ou Empresarial voltado para as relações entre empresas no mercado, e; outro o Direito do Consumidor, voltado essencialmente para a proteção do consumidor, sujeito mais fraco da relação de consumo.

Assim, no passado o Direito Comercial, ao surgir, reviu e adaptou institutos tradicionais do Direito Civil, amoldando-os para as necessidades da atividade mercantil emergente, tais como: obrigações, responsabilidade civil, contratos, insolvência e seus efeitos, entre outros são comuns; ganhando feições peculiares em cada um dos ramos do Direito Privado a partir de agora, pela primeira vez cindido, além de fazer gerar e surgir novos institutos, tais como: cambiais, sociedades, etc, todos voltados à realidade das relações desempenhadas no âmbito do mercado.

O mesmo processo se deu a partir do surgimento e do reconhecimento do Direito do Consumidor como disciplina autônoma, que também inova na disciplina jurídica das

---

[85] Neste sentido: MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 44.

[86] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 134.

[87] LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 46.

obrigações, responsabilidade civil, contratos, entre outros que são comuns; ganhando feições peculiares, além de fazer gerar e surgir novos institutos, tais como: a força vinculativa da oferta, repressão à propaganda enganosa e a tutela coletiva dos interesses do consumidor, destacando um direito especial em relação ao direito comercial[88] na regência das relações privadas de mercado, que estivessem abrangidas no conceito de relação de consumo[89].

Na sequência proceder-se-á a uma análise panorâmica acerca do conteúdo das normas postas acerca da defesa do consumidor na ordem jurídica pátria, de modo a compreender como o direito inovou na disciplina jurídica das obrigações, responsabilidade civil, contratos, entre outros institutos para buscar a conclamada *proteção ao consumidor* no mercado.

1.4 O DIREITO DO CONSUMIDOR E SUAS NORMAS

A primeira e importante questão ser considerada quando se fala em direito do consumidor é a raiz constitucional de suas normas, a partir do reconhecimento da importância deste sujeito de direitos, o consumidor, individual ou coletivo, no cerne da CF/88, tem-se que ela própria torna-se a origem da tutela jurídica dos consumidores no país.

O consumidor e sua proteção são mencionados em diversos trechos do texto constitucional a destacar, primeiro, o art. 5º. , XXXII, que preceitua:

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

Sob esta perspectiva a tutela do consumidor erige-se à categoria de direito fundamental, contudo, a CF/88, em outra passagem insere a defesa do consumidor no

[88] Acerca da autonomia do direito do consumidor em relação ao direito comercial Paula Forgioni explica que: "Esse direito foi se consolidando a partir do reconhecimento de que, na ordem jurídica capitalista – e até mesmo para a sua preservação -, o consumidor necessita de proteção, não sendo adequada sua submissão ao regramento aplicável aos mercadores em geral. Nessa esteira, a Constituição de 1988 declarou que o Estado promoveria, 'na forma da lei, a defesa do consumidor'(art. 5º., XXXII) e que haveria a responsabilidade pelos danos a ele causados (art. 24, III). Além disso, a defesa do consumidor é um dos princípios orientadores da ordem econômica, nos termos do art. 170, V." (FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 220.)

[89] Adverte-se, contudo, que, pouco ou nada foi feito a título de inovação no que tange à proteção do consumidor face a insolvência do fornecedor e seus efeitos, tal qual pretende-se demonstrar nesta tese.

contexto dos princípios gerais regentes da ordem econômica, ao prescrever em seu art. 170, V, *in verbis:*

> 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;

E por fim, a Constituição da República, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, faria incluir em seu art. 48, um mandamento para o legislador no sentido de estabelecer um Código de Defesa e Proteção do Consumidor, eis que assim consta de seu texto:

"Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor."

Isto posto, nos dizeres de Cláudia Lima Marques, seria o direito do consumidor o conjunto de normas e princípios que visam cumprir este triplo mandamento constitucional, que seria: i) de promover a defesa do consumidor (art. 5º., XXXII); de assegurar e fazer observar a defesa do consumidor como princípio geral e imperativo da ordem econômica (art. 170, V), bem como; de sistematizar e ordenar esta tutela diferenciada, no plano infraconstitucional.[90]

Nos dizeres de Marcelo Gomes Sodré a Constituição Federal ao tratar do tema da defesa do consumidor o fez objetivando garantir a não revogabilidade dos princípios expressos no Código de Defesa do Consumidor (CDC).[91]

Isto posto, reconhece-se a autonomia do Direito do Consumidor, como ramo do direito voltado à regulação da proteção jurídica do consumidor no mercado.

Tal se justifica em função de seus objetivos, ou seja, a tutela de um sujeito *vulnerável* no contexto de uma relação de conteúdo econômico, em outras palavras, o consumidor é partícipe das relações econômicas na condição de *destinatário final* dos *produtos* e *serviços* postos à venda no *mercado* pelas *empresas*.

Referida posição, como melhor será visto na sequência desta seção é uma posição de *submissão estrutural* ou posição de *vulnerabilidade*.

Assim sendo:

---

[90] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 31.
[91] SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 168.

> Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o marketing.[92]

A condição de consumidor, nos termos acima postos demanda equilibrar sua condição face aos agentes econômicos empresariais (empresários/fornecedores) de modo a guardar-lhe das influências derivadas da concentração do poder econômico; da carência da informação sobre a qualidade, quantidade, preço e condições de crédito na oferta e aquisição de produtos ou serviços, e; a indevida influência da publicidade crescente.

Assim, o foco do direito do consumidor é justamente disciplinar a relação de consumo, "[...] seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas do mercado."[93]

Dita proteção se dá por um conjunto de normas de direito privado e de direito público.

Leia-se de *direito privado*, não com a característica individualista de outrora, mas sim, como parte da *limitação constitucional à autonomia privada dos indivíduos*[94], de forma que grande parte das normas consumeristas se prestam a regular situações jurídicas decorrentes do exercício da autonomia privada do consumidor face a outro sujeito de direitos considerado mais forte, no caso, o fornecedor.

Logo, o conteúdo destas normas é de ordem pública, ou de interesse público, no sentido de serem indisponíveis e inafastáveis por disposição contratual, eis que objetivam a equalização das partes na relação jurídica, ou seja, como afirma Ricardo Lorenzetti:

---

[92] GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 7.

[93] Ibid., p. 7.

[94] Por autonomia privada entenda-se "[...] auto-regulação de interesses privados, dentro da concepção de que estes interesses são parte de um todo socioeconômico, merecedor de tutela do Estado, em defesa da dignidade e da promoção do ser humano." (Cf. FIUZA, Cesar. **Direito civil**: curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 202.). Quando se fala em "limite constitucional"alude-se ao fenômeno atual da chamada "constitucionalização" do direito privado, que segundo Ricardo Tepedino "[...] tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior." (TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. FIUZA, Cesar (Org.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Direito Civil:** atualidades I. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.119)

> O direito privado como proteção do indivíduo se relaciona com os direitos fundamentais, com a vulnerabilidade e a proteção da parte mais fraca. A proteção dos direitos humanos vem sendo impulsionada em âmbito mundial, da mesma forma, a defesa do meio ambiente e as garantias para o consumidor.[95]

Assim consta do comando do art. 1º. do CDC, *in verbis:*

"Art. 1° O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias."

Contudo, a proteção do consumidor pode se fazer, também, através de normas de direito público (direito administrativo, direito penal, processual civil e penal), característica marcante dos chamados *microssistemas*, no entanto, constitui-se o direito do consumidor como um sistema (microssistema) especial e autônomo do direito privado, especialidade esta derivada de realidades outrora disciplinadas pelo direito comercial, com quem juntamente com o direito civil divide agora o espaço do denominado *direito privado.*[96]

Isto posto, à guisa do que consta em vasta doutrina, pode-se definir o direito do consumidor, tal qual sugere Claudia Lima Marques:

"[...] ramo novo do direito, disciplina *transversal* entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor."[97]

Assim tem-se que o objeto do direito do consumidor é sua proteção no mercado de consumo de maneira coletiva ou individual a partir das prescrições jurídicas derivadas das normas e princípios que compõem seu arcabouço jurídico normativo.

Referida disciplina, no Brasil, em atendimento ao preceito constitucional previsto no art. 5º. inciso XXXII, foi feita por meio de um "código", no caso, o Código de defesa do consumidor CDC, instrumentalizado pela lei 8.078/1990.

---

[95] LORENZETTI, Ricardo Luis. A descondificação e a possibilidade de ressistematização do direito civil. In: FIUZA, Cesar (Org.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Direito Civil:** atualidades I. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 229. No mesmo sentido: Cf. MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63.

[96] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49. Acerca de ser o direito do consumidor derivado de um "cisma" na estrutura do direito comercial: Cf. FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 149 *et. seq.*

[97] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49.

Aliás, uma das características do CDC é justamente ser um *código*, constituir um microssistema diferenciado em função da *principiologia de suas normas*, ou seja, trata-se de uma lei ordinária de caráter geral, contudo, dotada de preceitos de ordem pública ao contemplarem valores básicos e fundamentais da ordem jurídica posta, em sua maioria com assento constitucional.

Na visão de Nelson Nery Jr.

> Entendemos que uma das grandes conquistas do povo brasileiro foi o recebimento do CDC como diploma provido de **normas principiológicas,** que o diferenciam das leis gerais e que o deixam imune às intempéries da legislação ordinária e dos segmentos mais conservadores dos setores da produção e serviços.[98]

O citado Código trata essencialmente da proteção do consumidor, encarado este como "[...] sujeito-vítima, como sujeito-contratante, como agente econômico nos momentos pré e pós-contratual [...]"[99], norma esta (código) dotado de uma parte pertinente aos direitos privados do consumidor (arts. 1º ao 54), outra dotada de normas de direito público (administrativo, penal, processual civil e penal), assim como; normas de direito intertemporal (arts. 55 ao 119).

Nesta primeira parte, que vai dos arts. 1º ao 54 do CDC, destacam-se as regras inseridas nos arts. 1º. ao 7º., que segundo Cláudia Lima Marques, compõem um plexo de regras de caráter geral ou principiológicos, formando uma espécie de *parte geral*, cujos preceitos devem irradiar sobre a outra parte, a *parte especial*, formada pelo disposto nos arts. 8º. até o 119.

Assim nesta chamada parte geral tem-se as definições essenciais para a caracterização da chamada relação de consumo (arts. 2º. e 3º. do CDC); os princípios (art. 4º.) e os direitos básicos (arts. 6º. e 7º. do CDC).

Assim, nesta primeira parte da tese, depois de visto a evolução do direito na disciplina da relação de consumo; sua inserção na ordem jurídica nacional, o direito do consumidor em

---

[98] NERY Jr., Nelson. Visão sobre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 31, v. 114, pp.95-101. dez., 2011. p. 96. Ainda, Claudia Lima Marques fala em "lei de função social". (MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 53). No mesmo sentido afirma Fátima Nancy Andrighi que: "O CDC não é somente um conjunto de artigos que protegem o consumidor a qualquer custo: antes de tudo, ele é instrumento legal que pretende harmonizar as relações entre fornecedores e consumidores, sempre com base nos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual." (ANDRIGUI, Fátima Nancy. O Código de Defesa do Consumidor 20 anos depois: uma perspectiva da Justiça. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 31, v. 114, pp.74-80. dez., 2011. p. 75.).

[99] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49.

sua definição e fixação de objetivos; a forma pela qual se manifesta (princípio de natureza constitucional, código de ordem pública), assim como a estrutura esboçada pelo CDC para a disciplina da defesa do consumidor, na sequência ater-se-á à descrição da relação de consumo e seus elementos objetivos e subjetivos, assim como dos princípios e normas gerais de defesa do consumidor que se prestam a guiar todo o sistema de sua proteção na ordem jurídica.

1.5 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Como se viu no item anterior, importante agora definir o que seja a *relação de consumo*, nos termos em que pode ser compreendida à luz da ordem jurídica posta, assim como definir seus elementos subjetivos e objetivos.

Tome-se para tanto como referência a definição de relação de consumo entoada por Newton de Lucca como sendo "[...] *aquela que se estabelece necessariamente entre fornecedores e consumidores, tendo por objeto a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo."*

Assim tem-se como *elementos subjetivos*, ou seja, os sujeitos da relação jurídica, o fornecedor e o consumidor, sobre quem incidem as normas de proteção; bem como, tem-se como *elementos objetivos* desta relação, que ela se dê no âmbito da aquisição de um *produto* ou de um *serviço* pelo consumidor junto a um fornecedor no *mercado de consumo*.

E assim deve ser referenciado o início do estudo da tutela do consumidor, eis que a situação jurídica de *consumidor* e *fornecedor* tem caráter relacional, ou seja, "[...] a identificação de um deles na relação jurídica, somente se verifica a partir da presença do outro na mesma relação."[100]

Sobre o mercado tratar-se-á na seção 2 desta tese, contudo, as definições jurídicas de fornecedor, consumidor, produto e serviço seguem nas subseções a seguir:

1.5.1 Do consumidor

[100] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 181.

A figura jurídica do *consumidor* é definida no art. 2º. do CDC, como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O CDC adota para a definição deste sujeito de direitos a concepção *econômica*[101] de consumidor, desprezando outras que eventualmente existam em outras searas do conhecimento de modo a que esta servisse para a definição jurídica do consumidor.

Sob esta perspectiva, segundo José Geraldo Brito Filomeno, identifica-se o consumidor como sendo "[...] o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final [...]", ou seja, "[...] quem age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial."[102]

Ou seja, só pode ser consumidor a pessoa física ou jurídica que ponha fim no ciclo produtivo, ou seja, que seja ele (o consumidor) o destinatário final de um produto ou de um serviço oferecido no mercado por um fornecedor.

E justamente este conceito, o de *destinatário final* do produto ou do serviço é que gera controvérsia na doutrina, sendo esta concentrada em duas correntes: a dos *finalistas* e a dos *maximalistas*.

Os primeiros, ou seja, os finalistas, entendem ser *destinatário final* do produto ou do serviço compreende "[...] não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu."[103]

Ou seja, segundo os finalistas só é consumidor aquele que adquire um bem ou um serviço sem fim profissional ou comercial.

Já os *maximalistas*, encaram a relação de consumo sob uma perspectiva *objetiva*, ao contrário dos finalistas, para quem há no ato de consumo um color subjetivo.

Para estes o que interessa não é o fim buscado pelo consumidor no ato de consumo para se entender o significado de *destinatário final*, mas sim, o consumo em si como elo final da cadeia produtiva.

---

[101] FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 26.
[102] Ibid., p. 26.
[103] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 85.

Para os maximalistas, destinatário final do produto ou do serviço equipar-se-ia ao "*destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome [...]"[104], desprezando-se a condição por vezes subjetiva daquele que tem condições de medir os riscos do negócio daquele que não tem, sendo pois irrelevantes os propósitos que embasariam o ato de consumo.

Contudo, o posicionamento prevalecente, no sentido de compreender o significado de *destinatário final*, de modo a definir-se com clareza: *consumidor* é o *finalista*.

A partir da contribuição do Superior Tribunal de Justiça[105], assim como da doutrina, tem-se que a teoria maximalista foi afastada como meio de compreensão do conceito de consumidor, a partir de um pressuposto essencial que deve estar presente na pessoa física ou jurídica adquirente de produto ou serviço, no caso, a sua *vulnerabilidade*, encarada aí em suas várias facetas.

A vulnerabilidade é o elemento fundamental para a caracterização do consumidor para fins de aplicar-lhe a tutela especial a que faz jus.

Segundo Claudia Lima Marques:

> Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.[106]

Sua caracterização derivaria da compreensão conjunta das normas do art. 2º. Conjugadas com as do art. 4º., I do CDC, que proclama o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, ou seja, pauta-se a proteção ao consumidor em relação ao fornecedor na vulnerabilidade, pois, ambos, consumidor e fornecedor, não tem o mesmo poder e conhecimento, logo desiguais, razão esta que justifica a proteção especial determinada pela ordem jurídica.

É o que se denomina *subordinação* decorrente do fato de que os consumidores não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes, ou seja, o consumidor submete-se via de regra às condições econômicas,

---

[104] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 85.

[105] Sobre a contribuição do STJ na formação e consolidação do conceito de consumidor, ver: MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Definição jurídica de consumidor: evolução da jurisprudência do STJ. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 26, v. 89, pp.107-113. dez., 2006. No mesmo sentido: ANDRIGUI, Fátima Nancy. O Código de Defesa do Consumidor 20 anos depois: uma perspectiva da Justiça. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 31, v. 114, pp.74-80. dez., 2011.

[106] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** Op. cit. p. 87.

técnicas e informacionais ditadas pelo fornecedor, no caso, os empresários titulares dos meios de produção.[107]

Assim tem-se que a vulnerabilidade do consumidor tem várias causas. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, referida condição advém de fatores de ordem: *i) socioeconômicas*, ou seja, o consumidor, geralmente não goza da mesma condição social e/ou econômica que o fornecedor (vulnerabilidade socioeconômica); *ii) técnicas*, por razões de acesso e controle da informação sobre a pertinência ou não das informações passadas pelo fornecedor (vulnerabilidade técnica), ou ainda; *iii) jurídicas ou negociais*, o consumidor não tem condições de compreender os contornos jurídicos e as repercussões econômicas do negócio a ser entabulado com o fornecedor (vulnerabilidade técnica ou jurídica).[108]

A circunstância é facilmente aferível no trato do consumidor pessoa física, porém, no caso das pessoas jurídicas, especialmente das sociedades empresárias, suscita discussões, cuja síntese, espelha-se no entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos.

Nestes casos, o STJ a aquisição de produtos ou serviços, sempre que feita para implementar ou incrementar a atividade econômica desenvolvida pela sociedade empresária não se reputa relação de consumo, pois o que houve não foi consumo final, mas sim consumo intermediário, ou seja, o produto ou serviço foi consumido com fito profissional.[109]

Sergio Pinheiro Marçal, escudado na jurisprudência do STJ, faz ainda menção a que nas decisões reconhece-se que em alguns casos, como o dos profissionais liberais, das pequenas empresas, ou ainda dos profissionais autônomos (costureiras, doceiras, etc.), apesar do uso profissional de produtos ou serviços, distingui-se nestes casos, alguma expressão da ideia de vulnerabilidade.[110]

A partir destas circunstâncias conjugadas com o entendimento que vem sendo firmado pela jurisprudência assenta-se a definição finalista de consumidor, aplicando-a, tanto para a pessoa física (por presunção) como para a pessoa jurídica (a depender do caso concreto, verificando-se ou não a hipótese da vulnerabilidade), ao que se pode denominar de teoria

---

[107] COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, v. 15-16, pp.89-105. 1974. p. 90.

[108] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 207.

[109] Neste sentido: BRASIL. STJ. **REsp 541.867/BA.** *Apud*, MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Definição jurídica de consumidor: evolução da jurisprudência do STJ. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 26, v. 89, pp.107-113. dez., 2006. p. 111.

[110] Ibid., p. 112.

mista, ou na expressão de Claudia Lima Marques, *finalismo aprofundado*, concentrada na noção de consumidor final imediato e de vulnerabilidade[111].

Segundo a autora, referida linha de pensamento (o finalismo aprofundado) presta-se à solução de questões que envolvam empresas pequenas que utilizam insumos para a sua produção, em circunstâncias em que esteja: *i)* fora de sua área de expertise, ou *ii)* dando ao produto ou serviço adquirido utilização mista; o que associado à prova da vulnerabilidade, transforma-o no adquirente final do produto ou serviço, logo, equiparando-o ao consumidor.

Nesta condição estariam por exemplo: uma pousada, em relação ao gás que compra para uso nela (negociar com gás, não é o expertise de um empresário do ramo de hotelaria); ou ainda, de uma padaria ou de uma mercearia de secos e molhados, que compram um carro para utilizá-lo na entrega de seus produtos, e este apresenta diversos vícios de produção (utilização mista, ou seja, o veículo presta-se à certa conveniência em favor dos negócios, bem como, seu uso esgotará na figura do empresário, visto não ser esta sua atividade principal – entrega dos produtos que produz.).

Visto isto, importante anotar que o CDC não adota uma única configuração de consumidor, mas sim, várias, ou seja, em mais de um artigo, disciplina o conceito de fornecedor, levando-se em conta uma série de situações.

A primeira é aquela relacional derivada da relação de consumo, nos termos do *caput* do art. 2º. do CDC, de onde se extrai a definição de *consumidor em sentido estrito*, contudo, a outras definições, expostas em outros dispositivos do texto do CDC, a saber: o parágrafo único do art. 2º.; o art. 17, e; o art. 29, objetivando tanto sua tutela no plano individual como no plano coletivo, criando a figura do consumidor por *equiparação*.[112]

A primeira delas é a constante do parágrafo único do art. 2º. do CDC, onde resta expresso que equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno:

> [...] o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º. do Código do Consumidor é a *universalidade, conjunto* de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo *grupo, classe ou categoria deles*, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se *previna*, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim , abstratamente as referidas universalidades e

[111] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.
[112] Ibid., p. 85.

> categorias de *potenciais* consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis [...][113]

Como visto, equiparam-se ao consumidor *no sentido estrito* tal qual definido no *caput* do art. 2º. do CDC, para os fins da tutela especial deferida pelas normas de defesa do consumidor, todos aqueles que eventualmente tenham intervindo nas relações de consumo, ainda que indetermináveis.

Nesta mesma condição estão as vítimas por acidente de consumo, nos termos do art. 17 do CDC, *in verbis*:

"Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento."

Assim nos casos de responsabilidade civil por fato do produto ou serviço (arts. 12 ao 16 do CDC) equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, nos termos do art. 2º. do CDC, venham a sofrer as consequências do evento danoso dado ao potencial de gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço.

Nestes termos, *v.g.*, num acidente de ônibus onde morra determinado passageiro, seus parentes (esposa, filhos, etc.) têm direito de exigir a indenização por danos morais e materiais sofridos, tendo em vista, serem consumidores por equiparação na condição de vítimas do evento na dicção do art. 17 do CDC.

Por fim, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais a que alude o CDC nos arts. 30 a 35 (sobre oferta), arts. 36 a 38 (publicidade), arts. 39 a 41 (sobre práticas abusivas), art. 42 (cobrança de dívida) e arts. 43 e 44 (bancos de dados e cadastros de consumidores), de forma que sempre que se notar no plano individual ou coletivo, ameaça de lesão ou lesão concreta aos interesses econômicos do consumidor decorrentes de tais práticas.

Com isso tutela-se de maneira efetiva o consumidor, eis que a relação de consumo não se circunscreve à realização do negócio entre consumidor e fornecedor, pelo contrário, a antecede com a oferta ostensiva, o marketing arrojado e práticas diversas que visam atingir o público-alvo, no caso, o consumidor, coletivamente considerado.

---

[113] FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 35.

Se assim o é na prática mercantil, o único modo de coibir abusos é estender a qualidade de consumidor a quem a ostente em caráter potencial, em razão da exposição também potencial à oferta dos produtos e serviços, definindo o CDC de forma ampla o sujeito de direitos *consumidor* de modo a permitir-lhe ampla proteção e tutela.

1.5.2 Do fornecedor, do produto e do serviço.

Como visto na explanação acerca do consumidor, sua condição jurídica depende de uma situação relacional, ou seja, só há *consumidor*, se este relacionar-se com um *fornecedor* à conta da oferta, aquisição ou exposição aos efeitos jurídicos de um produto ou serviço oferecido por este último no mercado.

Nesta circunstância o CDC define o que seja fornecedor em seu artigo 3º. descrevendo-o como sendo toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Verifica-se que o conceito legal de fornecedor abrange toda uma gama de formas de exercício de atividade econômica, não se limitando, portanto, ao conceito de *empresário*, assim definido no art. 966 do CC.

Assim, o conceito de consumidor abrange os conceitos de: empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI)[114] e de sociedade empresária (arts. 966, 980 – A e 982, todos do CC); os profissionais liberais; as sociedades simples, as sociedades em comum (arts. 986 a 990 do CC); as associações e fundações privadas que

[114] Como mencionado "EIRELI" é sigla para "Empresa Individual de Responsabilidade Limitada", sua disciplina jurídica consta do art. 980 – A do Código Civil – introduzido pela lei 12.441 de 11 de Julho de 2011, que também altera o art. 44 do Código Civil e o parágrafo único do art. 1.033 do mesmo códex, introduzindo no país a possibilidade do exercício individual da empresa com limitação de responsabilidade do empresário por obrigações contraídas nesta condição, eis que o exercício da empresa caberá à pessoa jurídica da EIRELI, inaugurando nova modalidade de organização para o exercício da atividade empresarial, paralela à da sociedade empresária e à do empresário individual. Em especial deste último se distingui a EIRELI em função da condição de pessoa jurídica a que foi alçada, de modo que, pelas dívidas da EIRELI enquanto pessoa jurídica, responde o seu patrimônio, ficando o patrimônio do empresário titular ou simplesmente TITULAR não afetado, via de regra, por estas obrigações **ao contrário do que ocorre com o empresário individual** e **semelhante ao que ocorre com o sócio de uma sociedade de responsabilidade limitada.**

exerçam atividades econômicas e o próprio Estado, quando por meio direto ou através de autarquias ou fundações de direito público, preste serviços à comunidade.

Interessante, contudo, para os fins desta tese, ou seja, analisar a defesa do consumidor na falência, circunscrever a análise na figura do fornecedor empresário.

Contudo, dois destaques merecem ser feitos.

O primeiro é pertinente às associações e fundações sem fins lucrativos que exercem atividades econômicas, com destaque para aquelas mantenedoras de hospitais e estabelecimentos de ensino.

Nestas hipóteses, outros dispositivos legais corroboram o conteúdo do texto do art. 3º. do CDC, no sentido da configuração destes sujeitos de direito como fornecedores na condição em que são ofertantes de produtos e serviços, a semelhança de qualquer outro agente econômico.

Nesta linha, o enquadramento das Instituições Privadas de Ensino, mantidas por fundações e associações particulares na condição de fornecedores, tem-se a Lei 9.870 de 1999, que disciplina a questão das mensalidades escolares e outras atinentes à prestação privada de ensino, refere-se genericamente aos prestadores deste serviço como *estabelecimentos de ensino*[115], sempre sob a ótica da remuneração pela prestação do serviço a um destinatário final, no caso o aluno, sem distinguir entre *estabelecimento de ensino* mantido por empresário ou não empresário.

O mesmo se diga no caso das associações e fundações privadas, mantenedoras de hospitais e que ofereçam ao mercado planos de assistência a saúde, nos termos da Lei 9.656/1998.

Esta realidade, qual seja, a do exercício de atividades econômicas por associações e fundações privadas, em especial aquelas dedicadas ao ensino e serviços médicos, restou evidenciada pelo IBGE, ao delinear o perfil destas entidades, ao constatar que:

> No que se refere às entidades de educação e saúde, faz-se mister ressaltar, na composição interna de cada grupo, o peso relativamente alto daquelas que

[115] *Cf.* arts. 1º., 2º. 6º. §2º. e outros da Lei 9.870 de 23 de novembro de 1999. José Geraldo de Brito Filomeno destaca que, via de regra, entidades associativas e condomínios, não se enquadram na condição de fornecedores em razão do fato de "[...] quem delibera sobre seus destinos são os próprios interessados, não se podendo dizer que eventuais *serviços prestados pelos seus empregados, funcionários ou diretores, síndico e demais dirigentes comunitários, sejam enquadráveis no rótulo 'fornecedores', conforme a nomenclatura do Código de Defesa do Consumidor.*" Por outro lado o citado autor faz a ressalva desta premissa, quando a associação estiver destinada "[...] especificamente, à prestação daqueles serviços, e não *à gestão da coisa comum*, suas atividades revestem-se da mesma natureza que caracterizam as *relações de consumo*." (Cf. FILOMENO, José Geraldo de Brito. Comentários aos arts. 1º. Ao 3º. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 6.ed.. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária.)

> atuam em áreas, tais como hospitais, educação fundamental e média, bem como o ensino superior. Especialmente com relação a estas atividades há dificuldades em se delimitar as fronteiras com a lógica empresarial. Ainda que cadastradas como sem fins de lucro e beneficiando-se de imunidades legais (concedidas, por exemplo, por meio dos certificados de Utilidade Pública ou de Entidade Beneficente de Assistência Social), parte das entidades – sobretudo escolas, universidades e hospitais – atuam de forma semelhante a empresas privadas: cobram pela prestação de seus serviços, geram excedentes e aumentam o patrimônio dos mantenedores. Destaque-se que não se pode avaliar com precisão a magnitude deste fenômeno, exatamente pela existência de uma legislação antiga e complexa que direciona essas entidades para o formato de "sem fins lucrativos", seja ele associativo ou fundacional. [116]

Nesta mesma linha caminha a Jurisprudência das cortes brasileiras sintetizadas neste julgado do Superior Tribunal de Justiça, que diz:

> Ação civil pública. Aumento de mensalidade escolar. Ministério Público. Legitimidade. Defesa de interesses coletivos.
> Ementa Oficial
> Processual civil. Ação civil pública.
> Aumento de mensalidade escolar. Ministério Público. Legitimidade.
> I - Pacífica na jurisprudência desta Corte a orientação de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses coletivos, visando a coibir aumento abusivo de mensalidade escolar (art. 81, II, da CDC).
> II - Precedente da Corte Especial: EREsp 65.836/MG, Relator Ministro Paulo Costa Leite, DJ de 22.11.99.
> III - Recurso não conhecido. [117]

Neste julgado também se reconhece a legitimidade do Ministério Público para agir na defesa de interesses individuais homogêneos (art. 82, III do CDC), ante a sua relevância social, como é o caso dos alunos de uma instituição de ensino.

Contudo, tal qual os profissionais liberais, estão esses sujeitos fora do conceito de empresário, logo, não sujeitos ao regime da falência, nos termos da Lei 11.101/2005, mas sim, da insolvência civil tal qual resta ela disciplinada no CPC.

De outra ponta, merece destaque a questão da *massa falida*, vez que na definição legal de *fornecedor* delineada no art. 3º. do CDC, encontra-se a figura do "ente despersonalizado", no qual se incluí a massa falida.

---

[116] BRASIL. IBGE. **Perfil das fundações privadas e associações sem fins lucrativos em 2002.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/comentario.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2008.
[117] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 97.181/MT - DJU - 19/2/200. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência.** Ribeirão Preto – SP, ano 1, n. 16, p. 77, abr. 2001. p. 77.

Ente despersonalizado, tal qual sinteticamente define Fábio Ulhoa Coelho, é organização de bens que só possui autorizações específicas para a prática de certos atos jurídicos expressamente liberadas pelo direito.[118]

No caso da massa falida, interessante considerar que decretada a quebra do empresário, na sentença pode o juiz determinar a continuidade do negócio do empresário falido, caso em que, se este exerce atividade voltada para o mercado de consumo (possui autorização específica para tanto), continua ele na condição de fornecedor de produtos ou serviços, na dicção legal proposta pelo art. 3º do CDC.

Há também a figura do fornecedor equiparado, ou seja, no caso da formação das chamadas cadeias de consumo, onde o fornecimento do produto ou do serviço envolve uma conjugação de fornecedores para abranger um número maior de consumidores, tal qual a exemplo, das agências de viagens, que agenciam passagens aéreas de empresas de aviação, hospedagens em hotéis, passeios, etc, e vendem tudo como se fosse um produto único, denominado "pacote de turismo".

Nessas hipóteses ocorre a solidariedade de todos, nos termos do parágrafo único do art. 7º. e outras disposições específicas do CDC, nos casos de defeitos ou vícios no fornecimento dos produtos ou serviços.[119]

No mesmo artigo 3º. , o CDC define o que seja *produto* e o que seja *serviço*, ou seja, a relação de consumo envolve a aquisição pelo *consumidor* de um produto ou serviço oferecido pelo *fornecedor*.

O §1º do art. 3º. define *produto* como sendo qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, e; no §2º. define o que seja serviço, descrevendo-o como sendo qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relação de trabalho.

Aqui também, para os fins objetivados nesta tese, os comentários sobre a configuração de produtos e serviços, será limitada, eis que, parte do há na doutrina, questiona, em especial, no que tange aos serviços duas questões básicas: i) a profissionalidade do prestador, e; ii) a questão relativa à remuneração pelos mesmos.

No caso da *profissionalidade*, interessante frisar que o fornecedor de serviços que for *profissional autônomo* (trabalhador autônomo, não subordinado), bem como o *profissional*

---

[118] COELHO, Fabio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: Dissertação de Mestrado, 1985. p. 35.

[119] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 103.

intelectual, nos termos descritos no parágrafo único do art. 966 do Código Civil, apesar de ser fornecedor, não é empresário, logo, não submete-se à falência.

Quanto à questão da *remuneração*, certo é que muitos serviços oferecidos sem remuneração pelo fornecedor ao consumidor, na verdade prestam-se a atraí-lo, fidelizá-lo, cativá-lo, logo, permitem uma futura remuneração do fornecedor não mais de forma direta, mas indireta, permitindo assim a concretização da relação de consumo e todos os seus consequentes jurídicos.[120]

Vista a relação de consumo, mister agora, falar de forma breve dos direitos essenciais do consumidor, em especial aqueles que por força da falência do empresário possam vir a ser mitigados, de modo a possibilitar a compreensão do que aqui se pretende estudar.

1.6 DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

A luz do que já se mencionou ao longo desta tese, a estrutura do CDC, permite que nele se visualize uma parte geral dotada de definições essenciais, princípios e direitos básicos a informar todo o sistema de tutela do consumidor no mercado.

Diante disto, neste específico tópico desta tese abordar-se-á a questão destes princípios e direitos básicos naquilo que for essencial a esta tese.

Primeiro fale-se dos princípios, insertos no art. 4º. do CDC, especialmente com destaques para os seus incisos I e II.

No inciso I do art. 4º fica reconhecido como *princípio jurídico do direito do consumidor* a vulnerabilidade do consumidor, que visa guiar a aplicação das normas protetivas concebidas pelo CDC ou por outras legislações que tratem da questão do consumidor.

Daí derivam a *ratio legis, v.g.* do diferenciado sistema de proteção contra acidentes de consumo ou ainda derivadas do fato do vício no produto ou serviço (arts. 8º. ao 25 do CDC).

De outra ponta, a *vulnerabilidade do consumidor*, estende-se ao fato da proteção do seu crédito, em casos de insolvência, tal qual será analisado nesta tese.

---

[120] Sobre o tema: Cf. MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101.

Ainda no que pertine aos princípios do CDC tem-se a regra do inciso do II do art. 4º. do CDC que impõe a *defesa do consumidor pelo Estado*, exigindo do mesmo ação no sentido da defesa dos seus interesses.

Quando se fala em *Estado*, fala-se num sentido amplo a compreender todos os *poderes constituídos,* assim como pode significar a administração pública, especialmente aos órgãos responsáveis pela regulação de certas atividades econômicas, tais como a bancária, securitária, de assistência privada à saúde, entre outras, que por possuírem atribuições de intervenção em caso de insolvência destes fornecedores, devem agir na busca sempre da defesa dos interesses do consumidor.

Destacados estes princípios passa-se agora à analise dos chamados direitos básicos do consumidor, descritos no art. 6º. do CDC, destacando-se aqui aqueles dos incisos I, VI, VII e VIII.

No inciso I do art. 6º. do CDC está destacado o direito que tem o consumidor de ter sua vida, saúde e segurança assegurados pelo fornecedor, mormente, segundo Claudia Lima Marques,"[...] tendo em vista que nossa sociedade é uma sociedade de riscos, muitos produtos, muitos serviços e mesmo práticas comerciais são efetivamente perigosos e danosos para os consumidores."[121]

A qualidade dos produtos ou serviços deve ser sinônimo de segurança e adequação destes ao seu uso esperado pela sociedade de consumo, de modo que os danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais que do descumprimento deste preceito advenham para o consumidor no sentido estrito, ou equiparado, por força de violação de disposição contratual ou extracontratual, tem do fornecedor o dever de indenizar.

Referido dever vem estampado no art. 6º. VI do CDC, completando o dever insculpido no inciso I, ao assegurar *ampla prevenção e repressão aos danos morais e materiais* causados ao consumidor pelo fato do produto ou serviço, daí derivando normas na parte especial do CDC, tais como, aquelas que preveem a imputação da responsabilidade solidária por tais indenizações a todos aqueles fornecedores que participem da cadeia de fornecimento.

Outra regra importante da parte especial do CDC a ser destacada como instrumento de viabilização dos direitos básicos assegurados no inciso VI do art. 6º. é a *desconsideração da personalidade jurídica*, prevista no art. 28 do CDC, especialmente quando a reparação dos danos é obstada pelo fato da falência do fornecedor.

---

[121] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101.

Por fim, os incisos VII e VIII do art. 6º. tratam do *amplo acesso à justiça pelo consumidor* e a *obrigação da facilitação de sua defesa*, que complementam o disposto acima e irradiam seus preceitos sobre as normas da parte processual que se estende ao longo dos arts. 81 a 104 do CDC, e mais alguns dispositivos que alteram a lei da ação civil pública (Lei 7.347/85), que disciplinam justamente a operacionalização da tutela individual e/ou coletiva dos consumidores em juízo.

Pertinentes aqui algumas observações iniciais sobre a contextualização destas normas com as presentes nos procedimentos concursais.

Primeiro quando se fala em "*amplo acesso à justiça pelo consumidor"*, este significa tanto o Judiciário, como a Administração, em especial, nesta última, os órgãos reguladores de certas e determinadas atividades econômicas, *v.g*. Banco Central; SUSEP, ANS e outros, cuja competência abrange processamento de procedimentos concursais administrativos.

O mesmo se diga do acesso ao processo falimentar, hoje compreendido apenas sob uma perspectiva individual e não coletiva.

Outra observação pertinente é a de que num *procedimento concursal* não se pode esperar a plena satisfação dos interesses dos credores nele envolvidos, em especial o consumidor, tendo em vista a inerência do risco, mas, no mínimo, que todo o conjunto de instrumentos materiais concebidos para a defesa de seus interesses pelo ordenamento jurídico não se perca no vão de um processo de falência ou de recuperação judicial sob pena de inviabilizar a plenitude da tutela do consumidor.

Na sequência abordar-se-á o mercado e suas normas, de modo a permitir a necessária confluência entre os direitos do consumidor e a falência.

2. O MERCADO, O CRÉDITO E A DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 O MERCADO E O DIREITO

Uma vez que a proposta do presente trabalho é estudar a defesa do consumidor no contexto da regulação dos procedimentos concursais, imperioso situar o Direito do Consumidor e suas regras, assim como as normas de Direito Concursal, dentro de uma perspectiva mais ampla, sob a qual um e outro sistema normativo, tem na verdade um substrato comum, qual seja, a de regularem deferentes aspectos das relações econômicas, que por circunstâncias de fato podem exigir o entrelaçamento de suas normas, cujo conflito ou lacuna superar-se-á, quando possível, pela aplicação dos princípios gerais de direito, especialmente, aqueles que tisnam a seara das relações econômicas e sirvam para a defesa das partes mais frágeis, a exemplo do que ocorre na situação do consumidor.

Relevante, num primeiro momento, identificar que tanto as normas de *direito concursal* como as de *direito do consumidor* compõem parte da ordem jurídico-econômica e subsumem-se muitas vezes aos mesmos princípios gerais que a orienta, assim como servem ao mesmo tempo para reger o conjunto das relações jurídicas estabelecidas naquilo que é compreendido como *mercado*.

Segundo parte da doutrina, *mercado* é um conceito largamente utilizado, porém, sob a ótica jurídica nunca mereceu análises mais aprofundadas, senão aquela circunscrita à sua consideração "[...] como lugar de destinação da produção, prestando-se assim a qualificar o suporte fático da empresa."[122], o que findou recentemente, quando, em diversas obras é possível se ver uma preocupação maior da doutrina em defini-lo[123], assim como entender a fonte das diversas disciplinas jurídicas incidentes sobre as várias relações possíveis de se desenvolverem através do que se conceitua de *mercado*.

---

[122] BUONOCORE, Vincenzo. Apud, FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 188.

[123] Nesta linha além da obra anteriormente citada de Paula Forgioni, que em seu texto faz referência a uma série de autores nacionais e internacionais que tratam da disciplina jurídica do mercado, destaca-se entre outros: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003; SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

> Mercado é palavra polissêmica 'em que, ao mesmo tempo, tudo cabe e nada se contém'. Empregada para se referir desde o local onde a dona-de-casa faz suas compras semanalmente até a forma ótima de alocação de recursos em determinada sociedade, assume diante dos nossos olhos o papel de solução para todos os males ('deixemos por conta do mercado!') e de grande responsável pelas mazelas humanas ('é culpa do mercado').
> [...]
> Suas forças presidem o encontro dos feirantes na praça central da pequena cidade do interior e dos produtores mundiais de riqueza. Designa ao mesmo tempo, cada um e todos os setores da economia. É patrimônio nacional e padrão de atuação dos empresários ou novos mercadores, repositório das regras e dos princípios que pautam o comportamento dos agentes econômicos.[124]

Segundo Paula Forgioni a confusão terminológica derivada da tentativa de situá-lo como eixo do direito comercial, faz com que só se possa encará-lo com precisão se compreendido ele como um *fenômeno poliédrico* tal qual fez Asquini para tentar compreender a *empresa*, ou seja, o *mercado*, da mesma maneira que a *empresa*, seria uno em sua existência, não podendo ser compreendido "[...] senão quando encarado por uma de suas faces, todas *interdependentes entre si*; é impossível que uma delas falte ao mercado, tal como não é possível que um cubo tenha, apenas, cinco faces."[125]

Referidas *faces* ou *perfis* seriam: o econômico; o político; o social e o jurídico.

O *perfil* ou *dimensão econômica* do mercado seria o *locus* onde se dão as trocas entre os comerciantes ou as vendas aos adquirentes finais (consumidores), seria o mercado encarado como sinônimo de *arena de trocas*[126].

Seriam as feiras, praças de comércio, bolsas de valores, etc, contudo, tal perspectiva não se atinha apenas ao aspecto do "local", mas também abrangendo o conjunto de agentes que operam em determinado setor econômico, participando do processo de trocas, compondo o que a doutrina designa como *locus artificialis*.

A respeito pertinente é a lição de Paula Forgioni:

> Nosso Código Comercial, em seus arts. 32 e 33, empregava o termo 'praça' em um dos sentidos que hoje atribuímos ao mercado, desprendendo-a do mero *locus* e passando a utilizá-la para designar o conjunto dos agentes que operam em determinado setor econômico (*locus artificialis)*:
> 'Art. 32. Praça do comércio é não só o local, mas também a reunião dos comerciantes, capitães e mestres de navios, corretores e mais pessoas empregadas no comércio'.

---

[124] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 189.
[125] Ibid., p. 190.
[126] Ibid., p. 190.

> ‘Art. 33. O resultado das negociações que se operarem na praça determinará o curso do câmbio e o preço corrente das mercadorias[...]’[127]

Assim, não só o lugar físico ou geográfico, como também a demanda por determinados bens e serviços auxilia na definição econômica de mercado, corroborando a formação deste chamado *locus artificialis*, a partir da interação entre os agentes econômicos em função das *trocas econômicas*, estas últimas podendo ser definidas como:

> [...] aquisição de direito ou de posição jurídica anteriormente pertencente ou ocupada por outrem, tendo como contrapartida algum bem de titularidade do adquirente daquela posição. Troca econômica é contrato, acordo em que as partes ajustam a permuta de um bem por outro.[128]

A origem da ideia de definição de mercado como “arena de trocas”, ou lugar específico ou ideal, remonta às feiras medievais, eis que como ensina Raquel Sztajn:

> Tomá-las como referência histórica significa atrelar mercados a alguns fatos: (a) a multiplicidade de pessoas nos dois polos da relação negocial – permuta ou compra e venda; (b) interesse dos participantes na possibilidade de escolher produtos oferecidos por diferentes artesãos, alguns de outras regiões; (c) fungibilidade dos bens, ao menos parcial, isto é, uso equivalente dos bens independente da origem.[129]

Assim, considerando-se que os fatos acima, nos dias de hoje, pouco diferem do que outrora foram, logo, percebe-se que do ponto de vista econômico *mercado* significa uma cadeia de relações de trocas econômicas de bens e serviços, realizadas por diversos agentes, em algum lugar num determinado momento[130], o que permite compreendê-lo nesta dimensão (a dimensão econômica), como o conjunto das relações existentes entre os agentes que nele atuam, bem como o produto desta interação[131].

Referido perfil indica que o mesmo é realidade geradora de relações intersubjetivas, isto é, entre sujeitos dispostos a oferecer bens e serviços em escala que permita atender à demanda e viabilizar a opção para escolha dos mesmos, no caso os empresários, a quem se permite tal iniciativa, e; de outro lado, sujeitos dispostos a adquirir ou servir-se destes

---

[127] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 191.
[128] SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.
[129] Ibid., p. 24.
[130] Newton de Lucca define mercados como sendo: “[...] o conjunto das relações de trocas de bens e de serviços, praticados pelos diversos agentes econômicos, em determinado tempo e lugar.” (LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 163.)
[131] FORGIONI, Paula A. Op. cit.**,** p. 194.

produtos e serviços, no caso, outros empresários para a satisfação de sua demanda por insumos para posterior revenda com ou sem agregação de valor (consumo intermédio), ou ainda, os próprios consumidores, para quem a aquisição do produto ou do serviço prestar-se-á puramente a seu uso (consumo final).

Portanto, referida realidade, *a realidade do mercado*, demanda intervenção jurídica a regular o modo e os limites pelos quais estas interações se efetivarão.

Isto posto, pode-se compreender o mercado também como uma das formas de alocação de recursos na sociedade, de modo que seu funcionamento permite a distribuição de bens entre os indivíduos[132].

Referida *função distributiva* parte de uma pressuposta *propriedade* da riqueza, conformada pela ordem jurídica, que ao atribuir *liberdade* aos sujeitos permite que os mesmos se disponham a oferecer bens e serviços, que atendam às necessidades de outros no meio social, circulação esta baseada na *força concorrencial*, por meio de *negócios jurídicos* através dos quais as partes possam dispor dos termos das trocas econômicas.

Por não ser o único a cumprir com esta função (função distributiva), e por, ao cumprir, o mercado ter limitações impostas por forças que lhes são estranhas (exógenas), especialmente o Estado, Paula Forgioni, ressalta que o mercado possui uma dimensão política, ou, um *perfil político*, segundo o qual:

> [...] a dimensão política do mercado emerge da consideração do papel da competição (ou do modelo de competição) exercerá como fator de alocação de recursos na sociedade, e sua compreensão é indispensável para situar a função reservada ao direito. 'Longe de serem 'naturais', os mercados são políticos.[133]

Ou seja, encarando o mercado sob sua perspectiva política tem-se a medida do direito a ele aplicado, especialmente sobre o fator da concorrência.

Para alguns, conhecidos como liberais ou neoliberais, o mercado "[...] é a arena na qual os agentes não apenas *trocam*, mas *competem livremente por oportunidades de troca*."

---

[132] A outra força alocadora seria o *direito*, que através de suas normas pode das mais variadas maneiras interferir no processo de distribuição da riqueza. Tal ocorre quando o Estado implementa políticas públicas que fomentam em algumas situações e lugares a atividade produtiva, onde e quando a iniciativa privada outrora desdenhou, ou ainda, quando o Estado resolve viabilizar a certo e determinado setor da economia condições de manter/superar a força concorrencial "natural", por meio de medidas de proteção a este setor da economia. Neste sentido: FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 196-197.

[133] Ibid., p. 199.

O elemento essencial na alocação dos recursos é a *força concorrencial*, reconhecida como organizadora do modelo de alocação de recursos em sociedade, sob a égide da liberdade econômica.

Seria a concorrência o *norte das relações econômicas*, sendo ela a única capaz de impulsionar a diminuição dos preços e o aumento da qualidade dos bens e dos serviços oferecidos no mercado, controlando de outro lado a renda daqueles que produzem e prestam serviços.

Seria o que se pode denominar *mercado de concorrência perfeita*, que como ensina Raquel Sztajn:

> Concorrer significa disputar a preferência de consumidores quanto à oferta de bens corpóreos e incorpóreos, os serviços (entre os quais os financeiros e a diversão pública). A denominada lei da oferta e da demanda cria ou desenha mercados. Dado que os primeiros estudos a respeito dessa instituição social, estrutura ou superestrutura, foram feitos por economistas da denominada escola clássica, em que estudos empíricos avaliavam as sociedades pré-industrializadas, não estranha que o modelo de mercado fosse o da concorrência perfeita, nem que se repita Adam Smith no que concerne ao egoísmo do padeiro que só produz pão porque há demanda por esse alimento. [ ]. O modelo de mercado de concorrência perfeita descreve estrutura em que: a) há muitos participantes (empresas e adquirentes) de forma que nenhum deles, isoladamente, pode alterar a oferta ou a demanda do bem; b) os bens são homogêneos, isto é, fungíveis; suas características não mudam conforme o produtor; não há barreiras à entrada ou à saída de qualquer participante; a informação é perfeita e todos os agentes têm igual informação; a receita marginal é igual ao custo marginal do que resulta a maximização do lucro.[134]

Daí deriva a ideia de autorregulação do mercado ou da famosa "mão invisível" deste, assim como a conhecida premissa do consumidor como senhor último e absoluto desta arena.

Para os liberais, *mercado* corresponde a *economia de mercado*, ou seja, "[...] um sistema econômico controlado, regulado e dirigido apenas por mercados; a ordem na produção é confiada a esse mecanismo auto-regulável."[135]

O direito, pois, teria um papel marginal de assegurador desta estrutura de competição, a bem de ideais de segurança e previsibilidade, e porque não dizer do próprio consumidor, de modo a interferir o mínimo possível neste processo de alocação, sob que desculpa for,

---

[134] SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

[135] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 200.

circunscrevendo-se a repreender aqueles atos que atentem contra o interesse público e do Estado, mas sempre tendo em conta a necessidade de preservação da eficiência econômica.

Acerca desta dimensão autossuficiente e autorregulável, quase "natural" que o mercado seria capaz de fazer surgir, cuja convicção compõe o amálgama do pensamento liberal, especialmente sua versão atual ou neoliberal, diz o professor de Harvard, Michael J. Sandel afirma que a *economia de mercado* transformou-se numa *sociedade de mercado*, ou seja, segundo suas palavras:

> O capitalismo ficou menos racional. A ideia do mercado como primeiro instrumento para atingir o bem público aumentou. Intensificou-se a força dos mercados além-fronteira. E não falo apenas da fronteira político geográfica, mas da vida, das barreiras da sociedade. É preciso dar um passo atrás e perguntar: onde os mercados servem ao público e em quais aspectos de nossa vida eles estão fora do lugar? [136]

E continua o mencionado professor:

> Tínhamos uma economia de mercado, uma válida ferramenta, em minha opinião, para se organizar as atividades profissionais e crescer economicamente as nações, mas uma sociedade de mercado é diferente, é um lugar em que tudo está a venda. É um modo de vida, em que os valores de mercado dominam cada vez mais os aspectos da vida dos cidadãos. É isso que me preocupa. É hora de repensar o papel do mercado na sociedade capitalista contemporânea.[137]

A síntese do pensamento liberal contemporâneo (neoliberal) é fulcrado no dogma da eficiência dos mercados, cujo modo de raciocínio é tautológico, expresso por um discurso em segundo o qual *"mercados são eficientes porque são mercados"!*[138]

---

[136] SANDEL, Michael J. Sociedade de mercado: tudo está a venda, critica o aclamado professor de Harvard, até as democracias contemporâneas. **Carta Capital**, São Paulo/SP, n. 717, ano 18, pp. 100-103, 3, out. 2012. Entrevista concedida a: Eduardo Graça. p. 103.

[137] Ibid., p. 103. No mesmo sentido: sobre globalização, direitos e mercados, diz Natalino Irti que: "[Globalização] Onde não existe mais a pluralidade de territórios, mas somente um único espaço; onde se exauriu a antiga coextensão entre política, direito e economia, já que esta última tem alcance planetário, enquanto os outros elementos permanecem fechados nas velhas fronteiras. A desfronteirização, na qual domina a nova aliança entre economia e técnica, rejeitaria não somente os singulares direitos estatais, mas toda espécie de prescrição heterônoma. Ela produziria por si mesma, seu próprio direito." (Cf. IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 145, pp.44-49. jan./mar., 2007. Tradução: Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade. p. 47.)

[138] Acresça-se ao discurso neoliberal o apelo constante à matemática, na construção de teses como a das "finanças teóricas" ou ainda, na moderna configuração dos chamados "derivativos de créditos", tudo propugnando a crença em previsões, cuja certeza variaria para mais ou para menos, conforme a menor ou maior ingerência do Estado, entendendo-se qualquer intervenção deste como fator de ineficiência. Neste sentido ver: WARDE, Ibrahim. A fábrica de consensos: de onde vêm os derivativos?. **Le Monde Diplomatique Brasil,** São Paulo/SP, n.8, ano 1, Nov. 2011. Edição Especial. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/edicoes_especiais_det.php?id=8>. Acessado em: 13/02/2012.

Tal eficiência depende em síntese do comportamento dos agentes, em sua maioria racionais e voltados à satisfação individual, de modo a que toda e qualquer intervenção exógena, dentre as quais destaca-se a do Estado, é considerada fator de ineficiência, razão pela qual, a política, base da estrutura estatal, em tese, confrontaria com a eficiência "matemática", das relações econômicas.

Sobre esta perspectiva afirma Gilberto Bercovici diz que:

> Há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de governance, cujos protagonistas são organismos nacionais e internacionais 'neutros' [...] e representantes de interesses econômicos e financeiros. A estrutura de governance, portanto, é formada por atores técnico-burocráticos sem responsabilidade política e fora do controle democrático, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político.[139]

Assim em contraponto ao posicionamento liberal, mas ainda dentro do sistema capitalista, há outros, por vezes denominados "intervencionistas", "estatizantes", "populistas" e outras expressões assemelhadas, a quem cabe ao Estado, através do *direito*, ter um papel mais atuante neste processo, interferindo mais na chamada *força concorrencial*.

São aqueles inspirados pelo chamado pensamento Keynesiano, fruto das ideias de Lord John Maynard Keynes, aristocrata e pensador inglês, a quem se atribui entre outras a concepção intelectual do que conhecemos como "Estado do Bem Estar", e da *economia de mercado regulada*, onde sinteticamente, o Estado seria capaz de criar as condições ideais de investimento, controlar o curso da economia e dar às famílias a proteção necessária diante de certas contingências sociais.[140]

Sobre a questão da atuação do Estado e conseguinte do direito por ele posto na disciplina das relações econômicas ou da chamada *força concorrencial*, Eros Roberto Grau afirma que:

> O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas a seu modo de atuar, inicialmente voltado à *constituição* e à *preservação* do modo de produção social capitalista, posteriormente à *substituição* e *compensação* do mercado.[141]

---

[139] BERCOVICI, Gilberto. Apud, FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 203.
[140] FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise.** São Paulo: Saraiva/Fundação Getúlio Vargas, 2012. (Direito em debate: direito, justiça e desenvolvimento). p. 17.
[141] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17.

Tal conclusão deriva de uma análise histórica pelo autor empreendida, segundo o qual o Estado, desde o momento em que assume a feição de Estado burguês dos tempos modernos, quando ocorre a ascensão da burguesia como classe dominante, econômica e politicamente, até o período do início do século XX, era um Estado dado a produzir o direito e a segurança[142], ou seja, um Estado encarregado de assegurar aos detentores do capital o "deixai fazer" do liberalismo clássico, que passa em sequência para um estado intervencionista na seara econômica.

Como conclui Eros Roberto Grau:

> [...]
> (i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhes são próprias;
> (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado;
> (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.[143]

Determinismos estes do mercado configurados pela busca incessante dos detentores dos meios de produção (empresários) pelo máximo lucro à custa da exploração da força de trabalho e dos recursos de produção, fatores que se exacerbados podem constituir a ruína do sistema capitalista e da sociedade onde ele vige, exigindo assim uma mudança de perspectiva na regulação das atividades econômicas, passando as regras jurídicas postas pelo Estado a prever maior intervenção do mesmo no contexto das relações econômicas.

Todos estes movimentos históricos, de outrora até o presente, quando, recentemente, assistimos à ascensão e queda do movimento neoliberal (início dos anos 90 até 2008), bem como do chamado "capitalismo de Estado"[144], e os reflexos que isto implica na ordem jurídica, decorrem de *escolhas políticas*, da adoção de *ideologias*, por mais que estas sejam negadas, daí porque *mercado* possui sim, uma *dimensão política*, que serve para dosar a atuação do direito sobre a força concorrencial que o caracteriza.

---

[142] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 29.
[143] Ibid., p. 30.
[144] Pode-se compreender como *capitalismo de Estado* a tentativa de fusão dos poderes oficiais com os poderes do capitalismo, cabendo aos Estados escolher vencedores e promover o crescimento econômico, por meio de companhias estatais que se infiltram no jogo de mercado através de instrumentos típicos da iniciativa privada como oferta pública de ações e expansão de suas atividades para além das fronteiras nacionais, através das oportunidades franqueadas pela globalização. (Cf. A MÃO visível. **The Economist**: licenciado para **Carta Capital**, São Paulo/SP, n. 684, ano 17, pp. 36-48, 15, fev. 2012. Reportagem especial sobre Capitalismo de Estado. p. 36.)

Desta forma a disciplina da força concorrencial no mercado, ou seja, da competição entre as empresas e dos limites à sua liberdade, vai sendo gradativamente composta de valores que em dados momentos históricos refletem a ideologia dominante, acabando que referidos valores, aos poucos, vão se incorporando à ordem jurídica de mercado, especialmente, quando resta reconhecido que o funcionamento livre e desregulado (ou pouco regulado) do mercado (ou da sua força concorrencial) levam à sua ruína.

É a chamada *dinâmica autofágica do mercado*[145], que impõe ao Estado e ao direito por ele posto a necessidade de preservar as instituições de mercado e os detentores delas de sua própria ânsia de acumulação de riquezas, estabelecendo normas não só de *constituição* dos institutos de mercado e das empresas como também de *preservação* das mesmas[146].

Ao mesmo tempo a história fez reconhecer a existência de *falhas* no sistema de mercado, que comprometem o seu próprio funcionamento e existência, impondo-se ao direito a tarefa de corrigi-las.

Segundo Paula Forgioni referidas falhas seriam: as *externalidades negativas*, ou seja, os efeitos prejudiciais na esfera de terceiros, como resultado de contratos estabelecidos entre duas partes a quem o negócio é vantajoso; a *concentração do poder econômico*, decorrente da eliminação dos concorrentes mais fracos pelos mais fortes até que se criem situações de monopólio ou oligopólio; os *bens públicos*, ou seja, o reconhecimento de que a propriedade exclusiva, muitas vezes é desestimulada se e quando o uso do bem tiver de ocorrer por parte da coletividade, e; *a assimetria de informações*, onde uma das partes na relação negocial detém o controle das informações necessárias a medir o risco do negócio a ser entabulado, informações esta cujo conhecimento não é acessível a outra parte, motivando ações oportunistas de uns em detrimento de outros[147].

A ocorrência destas falhas, a questão dos determinismos econômicos e o reflexo que isto tem no todo da sociedade, impõem a inserção do Estado através do direito no mercado.

---

[145] Segundo Eros Grau o direito posto serve à preservação do sistema capitalista, sendo fruto da transformação do mesmo, certo que direitos sociais e econômicos, impõem regulação ao mercado. Contra tal perspectiva investem os neoliberais, cuja ideologia pauta-se na aversão a qualquer forma de regulação interveniente, abrindo espaço para o descontrole da competição e consequentemente, gerando efeitos autodestrutíveis, daí o autor dizer ser o neoliberalismo autofágico, por investir contra o próprio sistema gerando a chamada *dinâmica autofágica* da competição desregulada no mercado, cujo fruto mais conhecido são as crises do capitalismo. (Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 57.)

[146] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18. No mesmo sentido: FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 224. SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

[147] Cf. FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 223 et. seq.

Referida inserção jurídica recai essencialmente sobre a figura do *empresário*, por ser este aquele agente econômico que resolve participar do mercado provendo-o de bens e serviços que a coletividade possa demandar ou simplesmente querer.

Assim *mercado* e *empresa* são parte de um todo maior chamado *sociedade*, que é composta de valores que necessariamente interferem no comportamento a ser aplicado às relações econômicas.

Logo se o desenvolvimento do todo social visa assegurar a todas as pessoas condições de dignidade, tal como consta no texto constitucional (art. 1º. ao 4º. da CF/88), e, na atualidade referido desenvolvimento, está intimamente ligado ao desenvolvimento econômico, o *mercado* possui um *perfil social*.

Como explica Paula Forgioni[148], se mercado é arena de trocas (perfil econômico), pautada pela competição entre seus agentes (perfil político), cuja dinâmica é capaz de gerar o desenvolvimento das pessoas, a circulação da riqueza e o atendimento de certas e determinadas necessidades da sociedade no que tange ao acesso a bens e produtos (externalidades positivas), contudo, é também capaz de dispersar sobre a sociedade o resultado de suas perdas, ou ainda, relegá-las somente ao todo social em detrimento do ganho exclusivo das empresas e seus dirigentes (externalidades negativas), tem-se a necessidade de que o mesmo tenha uma conformação jurídica, que deriva do seu *perfil social*.

Segundo a autora:

> *O perfil social do mercado reserva ao direito outra função, além da mera preservação do sistema de produção*: a ele toca também a *implementação de políticas públicas com o escopo de dar concreção aos objetivos sociais constitucionalmente fixados.*
> Se a dimensão política do mercado diz respeito à *distribuição* (=alocação) de riquezas, sua dimensão social tocará à *redistribuição*. O perfil social liga-se a uma '*regulation'* concebida não para o mercado, mas para a atuação de uma política social corretiva da *lex mercatoria,* em uma espécie de redistribuição equânime e justa, ou mesmo solidária, das vantagens e das perdas que se realizam no sistema como um todo. É preciso que haja controle sobre a força persuasiva do mercado.[149]

Em suma, se o mercado presta-se a viabilizar a circulação da riqueza por meio do mecanismo da competição, cujos limites encontram seu marco nos valores sociais, todo o processo de criação, circulação e distribuição da riqueza, gerados no mercado é pautado por regras e princípios jurídicos.

---

[148] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 225 et seq.
[149] Ibid., p. 228.

Como tal o mercado e seus agentes têm regulação estatal decorrente de suas necessidades de segurança e certeza e também das necessidades de se impor limites e freios ao seu poder, centrado nos detentores do capital (empresários) face àqueles que a eles se subordinam (trabalhadores) ou daqueles que o mantém numa relação de mutualidade e interdependência, no caso os *consumidores*.

Assim as normas jurídicas, combinam segurança e certeza para os agentes de mercado, justamente na limitação da força da concorrência econômica incorporando a ela os valores sociais assim como proporcionando a redistribuição da renda gerada pelo processo de trocas econômicas, fatores estes que dissociados, historicamente são fontes de crises, cujas repercussões são sentidas justamente por aqueles que no mercado, dependem da figura da empresa, com destaque, reitere-se, para o *consumidor*[150].

2.2 O PERFIL JURÍDICO DO MERCADO, SUA DEFINIÇÃO, AGENTES E REGRAS JURÍDICAS

Como visto acima os perfis econômico, político e social do mercado ressaltam a dimensão da repercussão do direito sobre ele incidente.

Deste modo é fácil perceber que o mercado possui um *perfil jurídico*, marcado pelo "[...] conjunto das regras e princípios que pauta o comportamento dos agentes econômicos."[151]

Assim mercados são *instituições jurídicas*, derivadas da vida social, que assimila ou até mesmo cria valores sociais, que necessariamente interferem no comportamento a ser aplicado às relações econômicas.

---

[150] Ana Paula Paulino da Costa, em tese que tratou das fraudes corporativas, sobre o assunto cita que: "Convém destacar que a liberalização dos mercados e a desregulamentação de setores estão baseadas na teoria de expectativas racionais, que desconsidera a existência da desigualdade de informações entre os indivíduos (assimetria). É importante relembrar, aliás, que a intensa desregulamentação de setores de telecomunicações, energia e finanças nos anos 1990 nos Estados Unidos criou um cenário oportuno para empresas desses setores se envolverem em práticas não éticas, que culminaram em fraudes de proporções descomunais no início dos anos 2000 (STIGLITZ,2003)." (Cf. COSTA, Ana Paula Paulino da. **Casos de fraudes corporativas financeiras**: antecedentes, recursos substantivos e simbólicos relacionados. 176 f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas.) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/browse?value=Costa%2C+Ana+Paula+Paulino+da&type=author. Acessado em: 25/03/2012. p. 27.)

[151] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 228.

> Possível pensar-se em mercados como instituições socioeconômicas; instituição do verbo *instituere*, que se traduz por fundar, ordenar, regular, é palavra que denota a intenção de quem a usa de chamar a atenção para uma das funções, talvez a mais relevante, dos mercados: a de ordenar ou regular a troca econômica, tornar eficiente a circulação dos bens na economia.[152]

Conclui-se por caracterizar mercado como instituição, a partir do seu perfil jurídico, qual seja o de ordenar o processo de trocas econômicas de modo eficiente na sociedade, de modo que, ao se falar de *mercado*, fala-se antes de tudo de regras jurídicas diversas agrupadas para constituir um todo orgânico, "[...] destinado a reger uma categoria jurídica da qual podem surgir várias relações jurídicas, derivadas de um fato fundamental[...]"[153] daí porque falar-se em *mercado* como *instituição*.

Neste sentido Eros Roberto Grau ensina que:

> [...] o mercado – além de lugar e *princípio de organização social* – é instituição jurídica (= institucionalizado e conformado pelo direito posto pelo Estado). Sua consistência é função da *segurança* e *certeza jurídicas* que essa institucionalização instala permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico.[154]

Segundo Roubier, instituições são "[...] conjunto orgânico, que contém a regulamentação de um dado concreto e durável da vida social e que está constituído por um núcleo de regras jurídicas dirigidas para um fim comum."[155]

No mercado se tem regras e princípios a incidir sobre o processo de trocas econômicas, regulando o comportamento das pessoas, criando modelos de relações que entre elas se estabelecem, imprimindo à sociedade uma lógica peculiar.

Surgido a partir da iniciativa dos comerciantes italianos, na segunda metade da Idade Média, o mercado tem origem na vida social, assim como constitui-se hoje uma realidade que perdura no tempo e possui organicidade, eis que permite uma forma ideal de integração da norma jurídica, tal como ensina Roubier[156] acerca dos elementos e das origens das instituições.

---

[152] SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.
[153] GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 62.
[154] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.
[155] ROUBIER. Apud, GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 63.
[156] Ibid., p. 63.

Seu perfil jurídico permite pois, sua visão como [...] relação de direito, sendo criadora de *situações jurídicas,* que segundo Roubier, é mais ampla do que a noção de direito subjetivo, expressando um 'complexo de direitos e obrigações [...]"[157]

Isto posto, pode-se definir *mercado* como *instituição jurídica composta de agentes, meios e instrumentos geradores de negociações recíprocas entre sujeitos dispostos a oferecer bens e serviços e, sujeitos que demandam por estes bens e serviços, através de negócios jurídicos típicos, que viabilizam as trocas econômicas.*

Nesta linha o mercado é o ambiente ideal onde se desenvolve a *atividade econômica* cuja definição presta-se a caracterizar diversos atos ou fatos, que no contexto de uma relação intersubjetiva, que em um de seus polos possui sempre um *agente* (sujeito de direitos) detentor dos meios para a execução da atividade escolhida, conforme uma liberdade outorgada pelo ordenamento jurídico estatal (liberdade de iniciativa), interagindo mediante certeza e segurança, procedendo às trocas, fazendo circular as riquezas.

Neste polo estão os *empresários*, ou seja, aqueles que exercem profissionalmente atividade econômica organizada voltada para a produção e circulação de bens ou de serviços (art. 966 do Código Civil/2002), podendo este ser individual ou, ainda, uma sociedade, cujo objeto é o exercício de atividade econômica organizada voltada para a produção e circulação de bens ou de serviços (Código Civil/2002, arts. 982 e 983), tal qual melhor definido na seção anterior.

Estes, os empresários, estão no mercado voltados a prover o mesmo dos serviços e bens demandados por outros sujeitos, justamente aqueles que ocupam o outro polo desta relação, ou seja, aqueles que estão na condição de *consumidores*.

No outro polo estão os agentes econômicos que adquirem os produtos e serviços oferecidos, caso em que alguns, como os empresários e as pessoas jurídicas (empresárias ou não), referido consumo se presta a possibilitar que o mesmo continue a produzir, ou ainda, no que interessa à presente tese, aqueles que o fazem em caráter final encerrando a cadeia produtiva e a circulação do mesmo no mercado, no caso, o destinatário final, aqueles que estão na situação jurídica de *consumidor* ou *consumidor final*.

Deste modo, a partir do perfil jurídico de mercado tem-se que o mesmo constitui-se de relações estabelecidas entre empresários e entre empresários e consumidores e entre estes e o Estado, sob as suas mais diversas facetas[158].

---

[157] GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 63.

[158] Não se ignora aqui nem muito menos se exclui do mercado, o conjunto das relações que se estabelecem entre empresários e trabalhadores, contudo, sua peculiaridade só será nesta tese abordada naquilo que pertine ao seu

Assim o Estado participa do mercado, seja através da intervenção regulatória, exercida pelo direito posto, seja por sua intervenção participativa como agente econômico ativo ou passivo, em termos assemelhados aos da situação jurídica de *empresário* ou de *consumidor.* Como assevera Fabio Nusdeo:

> O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto.[159]

Desse modo a estrutura sistêmica da regulação do mercado se dá, primeiro, num *plano constitucional*, de onde advém não só as normas essenciais garantidoras da liberdade de empreender, como também asseguradoras dos limites de atuação desta liberdade, além de delimitarem o âmbito e o poder de ação do Estado no ambiente econômico e nas liberdades econômicas individuais[160], refletindo sobre a construção e interpretação das normas infraconstitucionais reguladoras do exercício da atividade econômica, seja, no plano do direito público ou do direito privado.

Neste sentido, referindo-se ao exercício da atividade empresarial, Fábio Ulhoa Coelho é claro ao afirmar que:

> A disciplina jurídica da exploração da atividade econômica tem sido objeto de dois diferentes níveis de abordagem da tecnologia. De um lado, temas como o controle de preços, a intervenção do estado na economia, a fiscalização da localização da atividade, o controle da segurança de uso de imóveis comerciais e industriais, a tutela do meio ambiente, e outros, têm atraído a atenção de estudiosos de diversos sub-ramos do direito público, como o urbanístico, ambiental, econômico, tributário e administrativo. De outro, as relações obrigacionais envolvendo apenas os exercentes de atividades econômica e particulares, incluindo a concessão de crédito, a tutela dos sinais distintivos, as relações entre os sócios de um empreendimento, o concurso de credores em caso de insolvência, constituem sub-ramos do direito privado, assim o civil, comercial, cambiário e industrial. A esses dois níveis de abordagem tecnológica da disciplina

---

objeto de estudo, qual seja, a proteção ao consumidor no juízo falimentar, cuja referência pode ser sim a proteção que se confere ao trabalhador.

[159] NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 186.

[160] Sobre o papel da Constituição na ordenança do mercado afirma Fabio Konder Comparato que esta "[...] não se limita a organizar as funções do Estado, mas regula também o exercício de poderes no âmbito da sociedade civil; se a vida política não se dissocia da atividade econômica – aquela pertinente à esfera estatal e esta reservada à vida privada – como assoalhava a ideologia liberal, é fora de dúvida que a verdadeira reconstitucionalização do país passa por uma reorganização da sociedade civil e, nesta, por uma nova disciplina da empresa, sua instituição-chave." (COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 50, ano 22, , pp. 49-74. abr/jun. 1983. p. 49.)

> jurídica da atividade econômica, segundo um enfoque assente, mas não inteiramente indiscutível corresponderiam diferentes sistemas jurídicos.[161]

No plano privado desta estão o Direito Comercial, o Direito Civil e o Direito Individual do Trabalho, com destaque para o primeiro por regular de modo mais primaz as relações de trocas econômicas[162].

"Dado que mercados refletem multiplicidade de relações de troca econômica, promovem a circulação eficiente da riqueza, não se estranha que estejam, originariamente, ancorados em relações entre particulares."[163]

No plano das normas particulares, existem aquelas "[...] legais, positivadas, e as costumeiras ou institucionais, no sentido que ao termo dão os economistas[...][164], ou seja, os usos e costumes derivados da prática mercantil, geradoras de regras jurídicas a partir da própria realidade gerada das necessidades dos agentes econômicos no contexto do tráfico mercantil.

Têm-se ainda as normas de direito público condicionadoras dos limites do Estado e da atuação deste no ambiente econômico a bem da promoção dos interesses maiores assegurados na Constituição Federal.

Por fim, destaque-se, como merecido a inserção das regras de defesa e proteção ao consumidor, o Direito do Consumidor, como parte desta *ordem jurídica* que ora se denomina *mercado,* regulando referida situação jurídica, no plano individual e coletivo[165], ou seja, a situação jurídica daquele que se submete à última etapa das relações de mercado (consumidor, mercado de consumo).

Diante destas considerações se *mercado* é instituição jurídica capaz de canalizar a atividade econômica das empresas no sentido da produção de bens e serviços de que necessite

---

[161] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 7-8.

[162] Sobre isto afirma Newton de Lucca que a: "[...] explicação da autonomia do direito comercial permite, penso, depreender os princípios sempre considerados como característicos do direito comercial e que constituem, ora um, ora outro, a base das explicações geralmente sustentadas quanto à natureza do direito comercial: a relação da sua disciplina com a ideia de um 'mercado';[...]" (Cf. LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 73)

[163] SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.

[164] Ibid., p. 46.

[165] A palavra *mercado* quando empregada no seu perfil jurídico, próximo à ideia de *relação de consumo*, pode fazer-se designar *mercado de consumo*, nos moldes utilizados no CDC, em vários de seus artigos, entendido este como sendo o mercado em que uma cadeia de relações permite as operações finais do ciclo econômico (produção, transformação, distribuição, etc.), ou seja, aquelas operações onde a aquisição do produto ou do serviço pela pessoa objetiva seu uso como tal, sem qualquer pretensão de agregar-lhe valor ou servir-se do mesmo para operações futuras de produção, transformação, distribuição e circulação econômicas. (Cf. LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor**: teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 181.)

a sociedade, para o cumprimento desta função necessária como destacada, uma ordem jurídica plural e sistêmica que sirva para assegurar-lhe certeza e segurança, que permitam os cálculos econômicos, de modo que importante é o papel desempenhado por um dos elementos do conceito de mercado acima fixado, qual seja, os *instrumentos* de que dispõe o mercado para poder fomentar as trocas econômicas.

Dentre os vários de que dispõe o mercado destacar-se-á para os fins almejados neste estudo o *crédito,* sua definição e instrumentalidade dentro da ordem jurídica de mercado e a relação que desempenha na conexão entre as normas de direito do consumidor com as normas de direito concursal.

2.3 O MERCADO, O CRÉDITO E SUA DISCIPLINA JURÍDICA

Entre o conjunto das instituições de mercado, uma das mais importantes e destacáveis é o *crédito*.

Tal como visto, na atualidade vive-se naquilo que se convenciona denominar "economia de mercado", ou seja, num ambiente de mercado ativo, onde surgem as condições necessárias e suficientes para a satisfação das necessidades das pessoas[166].

Sob o pálio desta configuração da estrutura econômica da sociedade atual, as relações interpessoais nela desenvolvidas acabam por ser juridicamente reguladas servindo de objeto de estudo para diversas áreas do Direito, conforme acentuado na subseção anterior.

Referida disciplina por parte do Direito vem em atendimento a demandas geradas no contexto das relações desenvolvidas num ambiente de mercado, entendido este como sendo na fala de Natalino Irti: "[...] unidade jurídica das relações de escambo, em relação a um dado bem ou a uma categoria de bens,[...]"[167], eis que qualquer ambiente que supra com ofertas, necessidades diversas de bens ou de serviços seja ao consumidor final, seja para setores específicos da atividade econômica, só assim subsiste em função da ordem vigente sobre o mesmo incidente.

---

[166] Neste sentido: SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresarial e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

[167] IRTI, Natalino. Apud, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 1. p. 141. No mesmo sentido: FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Raquel. **Manual de direito comercial:** sociedade anônima e mercado de valores mobiliários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 37.

Assim, o Estado, de forma mais intensa ou menos intensa, através do Direito, insere-se no contexto do ambiente de mercado, estabelecendo normas que lhe dão configuração e suporte, de modo a que a fluidez das relações nele desempenhadas possam ser de maneira tal que prevaleça a *segurança* e a *estabilidade* nas relações, minorando os custos de produção através de cálculos pautados em fatores estáveis de risco[168].

Segundo Raquel Sztajn:

> Essas normas devem espelhar as especificidades da atividade e as necessidades do tráfico negocial de forma eficiente e não apenas eficaz, pois reduz custos de transação. De outro lado, o exercício da atividade notadamente ao longo da cadeia produtiva, demanda modelos de cooperação que, de sua parte repousam também na confiança desenvolvida entre as partes.[169]

Dessa confiança citada pela autora acima deriva a ideia de *crédito*.

Se pudermos pensar a dimensão do seu significado para a Economia e, consequentemente para o Direito, tem-se que o crédito é vital num ambiente de mercado, na exata medida em que fornece os subsídios necessários à mobilização de excedentes de poupança que alguém possua, para outra que dele precise, seja para aquisição de bens de consumo ou para o investimento.

Como afirma Brunno Pandori Giancoli:

> O crédito é o principal mecanismo sócio-jurídico disponibilizado ao homem moderno para viabilizar seus sonhos, a exemplo da casa própria; dos veículos automotores; além dos bens de consumo típicos da modernidade, como celulares e computadores. Contudo, ainda que o crédito surja, originariamente, como um catalisador da felicidade humana, ele é também um dos principais responsáveis pelo pior pesadelo da sociedade de consumo: o superendividamento.[170]

---

[168] "O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas a seu modo de atuar, inicialmente voltado à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado." GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17.

[169] SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresarial e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

[170] GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 9.

Pode-se definir crédito como sendo "[...] a confiança que uma pessoa inspira a outra de cumprir, no futuro, obrigação atualmente assumida [...]"[171], ou seja, crença, derivada das boas qualidades de alguém ou de algo, confiança.

Verifica-se na definição que crédito está ligado a confiança, crença, ou seja, relação de confiança nascida a partir da celebração de qualquer negócio jurídico, consistente na operação em que ocorre a troca de bens, na qual alguém concede a outro a disposição efetiva imediata de um bem econômico, em vista de uma contraprestação futura.[172]

Quando a ideia de crédito é ligada ao fato das obrigações pecuniárias, típicas daquelas constituídas no mercado, tem-se como afirma Fran Martins que:

> [...] as transações se tornaram mais rápidas e mais amplas, principalmente pela possibilidade de uma pessoa gozar, hoje, de dinheiro cujo pagamento será feito posteriormente (dinheiro presente por dinheiro futuro). Isso, melhor explicado, significa que, com a utilização do crédito, pode alguém, hoje ser suprido de determinada importância, empregá-la no seu interesse, fazê-la produzir em proveito próprio desde que tenha assumido a obrigação de, em época futura, retornar a quem lhe forneceu a importância de que se utilizou.[173]

Assim, no mercado o crédito funciona de maneira a não só fomentar o consumo de bens ou de serviços, mas também, incrementa o investimento produtivo que permite o abastecimento do mercado com estes bens.

Dentro desta perspectiva, conclui-se que, o crédito por si, é um produto essencial na economia de massas na qual a sociedade se organiza, sendo, pois, importante o estudo das formas de sua colocação no ambiente de mercado, cabendo ao direito disciplinar e estudar a regulação do fornecimento de crédito no mercado, a partir de uma perspectiva dos agentes públicos e privados responsáveis por tal tarefa.

De outra ponta é necessário compreender a dinâmica do crédito no sentido do seu consumo, seja para a aquisição de bens ou de serviços para o consumo final (crédito ao consumidor), seja no plano da sua utilização como fomento da atividade produtiva (financiamento produtivo e investimento), bem como a disciplina jurídica aí incidente.

---

[171] MARTINS, Fran. **Títulos de crédito:**letra de câmbio e nota promissória. 13. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001. v.1. p. 3

[172] GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 13.

[173] MARTINS, Fran. Op. cit., p. 3.

Ou seja, o *crédito*, objetivamente considerado é um valor de mercado e normas devem existir para protegê-lo de modo a assegurar a posição de vantagem de alguém numa relação negocial.[174]

O crédito, ainda juridicamente encarado, pode ser ligado à estrutura da *obrigação*, ou seja, a partir dos contratos, da lei ou dos atos ilícitos, tem-se a *obrigação*, que primacialmente consiste numa *prestação*, consistente esta "[...] no dever jurídico de pagar, que recai sobre o sujeito passivo da relação jurídica."[175], sujeitando o seu patrimônio em caso de descumprimento da obrigação (responsabilidade patrimonial, frustração do crédito).[176]

Assim tem-se nas obrigações e nos modos de sua constituição, exigibilidade e extinção, enquanto base para o estabelecimento de vínculos interpessoais, a presença do *crédito*, encarado aí enquanto "[...] direito visto sob o prisma do sujeito ativo da relação jurídica."[177]

Em síntese, como ensina Catarina Serra, a palavra *crédito* é utilizada no Direito, compreendendo um sentido *subjetivo* e um sentido *objetivo*, e esclarece:

> [...] a palavra 'crédito' é usada, normalmente, com dois significados: enquanto posição (subjetiva) do titular de um crédito – crédito em sentido subjectivo - e enquanto confiança ou estabilidade nos compromissos jurídico-económicos e factor decisivo para o bom funcionamento da economia – crédito em sentido objectivo.[178]

A satisfação do crédito pode se dar com o cumprimento da prestação (dar, fazer e não fazer), tal como originalmente convencionado ou por lei estipulado, ou ainda, mediante a sujeição do patrimônio do devedor quando não a satisfaz, mediante ação judicial, o que se entende por *responsabilidade* ou *responsabilidade patrimonial*, ou ainda, como ensina Catarina Serra, pode-se denominar esta garantia ou prerrogativa do credor de exigir o

---

[174] Neste sentido enfatiza Catarina Serra que a proteção ao crédito encarado sob sua perspectiva objetiva, decorreria da Constituição na medida em que esta ao proteger a livre iniciativa "[...] está a tutelar aquele que é fundamental condição de operatividade: o direito ao crédito (direito à conservação e à utilização dos créditos adquiridos)." (Cf. SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 168.)

[175] WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos.** 16. ed. Saraiva: São Paulo, 2005. p. 6.

[176] "A distinção entre obrigação e responsabilidade foi feita por Brinz na Alemanha, que discriminou, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o do crédito (*Shuld*), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente da ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (*Haftung*), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou uma quantia equivalente acrescida das perdas e danos, ou seja, da indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida."(Cf. WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos.** 16. ed. Saraiva: São Paulo, 2005. p. 8.)

[177] Ibid., p. 6.

[178] SERRA, Catarina. Op. cit., p. 168.

cumprimento da obrigação de *poder de execução*, por ela definido como "[...] instrumento de garantia do direito de crédito [...]"[179]

Referido *poder de execução* tem natureza processual e não resta compreendido no conceito de obrigação, sendo um seu atributo, é o meio pelo qual o credor pode acionar os instrumentos públicos a serviço da *tutela* do seu *direito de crédito*.[180]

Assim tem-se o cumprimento voluntário da obrigação, que extingue o *crédito* que dela se origina, ou ainda o seu cumprimento forçado, mediante ação judicial, visando o cumprimento específico da obrigação (dar coisa certa ou incerta, fazer ou não fazer – execução específica); ou ainda visando o recebimento de quantia em dinheiro, tal como avençado na obrigação (dever de dar dinheiro ou pagar quantia certa), ou; como indenização pelo descumprimento da obrigação específica convertida em pecúnia (poder de execução).[181]

Assim a palavra *crédito* pode ser compreendida como *direito de crédito*, ou seja, direito que tem alguém de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação decorrente de uma obrigação.

Esta prerrogativa de exigir o crédito é o que se chama *poder de execução* que remete à responsabilidade do patrimônio do devedor, constituindo esta, a *responsabilidade patrimonial*, a garantia do cumprimento da obrigação.

Na atividade mercantil referida concepção do crédito ganha relevo, como ensina Paula Forgioni:

> O ordenamento jurídico ligado a um sistema de mercado há de prestar-se à defesa do crédito.
> [...]
> Um sistema jurídico que não tutela o crédito acaba por desestimular o fluxo de relações econômicas e comprometer o seu próprio funcionamento.
> Aqui insistimos no óbvio: o direito não protege o crédito por uma questão de afirmação de valores liberais, por legitimar a supremacia do mais forte sobre

[179] SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009., p. 46.
[180] Ibid., p. 48-49.
[181] Catarina Serra, acerca do que chama de "direito à indemnização", ou seja, a conversão do conteúdo da prestação originalmente pactuado na obrigação em dinheiro afirma que: "[...] o direito à indemnização é um prolongamento ou uma continuação do direito de crédito violado. Com o incumprimento, dá-se uma modificação (qualitativa) do objecto do direito, mas não se quebra sua identidade." (SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 53). No mesmo sentido: WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos.** 16. ed. Saraiva: São Paulo, 2005. p. 7.

> o mais fraco, mas sim por ser esse mesmo crédito um pilar de sustentação do mercado, indispensável à sua preservação.[182]

E continua a autora suso mencionada, no sentido de que:

"Assim, por mais que outros valores sejam considerados dignos de tutela jurídica, a proteção do crédito continuará desempenhando função primordial na organização do sistema de direito mercantil."[183]

Logo, o mercado deve ser dotado de instrumentos procedimentais de efetivação do *direito de crédito*, ou de *tutela ao crédito*, especialmente, o processo civil de execução, e; os procedimentos concursais, com destaque para aqueles voltados aos empresários, especialmente a *falência*, esta última cabível quando se fala da insolvência do devedor, em especial do devedor empresário.[184]

Nos dizeres de Catarina Serra:

> Quando se fala de tutela ao crédito, designadamente em tutela jurisdicional dos direitos de crédito, é, todavia, ao crédito em sentido subjectivo que se está a aludir. A tutela do crédito em sentido subjectivo é entendida como a tutela da posição dos credores, ou melhor, dos interesses específicos dos credores. Pode ser substancial ou processual, conforme se tenha em vista a protecção do direito de crédito, respectivamente, através do reconhecimento de poderes subjectivos ou por via processual.[185]

Diante do acima posto, vê-se de forma simples que as relações de consumo desempenhadas no mercado geram muitas vezes obrigações do *fornecedor* em relação ao *consumidor*, circunstância esta que o coloca na condição de *credor*.

O crédito que o consumidor possua junto ao fornecedor, como qualquer outro, constituído no mercado é revestido de proteção jurídica, inserida naquilo que se pode chamar

---

[182] FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 130, pp.7-38. abr./jun., 2003. p. 11-12.

[183] Ibid., p. 12.

[184] Acerca da inserção da falência como instrumento de tutela do crédito no mercado, pronuncia-se Paula Forgioni no sentido de que: "[...] quando o sistema jurídico disciplina a falência, tem em vista a tutela do crédito, ainda que modernamente sejam também perseguidos outros valores, como a preservação da empresa e de empregos. Mas o sistema – ainda que em nome da proteção de outros interesses – não poderia, simplesmente, "perdoar" os débitos do falido, sob pena de desestabilizar o ordenamento, com consequente declino do investimento." (Cf. FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 130, pp.7-38. abr./jun., 2003. p. 12.)

[185] SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 168.

de *poder de execução*, que em situações de insolvência deve ser exercitado no bojo do processo falência do fornecedor/devedor.

A partir daí é necessário perquirir, em que condições o consumidor exerce seu crédito na falência, em especial, considerando sua condição diferenciada na relação jurídica de consumo, de modo a verificar a extensão ou não da proteção que ordem jurídica a ele chancela na falência do fornecedor.

Contudo, antes de compreender o conteúdo desta proteção, necessário inserir o *crédito do consumidor* face ao *fornecedor*, numa conjuntura que permita individualizá-lo em relação aos demais créditos a que se submete o empresário, conforme segue no item a frente.

2.4 A DISCIPLINA DA TUTELA DO CRÉDITO NO MERCADO E O CONSUMIDOR: A NATUREZA NÃO NEGOCIAL DO CRÉDITO DO CONSUMIDOR

Como visto no item anterior, a ordem jurídica de mercado deve criar instrumentos de *tutela ao crédito*, ou seja, os mecanismos que permitam a sua exigibilidade, ou algo próximo do que a escola do *Law and Finance* chama de *enforcement*, ou seja, "[...] um sistema eficiente para fazer valer os contratos privados."[186]

A ordem jurídica prevê um conjunto de prescrições de *direito material* que se prestam a disciplinar a amplitude maior ou menor que o *direito de crédito* possua face ao patrimônio do devedor, ou seja, determinam quais bens e direitos são passíveis de serem executados para liquidação da dívida, o que denomina-se *garantia*.

Explica-se: alguns créditos por sua essência nascem de obrigações onde houve a oportunidade de negociação entre as partes, podendo estas medir o grau de risco do negócio entabulado, e são concluídas (a negociação) prevendo de antemão, que as *garantias* em caso de inadimplemento serão aquelas comuns outorgadas a qualquer credor, ou seja, ele poderá satisfazer seu crédito fazendo incidir a cobrança sobre todos os bens presentes e futuros do

[186] Cf. FABIANI, Ernani Ribeiro. **Direito e crédito bancário no Brasil.** São Paulo: Saraiva/Fundação Getúlio Vargas, 2011. (Direito em debate: direito, justiça e desenvolvimento). p. 46. Marie-Jeanne Campana sobre tutelar o crédito diz: "[...] a necessidade de o credor realizar o seu crédito faz parte dos direitos fundamentais; é o direito de cada um ao respeito pelos seus bens e pela sua propriedade e o direito de agir na justiça para obter o respeito por estes direitos." (CAMPANA, Marie-Jeanne. Apud, SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do proceso de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 168.)

devedor, à exceção daqueles que por lei são afastados (bens de família, bens gravados com cláusula de impenhorabilidade, etc.), ao que se chama *garantia geral*, e os créditos assim constituídos são chamados de *créditos negociais*, e por possuírem referida proteção geral, são denominados *quirografários.*

No plano negocial a garantia do crédito poderá ser ou não estendida ao patrimônio de outrem, como ocorre nos casos de fiança e aval (garantia fideijussória); ou serão desde já garantidas por algum bem em específico do patrimônio do devedor, destacado para garantir certa e determinada obrigação, como ocorre com os direitos reais de garantia (garantia real), caso em que, nesta última hipótese, o crédito deixa de ser quirografário, pois passa a ser dotado de uma garantia diferenciada de natureza real.

Assim, nas relações interempresariais é comum que os créditos sejam negociais, estabelecidos com ou sem garantias especiais de natureza real ou fideijussória.

No entanto, há outros créditos que pela natureza diferenciada da obrigação, por lei gozam de uma garantia mais ampla, não se submetendo a exceções legais de impenhorabilidade, como ocorre com os quirografários e, inclusive, suplantando as garantias reais eventualmente estabelecidas sobre o patrimônio do devedor, é o caso, dos créditos trabalhistas e dos créditos tributários a que se submete o empresário, estes últimos nos termos do art. 184 do CTN, *in verbis*:

> Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, **responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula,** excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis. (grifos nossos)

Detalhe a considerar é que tanto nas obrigações tributárias, como nas obrigações trabalhistas, o crédito se constitui de maneira *não negocial*.

São créditos *não negociais* aqueles que: pela natureza da obrigação (*v.g.* crédito tributário), ou; pelas condições de subordinação ou dependência do credor em relação ao empresário não podem negociar os termos de suas avenças, simplesmente aderindo aos termos pré-elaborados pela outra parte, no caso, o empresário, bem como muitas vezes não têm como não querer se submeter a estes termos.

São aqueles credores, que quando da celebração do negócio jurídico não tem a vontade livre, ou nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho, são "[...] credores que não dispõem, [...] de

meios negociais para a preservação de seus interesses. São eles o credor fiscal, a Seguridade Social, o empregado e o titular de direito extracontratual à indenização."[187]

Os interesses e direitos dos consumidores estariam inseridos nesta categoria de créditos, na medida em que estes também não possuem meios negociais para a preservação de seus interesses[188].

Em outros termos, a situação do trabalhador era (e ainda é) a de um contratante sem vontade livre, situação essa decorrente do desenvolvimento da industrialização, o que também ocorre em contratos de outra natureza, principalmente no campo hoje referido pela noção de *relação de consumo*, eis que o consumidor também não contrata porque quer, com quem quer e do modo que quer[189].

Ao contrário dos chamados credores negociais, estes não tem meios de limitar seus riscos, logo, merecem proteção diferenciada da ordem jurídica.

Ao falar desta proteção retorna-se aqui ao tema das *garantias*.

Estas quando encaradas em uma perspectiva singular, ou seja, relação um devedor para um credor, são simples, complexo se torna quando a relação passa a ser um devedor mais de um credor.

Nestes casos, ou seja, quando se estabelece um *concurso de credores*, e especialmente, se neste momento a situação patrimonial do devedor comum impossibilitar o cumprimento das obrigações geradoras dos créditos exigidos, tem-se que o direito estabelece que entre eles exista uma *preferência*.

Preferência ou *privilégio* é o termo legalmente utilizado para determinar que em hipóteses de concurso de credores, uns créditos preferem a outros no recebimento de seus valores, em função da insuficiência do patrimônio do devedor comum.

---

[187] A classificação proposta pelo autor leva em conta o estudo das exceções à separação patrimonial e à limitação da responsabilidade das sociedades limitas, que nas parcas hipóteses em que existe, vigora em função do ideal de proteção justamente daqueles credores sociais cujo negócio jurídico foi estabelecido em condições estabelecidas unicamente pela sociedade empresária. (Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: sociedades. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 418 et seq.)

[188] Diz Fábio Ulhoa Coelho que: "Na tutela dos direitos dos consumidores, na proteção da concorrência e na repressão a práticas lesivas ao meio ambiente, a imputação da responsabilidade aos sócios deve atender aos pressupostos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Os empregados e demais credores não negociais, por fim, enquanto não editada regra que os beneficie expressamente, devem ter os seus direitos creditórios, perante a sociedade limitada, sujeitos à regra da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade dos sócios."(Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: sociedades. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 419)

[189] Neste sentido: Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 12.

Assim alguns créditos, em função da lei, possuem preferências em relação a outros, tal como ocorre, na preferência dos créditos trabalhistas sobre os créditos tributários (art. 186 do CTN)[190].

Contudo, importante destacar aqui que os créditos quirografários são aqueles, de natureza negocial ou não, que justamente por não possuírem preferência alguma, no concurso de credores, serão os últimos a poder receber.

Diante disto, chega-se à consideração de que o crédito do consumidor é *não negocial*, em função de ter se constituído de obrigação da qual não dispõem, de meios negociais para a preservação de seus interesses, e por possuir garantia geral e não ter qualquer preferência deferida pela lei, trata-se de crédito *quirografário*.

Mister agora analisar o direito concursal, com destaque para as regras que regem a falência, tal como regrada no direito posto, tendo-se em conta sua inserção nos instrumentos de tutela ao crédito, em conjunto com uma análise dos instrumentos de defesa do consumidor em juízo, de modo a inserir a questão *da defesa do seu crédito em juízo*, em especial no juízo falimentar.

[190] A questão das preferências dos créditos, especialmente na falência, será novamente abordada de forma mais profunda na seção 4, quando será abordada a questão do tratamento paritário dos credores enquanto princípio do direito concursal.

3 A DISCIPLINA JURÍDICA DA CRISE DA EMPRESA E OS INTERESSES DO CONSUMIDOR

Como dito ao fim da seção anterior importante agora analisar o direito concursal, com destaque para as regras que regem a falência, tal como regrada no direito posto, tendo-se em conta sua inserção nos *instrumentos de tutela ao crédito*, em conjunto com uma análise dos instrumentos de defesa do consumidor em juízo, de modo a inserir a questão *da defesa do seu crédito em juízo*, em especial no juízo falimentar.

3.1 CRISE DA EMPRESA E DIREITO

Quando se fala de mercados se fala de um ambiente que instrumentalize as trocas econômicas, facilitando-a, tudo por meio de uma série de negócios jurídicos praticados por diversos agentes econômicos dentre os quais, destacam-se os *empresários.*

Assim, nas relações de mercado, sejam elas entre empresários, ou entre empresários e não empresários, tal como ocorre na relação de consumo, ou ainda, nas relações jurídicas patrimoniais em que ambos os sujeitos não são empresários há da parte de todos, especialmente daqueles que estão na posição de credor, uma expectativa do exato cumprimento da prestação a que tem direito por parte do devedor, ou de que terá meios de fazê-la cumpri-la de modo forçado, caso o último não o faça de forma espontânea (confiança – crédito objetivamente considerado).

Toda inserção da pessoa no mercado na condição de exercente de atividade econômica trás ínsito o risco do insucesso, na medida em que esta potencializa as relações de crédito, aumentando esse risco.

Por razões diversas a empresa ou qualquer outro sujeito pode quedar-se num estado de *crise econômico – financeira*, ou simplesmente *crise econômica*.

A palavra *crise* comporta vários sentidos, contudo, uma vez que se fala de algo que reflete numa perspectiva relacional intersubjetiva, no sentido social, tem-se a expressão crise como sinônima de "[...] situação sócio-econômica repleta de problemas; conjuntura

desfavorável a vida material [...]"[191], ou seja, estado momentâneo que de alguma forma impossibilita a pessoa de conduzir-se dentro de um padrão de normalidade esperado, por ela mesma ou pelos outros.

O predicado *econômico*, somado ao substantivo *crise*, enseja definições diversas e por vezes comporta sentidos ora aplicáveis somente aos empresários, ora àqueles que não estão nesta condição, ora a ambos.

No Dicionário Houaiss da língua portuguesa, define-se *crise econômica* como sendo "[...] grave desequilíbrio conjuntural entre a produção e o consumo, acarretando aviltamento dos preços e/ou da moeda, onda de falências e desemprego, desorganização dos compromissos comerciais.", ou ainda, "[...] fase de transição entre um surto de prosperidade e outro de depressão e vice-versa."[192]

Num sentido próximo expressa-se Fabio Ulhoa Coelho, ao definir *crise econômica* como "[...] retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária."[193], significados estes, mais próximos da ideia de quem está na condição de empresário, bem como a liga à ideia de perda de renda e patrimônio.

Contudo, importante notar que momentos de "desorganização de compromissos" também acontecem na vida daqueles que não exercem atividade empresarial, eis que hoje em dia endividamento é um fato inerente à vida em sociedade, ainda mais comum na atual sociedade de consumo, e vez ou outra as pessoas perdem o controle sobre o que gastam face às suas rendas, o que não deixa de configurar *crise econômica*.

Deste modo pode-se definir *crise econômica* como sendo *a conjuntura estável ou não em que se insere a pessoa que lhe reduz os ganhos ou o patrimônio e a impede de cumprir com o conjunto de suas obrigações.*

No que diz respeito às empresas, dentre os fatores desencadeadores da mencionada situação de crise econômico-financeira estão os de ordem interna, ou seja, aqueles relacionados ao cotidiano da empresa em sua intimidade, tais como: má administração, disputa entre sócios, sucessão de controlador, constante endividamento, não atualização de métodos de gestão ou de produção, falta de mão de obra qualificada, inadimplência de devedores, entre outros.

---

[191] HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 872.
[192] Ibid., p. 872.
[193] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 231.

Podem também ainda afetar a empresa fatores de ordem externa hábeis a desencadear a situação de crise econômico-financeira, dentre os quais destacam-se: a recessão, a retração de mercados, a concorrência acirrada, a pesada carga tributária, políticas econômicas desastrosas de origem governamental, a escassez de crédito, preços não remuneratórios do custo de produção, entre outros, capazes de por si só ou associados com outros da mesma natureza ou de ordem interna, acabam por desencadear o estado de crise econômico-financeira da empresa.[194]

Esta crise da empresa pode ter variadas formas de manifestação, tal qual esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

> Ela é *econômica* quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É *financeira* quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é *patrimonial* se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.[195]

Certo que a crise econômica (econômica propriamente dita, financeira ou patrimonial) da empresa, ou de qualquer devedor interfere na sua capacidade de cumprir com suas obrigações, incapacidade esta cuja aferição objetiva se faz, via de regra, através da observação de fatores externos como o *inadimplemento de uma obrigação* resultante muitas das vezes da *impontualidade do devedor*.

Certo que em casos de impontualidade do devedor, dispõe o credor de meios para fazer valer o seu crédito (*enforcement*), dentre eles destaca-se o *processo de execução*, aplicável na hipótese de ser o credor titular de obrigação já consubstanciada em título executivo dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, esta última configurada pelo próprio inadimplemento da obrigação no prazo ajustado (impontualidade)[196].

Neste caso os credores avançam sobre o patrimônio do devedor e quando o fazem de maneira conjunta, receberão na medida da ordem cronológica do ingresso de suas ações, ou ainda, em caso de simultaneidade, concorrerão ao patrimônio do devedor, contudo, exercerão

---

[194] LOBO, Jorge. **Direito concursal:** direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 35.

[195] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 232.

[196] "Fala-se aqui em tutela executiva, pela qual a pretensão de ressarcimento do credor traduzir-se-á em **expropriação de bens do devedor** para a satisfação do credor. Com isto atua a função de garantia, ínsita na responsabilidade patrimonial prescrita no texto legal, a qual deixa de ser em potência para transmudar-se em ato."(Cf. FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise:** comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 3.)

uns face aos outros suas garantias e privilégios, sem contar a circunstância de uns credores receberem sem a necessidade de demandarem em juízo.

Assim, quando consideradas tais hipóteses diante de uma situação de crise econômica do devedor, tem-se claro que seu patrimônio será insuficiente para honrar com todos os compromissos que assumiu.

Isto posto, revela-se aqui o que se convenciona chamar de *insolvência*, que do ponto de vista econômico configura-se como sendo o estado patrimonial do devedor que possui ativo inferior ao passivo, refletindo, nos dizeres de Darcy Bessone, um estado patológico da empresa.[197]

Referida situação difere do *inadimplemento*, que significa o fato do não cumprimento de uma obrigação, bem como se distingue da *impontualidade*, que se configura como modalidade de inadimplemento quando não cumprida uma obrigação no tempo ajustado.

A insolvência é precedida ou acompanhada do inadimplemento de uma obrigação, fazendo com que surjam uma série de litígios, em especial entre devedor e credores, todos carecedores de uma proteção jurídica.

> Não é difícil vislumbrar a tese de Satta quando se tem em vista que, dada a própria definição de empresa, o inadimplemento perante o capital, o trabalho ou a matéria-prima, não pode ser visto isoladamente, mormente quando se tem em vista que todos servem a uma mesma atividade o que resulta ser o caixa único. Destarte o não pagamento *v.g.* dos fornecedores de matérias-prima não deixa de representar uma ameaça aos demais credores, entre os quais os trabalhistas, os detentores do capital, ou o Fisco.
> Em decorrência dessa solidariedade proíbe-se que o pagamento preferencial que a execução isolada de algum crédito.[198]

Desta feita percebe-se que a chamada execução singular, não se presta a esta regulamentação jurídica, já que risco do não cumprimento das obrigações nestes casos se torna mais patente exigindo do direito uma disciplina diferenciada dotada de normas mais específicas a regular a situação jurídica de um devedor em estado de crise econômico-financeira, no caso o *direito concursal*, a ser analisado na próxima seção.

3.2 DIREITO CONCURSAL: NATUREZA, FINALIDADES E O OBJETO DE SUAS NORMAS

[197] BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar.** São Paulo: Saraiva, 1995. p. 8.
[198] FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise:** comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 6.

Como visto a situação de insolvência do devedor, exige por medida de justiça que se afaste a ideia de pagamentos preferenciais ou execuções individuais de créditos, como forma de evitar que outros credores sejam lesados em seus direitos de crédito a conta do esgotamento do patrimônio do devedor.

Quando se fala do devedor empresário, entendido aqui o termo *empresário* no sentido de *empresário individual* ou de *sociedade empresária*, ou seja, aqueles que têm como profissão ou objeto social o exercício profissional de atividade econômica que intermedia e/ou coordena fatores de produção – capital, trabalho, matérias-primas e tecnologia - para a produção de bens e serviços para o mercado, tem-se que sua insolvência abrange a totalidade dos seus bens, direitos e obrigações, incluindo-se ai o *crédito*, elemento da empresa revelado na insolvência.

Desta forma surge a questão segundo a qual o devedor (empresário ou não) não possa cumprir esta ou aquela obrigação, mas é fato sua incapacidade de cumprir todas elas nos respectivos vencimentos, dando lugar a um estado de insolvência ou de incapacidade de cumprimento de suas obrigações.

A partir da constatação da crise-econômico-financeira do devedor e dos seus efeitos concretos ou possíveis, atua o *direito concursal* como instrumento regulador dos diversos interesses relacionados a esta situação, destacando-se aí os do devedor, e em especial o dos credores.

Isto posto, antes de definir o que seja o *direito concursal*, primaz se faz a compreensão das circunstâncias de fato que permitem a aplicação de suas normas e os meios pelos quais atua na solução das questões jurídicas derivadas do estado de insolvência do devedor.

Dentro da perspectiva acima proposta, tem-se que, primeiro, mister compreender o que seja insolvência para o *direito*, em especial o *direito concursal*.

A *insolvência*, ou *insolvabilidade* consiste no estado patrimonial do devedor que possui ativo inferior ao passivo, sendo que referida configuração fática compreende o que Fabio Ulhoa Coelho e outros autores definem como *insolvência econômica*[199]. No mesmo sentido manifesta-se Amador Paes de Almeida ao definir insolvência como:

---

[199] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 232.

> [...] a condição de quem não pode saldar suas dívidas. Diz-se do devedor que possui um ativo sensivelmente maior que o ativo. Por outras palavras, significa que a pessoa (física ou jurídica) deve em proporção maior do que pode pagar, isto é, tem compromissos superiores aos seus rendimentos ou ao seu patrimônio.[200]

A insolvência econômica é critério caracterizador da *insolvência civil*, modalidade de procedimento concursal aplicado aos devedores não empresários no Brasil, que segundo disposto no art. 750, I e II do CPC:

> Art. 750. Presume-se a insolvência quando:
> I - o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora;
> Il - forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III.

O art. 813 do CPC, mencionado no inciso II do art. 750, por sua vez determina que:

> Art. 813. O arresto tem lugar:
> I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;
> II - quando o devedor, que tem domicílio:
> a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;
> b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;
> III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;
> [...]

Nos dizeres de Humberto Theodoro Jr. "[...] o Código exige o pressuposto efetivo do desequilíbrio patrimonial, 'decorrente de um ativo inferior ao passivo, sem o qual a execução jamais seria contra o devedor insolvável'."[201]

Ainda sobre a utilização pelo direito do critério da insolvência econômica, tem-se que o mesmo é pressuposto da instauração de procedimentos concursais, na Alemanha, na Itália e em Portugal[202].

---

[200] ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e concordata.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 21.
[201] THEODORO Jr., Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença.** 24. ed. São Paulo: Leud, 2007. p. 457.
[202] Sobre o critério normativo adotado na Alemanha e na Itália, Cf. FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise:** comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 12. Em Portugal ver arts. 1º. e 3º. do CIRE - Código da insolvência e da recuperação de empresas (Cf. PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março**: código da insolvência e da

Contudo, por ser de difícil constatação para os fins que colima o direito, este não trabalha a aplicação das soluções jurídicas a partir da insolvência econômica do devedor, mas a partir do que a doutrina costuma denominar "insolvência jurídica".

Nestes casos reconhece-se a insolvência a partir de sinais externos que indiciam o estado de insuficiência patrimonial, como, por exemplo, o inadimplemento de uma obrigação resultante da impontualidade do devedor-empresário ou da prática por ele de determinados atos que façam presumir dita situação, nos exatos termos delimitados para a disciplina jurídica da falência do empresário (art. 94 da Lei 11.101/2005).

Assim a *insolvência do empresário*, conhecida por *falência* ou *estado de falência*, em muitos ordenamentos jurídicos a exemplo do nacional é reconhecida não por conta da efetiva constatação do estado de insuficiência patrimonial do devedor, mas sim, é presumida, ou seja, a "insolvência jurídica", se caracteriza no direito posto no Brasil pela impontualidade injustificada, pela execução frustrada ou pela prática de atos falimentares (respectivamente, art. 94, incisos I, II e III)[203].

"O que se tem, num primeiro momento, é a aparência de insolvabilidade, presunção jurídica que pode ser afastada por demonstração em contrário."[204]

Assim, expostos os argumentos que permitem a compreensão das circunstâncias de fato que permitem a aplicação do direito concursal na solução das questões jurídicas derivadas do estado de insolvência do devedor, mister agora entender de forma breve os instrumentos jurídicos de que se serve para atuar na composição dos interesses aí envolvidos.

Visto o pressuposto fático, real ou presumido, do direito concursal, mister agora delinear o conjunto dos instrumentos jurídicos de que se serve para a solução das questões que advém do fato da insolvência.

O primeiro e mais antigo deles, e sob o qual desenvolveu todo o seu plexo normativo é a *execução coletiva* ou *concursal*, ora denominada *insolvência*, ora denominada *falência*, a exemplo do que ocorre com a configuração do estado jurídico de insolvência do devedor empresário, nos termos da legislação pátria.

---

recuperação de empresas. Disponível em: <http://digestoconvidados.dre.pt/digesto//pdf/LEX/481/172004.PDF>. Acessado em: 20/03/2012.).

[203] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 251.

[204] FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise:** comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 13. No mesmo sentido: "Juridicamente a falência se caracteriza por atos ou fatos que denotam, comumente, um desequilíbrio no patrimônio do devedor." (Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1. p. 14.)

Diz-se execução *coletiva* ou *concursal*, tendo em vista a insuficiência do mecanismo jurídico da *execução forçada individual*, uma vez que diante da incapacidade do patrimônio do devedor de honrar com todos os seus compromissos, na eventualidade de muitos credores, a consequência certa é que alguns, os primeiros e mais diligentes, ou os que já tenham preenchidas as condições de exigibilidade de sua obrigação, teriam seus créditos satisfeitos, em detrimento dos demais que arcariam isoladamente, cada um com os seus prejuízos.

Como na *execução individual* o procedimento se desenvolve em benefício do autor/credor da ação, de modo a que os atos de expropriação resolvam-se na solução do seu crédito, prevalece a ideia do *prior in tempori potior in jure*, que no caso da insolvência não resolve, aliás, cria situação de injustiça.

Assim, a primeira constatação decorrente do reconhecimento da insolvência é o de que nestas situações, geralmente ocorre que um conjunto de credores concorre a um patrimônio insuficiente, logo, existindo aí a possibilidade concreta de que alguém ou todos não recebam.

É o *concurso de credores*, quando "[...] o acolhimento da pretensão de um credor possa impedir, no todo ou em parte, o acolhimento da pretensão paralela de outro (s), tornando a iniciativa deste (s) últimos infrutífera."[205]

Isto posto, ante a hipótese de ser o patrimônio do devedor insuficiente para o pagamento de todos os seus credores, instaura-se uma *execução concursal*, após o reconhecimento da situação de insolvência do devedor, estabelece-se, portanto, um concurso de credores, cujo fundamento jurídico é "[...] de que o património do devedor é a garantia comum de todos os credores, presente na generalidade dos ordenamentos jurídicos e também no português."[206]

No mesmo sentido ensina Trajano de Miranda Valverde que as regras do direito concursal são construções do direito e que "[...] têm na norma geral de que o patrimônio do devedor é garantia comum dos credores o seu fundamento."[207], completando, no sentido de que ditas normas "[...] procuram assegurar a execução da norma geral fixando os princípios reguladores do novo estado jurídico e preestabelecendo os meios pelos quais se tornará realizável a garantia dos direitos dos credores."[208]

---

[205] GARBAGNATI, Eduardo. Apud, SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 76.

[206] SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 77.

[207] VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1. p. 14.

[208] Ibid., p. 14.

De outra ponta, como o concurso de credores estabelece nos dizeres de Catarina Serra "[...] um conflito de facto, de caráter económico, [...]"[209] o direito atua aplicando um conjunto de disposições de *direito material* que surge como meio de solucionar a crise da obrigação e os interesses de devedor e credor (es).

No concurso de credores não se altera a relação substancial existente entre cada credor e o devedor, que permanecem intactas, no entanto, nos dizeres de Catarina Serra:

> O que pode alterar-se, sim, é o resultado prático do exercício do poder de execução: por certo, o credor tem o direito de obter do Estado a realização possível do seu direito, mas, por causa do concurso, esta pode bem acabar por não conduzir a uma satisfação integral e sofrer limitações em consequência da existência, da quantidade e do valor dos direitos dos restantes credores.[210]

Ou em outras palavras, como faz Antonio Brunetti, no sentido de que:

> [...] no concurso de credores o direito de cada um é limitado pelo direito dos outros, mas o direito limitado não é o direito de crédito (que se mantém integralmente, apesar de não ter, total ou parcialmente, cabimento no património do devedor) e sim a acção executiva de cada credor.[211]

Assim, o direito concursal opera através de um conjunto de disposições de *direito material* alterando as condições de satisfação dos direitos de crédito de cada credor, assim como a condição jurídica do devedor, em função do ideal de solidariedade gerado a partir da constatação do estado de insolvência.

Referidas normas de *direito material*, só se materializam no contexto de um *procedimento*, judicial ou administrativo, onde resta declarada a crise econômico-financeira do devedor (procedimento concursal).

Aliam-se, portanto, a estas regras de direito material, normas de procedimento, leis de forma, que se prestam a: i) reconhecer o estado de insolvência do devedor; ii) estabelecer os modos e prazos para o chamamento e integração dos credores; iii) disciplinar a aplicação dos efeitos materiais do concurso de credores.

---

[209] SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 77.
[210] Ibid., p. 77.
[211] BRUNETTI, Antonio. Apud, SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 77.

São *regras de forma*, que nos dizeres de Trajano de Miranda Valverde, prestam-se a organizar o processo de concursal "[...] estabelecendo os meios pelos quais se há de resolver essa situação jurídica, de natureza essencialmente transitória."

Assim o direito concursal é a um só tempo dotado de normas de direito material e de direito processual (regras instrumentais), entrelaçadas de modo que produzem um todo harmônico e sistemático, ou nos dizeres de Carvalho Mendonça, o direito material, no concurso de credores, "[...] está tão preso ao processual, como no corpo humano a carne aderente aos ossos."[212]

Em síntese, não há que se falar em concurso de credores, sem que a situação jurídica de insolvência do devedor seja reconhecida no contexto de um procedimento judicial ou administrativo, quando a partir daí uma série de prescrições de direito material afetará as condições de satisfação dos direitos de crédito de cada credor, assim como o fez com a condição jurídica do devedor, créditos estes que só poderão ser exigidos nos termos e formas estipulados pelo regramento do procedimento concursal instaurado.

Ainda, antes de se definir o que seja *direito concursal* tem-se que a *concursualidade*, ou seja, a hipótese específica da destinação de bens, considerados em seu complexo, à satisfação de diversos interessados, está presente em uma série de situações, que não só na do devedor insolvente, como ocorre na liquidação da pessoa jurídica, no inventário e no arrolamento de bens.[213]

Da mesma forma a previsão de procedimentos concursais instalados em função da insolvência se dá em diplomas únicos ou em normas esparsas, como ocorre no Brasil, aplicando-se indistintamente a todo e qualquer devedor (a exemplo da Alemanha, Portugal, Espanha e outros), ou fracionado conforme a condição do sujeito, como ocorre no Brasil (falência e recuperação de empresas para os empresários em geral e insolvência civil para os não empresários).

Referidos procedimentos podem ser acometidos ao Judiciário (procedimentos concursais judiciais), ou ainda, a órgãos administrativos do Estado (procedimentos concursais administrativos), tal como ocorre com aqueles aplicáveis no Brasil às instituições financeiras, cuja atribuição compete ao Banco Central do Brasil (lei 6.024/1974).

---

[212] MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. 8. Livro V. p. 31.

[213] FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise:** comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 5. No mesmo sentido: Cf. SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 106 usque 127.

Assim sendo, pode-se adotar como definição para *direito concursal*, de um modo que permite compreender este complexo de normas e suas funções como sendo *o conjunto de normas jurídicas materiais e processuais, aplicáveis na regulação da situação de crise econômica de um devedor, empresário, ou não, conforme o sistema legal que os adota, por meio de procedimentos concursais de natureza administrativa ou judicial.*[214]

Definidos os contornos do direito concursal, sua aplicação na tutela do crédito, assim como o conteúdo de suas normas, mister agora falar dos procedimentos concursais e dos instrumentos que viabilizam para a solução da questão decorrente da crise econômica do devedor, com destaque para a *falência*.

3.3 DOS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS: DA DISCIPLINA JURÍDICA DA FALÊNCIA.

3.3.1 Visão geral

Do estado de insolvência da pessoa pode advir a instalação do concurso de credores por meio de um *procedimento concursal*, consistente num conjunto de sacrifícios mútuos de devedor e credores, em prol do objetivo comum, no caso, a satisfação total ou parcial da obrigação, regulando-se a situação jurídica do devedor face ao conjunto dos seus credores.

Via de regra, a solução aplicada tem conteúdo meramente liquidatório, como ocorre na *execução coletiva* ou *concursal*, ora denominada *insolvência*, ora denominada *falência*, a exemplo do que ocorre com a configuração do estado jurídico de insolvência do devedor empresário, nos termos da legislação pátria.

São as primeiras conhecidas pela história do direito, e sobre elas o direito desenvolveu todo o seu plexo normativo até os dias atuais.

Na *execução concursal* liquidatória, há três características básicas a saber: i) são arrecadados todos os seus bens para posterior liquidação; ii) são convocados todos os seus

[214] Referida definição também se escora no que ensina Nelson Abrão sobre procedimentos concursais. Define-os o citado jurista como: "[...] as várias formas de processo, administrativo ou judicial, aplicáveis na regulação jurídica da situação de crise econômica de um devedor, empresário, ou não, conforme o sistema legal que os adota. Esse distúrbio econômico traz conseqüências no plano financeiro, fazendo com que aquele que o sofre se torne incapaz definitivamente de pagar em dia suas dívidas e, como tal, insolvente." (Cf. ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p.13.)

credores para a satisfação de seus créditos, em condição de relativa igualdade (princípio da *par conditio creditorum*), e; de modo tal que o recebimento desses créditos, a partir do produto da liquidação dos bens arrecadados, seja por cada um recebido em parte ante a impossibilidade da satisfação total da obrigação (justiça distributiva).

São exemplos de procedimentos concursais desta jaez, como já dito a *falência*, tratada na lei 11.101/2005, e a insolvência civil (arts. 748 a 786-A do CPC).

Contudo a evolução histórica fez com que institutos jurídicos que de alguma forma viabilizassem a recuperação econômica do devedor, conciliando-a com a satisfação dos interesses dos credores, passassem a fazer parte do arcabouço jurídico concursal.

Por vezes, em especial, quando da crise econômica da empresa, procedimentos de feição liquidatória não se prestam a solucionar a questão central, qual seja, o *cumprimento das obrigações*.

Eis que surge a necessidade da *preservação da atividade econômica da empresa*, como meio a assegurar o cumprimento das obrigações por ela assumidas junto aos seus credores, de modo que hoje há *procedimentos concursais de caráter preventivo ou recuperatórios*, dotados de mecanismos que possibilitam a reorganização econômica do devedor, a manutenção de suas atividades e a consequente satisfação, total ou parcial dos credores, como propõem institutos como a recuperação judicial e extrajudicial de empresas, nos termos regulados pela Lei 11.101/2005.

Na atualidade, os postulados de política econômica e social recomendam o empenho na reabilitação da empresa em estado de crise econômico-financeira, tendo como objetivos facilitar a retomada dos negócios, do pagamento dos credores, e evitar a disseminação desse estado de crise por todo o ambiente econômico.

Nesta linha já se manifestava Nelson Abrão, ao afirmar que:

> Devido à invulgar posição que a empresa assumiu, não só no plano econômico, como também no setor jurídico, a ponto de, sob o seu aspecto subjetivo servir de elemento conceitual básico ao Direito Comercial de nossos dias, cumpre expor a transformação operada no que diz respeito à instrumentalidade jurídica que pode socorrê-la quando iminente ou consumada a crise econômico financeira.[215]

Efetivamente, a empresa, como ente propulsor da economia, geradora de tributos e postos de trabalho, reveste-se de grande importância econômica e social, carecendo de

[215] ABRÃO, Nelson. **A continuação do negócio na falência.** São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975. p. 44.

instrumentos legais que lhe proporcionem condições de existência em momentos de crise, assim como a ordem jurídica, do mesmo modo deve ser excluída do mercado a empresa inviável, a bem da economia em geral.

Assim, o direito concursal é dotado de instrumentos jurídicos que objetivam a reorganização econômica do devedor insolvente, geralmente pautada em duas condições essenciais: a viabilidade econômica e a concordância da maioria dos credores.

Quando estes fatores inexistem, parte-se para as soluções que impõem a liquidação do patrimônio do devedor insolvente em prol da massa de credores, tal como ocorre na falência a ser tratada a seguir.

3.3.2 Da disciplina jurídica da falência

Falência é palavra polissêmica, ou seja, presta-se a dar significado a vários objetos ou fenômenos.

Em termos jurídicos, especialmente face a ordem posta aqui no Brasil, *falência* por ora designa *o estado jurídico do devedor insolvente, assim reconhecido nos termos da lei*. Por exemplo, lê-se no disposto no art. 99, inciso VIII e no texto do art. 102 da Lei 11.101/2005, *in verbis*:

> Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:
> [...]
> VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão **"Falido"**, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei;
> Art. 102. O **falido** fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1o do art. 181 desta Lei. (grifos nossos)

Falência no caso é sinônimo de *falido* como se vê utilizada em ambos os artigos acima destacados, servindo para designar *falência* como estado da pessoa ou condição jurídica de alguém, e nestes casos, seu significado aproxima-se da ideia de *quebra*, *bancarrota*, ou ainda, da própria ideia de *insolvência*, vez que exprime a condição de alguém que não pode ou não consegue mais tocar seu empreendimento em função de sua situação econômica e patrimonial.

Neste sentido, interessante o que fala Trajano de Miranda Valverde:

"Juridicamente *falência* se caracteriza por atos ou fatos que denotam, comumente, um desequilíbrio no patrimônio do devedor." [216]

No trecho acima como já comentado, falência é sinônimo da própria *insolvência*.

Falência também é o nome que se atribui justamente ao procedimento que possibilita reconhecer a "falência" de alguém, ou seja, falência é sinônimo de *procedimento, processo*.[217]

Assim falência é o *procedimento especial de execução concursal dos bens do devedor insolvente*. No Brasil e outros países, denomina-se de *falência* o procedimento que tenha ditos objetivos, bem como, costuma-se circunscrevê-lo à figura do devedor empresário.

Assim o é na Itália, onde a *Legge Fallimentare*, instituída pelo Regio Decreto nº. 267 de 16 de março de 1942, alterado pelos Decretos legislativos 35/2005, 05/2006 e 169 de 2007, em seus arts. 5º. ao 159, trata do *fallimento* (falência) cujo cabimento circunscreve-se ao empresário, ao contrário do que ocorre no resto da Europa.[218]

No direito espanhol a *Ley Concursal*, estabelece um único procedimento, o *concurso* declarada com pressuposto no fato da insolvência, que comporta num determinado momento do processo, a aplicação de medidas de cunho recuperatório denominada *convenio*, na lei tratado nos arts. 99 ao art.141, ou; outra de caráter expropriatório denominada *liquidacion*, tratada nos arts. 142 a 162 *Ley Concursal*, esta última próxima do conceito de falência ou procedimento falimentar previsto na nossa ordem jurídica.[219]

No direito português chama-se de *insolvência* o processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do patrimônio de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou ainda, a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente (art. 1º. do CIRE).

---

[216] VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1. p 14. "[...] falência vem a ser um estado de direito. Um estado de direito, porém, que deriva da verificação e reconhecimento de um estado de fato: a insolvência."(CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação da empresa:** o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193.)

[217] "O instituto da falência é o complexo de regras jurídicas, técnicas ou construtivas, que definem e regulam uma situação especial, de ordem econômica, a falência." (VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1. p 14.)

[218] SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 106. Ver também: ITÁLIA. **Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267:** disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2888#titolo1>. Acessado em: 19 de janeiro de 2012.

[219] ESPANHA. **LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal.** Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26905-26965.pdf>. Acessado em: 10/10/2007. Cf. VALLE, Javier. Uma experiência comparada reciente: la ley concursal española. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros, ano 43, v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. p. 97 *et seq.*

Porém, quando o processo de insolvência implicar na liquidação do patrimônio de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, tem-se tal qual em Espanha a fase processual do processo de insolvência denominar-se-á *liquidação* tratada nos arts. 156 e seguintes do CIRE.[220]

No caso do direito brasileiro, tem-se a *falência* como um procedimento judicial próprio, previsto na Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência de Empresas – LRF) nos arts. 75 ao 160 e algumas disposições comuns, dispostas nos artigos 6º. ao 46, procedimento este dotado de três fases bem distintas, como bem define Fábio Ulhoa Coelho[221].

Uma primeira fase de caráter eminentemente cognitivo, quando se conhece dos pressupostos objetivos e subjetivos da falência, quais sejam, a qualidade de empresário do devedor (art. 1º. da LRF), e a sua não exclusão total ou parcial do regime falimentar (art. 2º. da LRF), bem o estado de *insolvência jurídica* nos termos qualificados no art. 94 da LRF, ou ainda, quando decorrente da convolação da recuperação judicial em falência, nos termos dos arts. 73 e 74 da LRF, por meio de pedido judicial feito por credor, sócio da devedora ou o próprio devedor (autofalência – art. 105 da LRF).

Reconhecida a insolvência jurídica do devedor por meio de sentença, inaugura-se uma segunda fase, quando ocorre de maneira efetiva o *concurso de credores*, procedendo-se ao levantamento do ativo do devedor, a verificação do passivo e sua satisfação.

Desta fase, importante aqui destacar o modo pelo qual se faz a *verificação do passivo do falido*, ou seja, como, no procedimento da falência, podem os credores *exercerem seus direitos de crédito*.

Assim para que os credores possam exigir seus créditos na falência, mister que procedam à sua habilitação, nos termos dos arts. 7º. §1º. e 9º. da LRF, ou seja, devem apresentar pedido de habilitação dirigido ao administrador judicial, no prazo de 15 dias a contar da publicação do edital previsto no parágrafo único do art. 99 da LRF.

É certo que conforme a situação, o credor já tenha seu crédito relacionado na falência (convolação da recuperação judicial em falência ou ainda pedido de autofalência), caso em que se não concordar com o valor ou classificação, deverá, nas mesmas condições da habilitação apresentar *pedido de divergência*.

---

[220] CIRE, sigla para Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Cf. PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março:** código da insolvência e da recuperação de empresas. Disponível em: <http://digestoconvidados.dre.pt/digesto//pdf/LEX/481/172004.PDF>. Acessado em: 20/03/2012.

[221] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 258.

Em outras situações o crédito está em fase de *acertamento*, ou seja, ao tempo do reconhecimento judicial da falência, o credor esteja em juízo demandando contra o devedor, em ações judiciais de natureza cognitiva, onde ainda, não estão configuradas a certeza e a liquidez da obrigação.

Nestas hipóteses, os processos continuam a correr nos juízos de origem (§§s 1º. e 2º. do art. 6º. da LRF), assim como pode este juízo determinar a reserva de bens do falido para honrar o valor a ser definido em futura condenação (§ 3º. do art. 6º. da LRF), e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria, inclusão esta a ser feita por meio de mandado judicial expedido pelo juízo que conheceu da causa, provocado por simples petição do credor dela constando o *quantum* do débito apurado mediante cálculo aritmético do valor, independente de habilitação.

É o caso dos créditos trabalhistas (§ 3º. do art. 6º. da LRF), e, pode ser a hipótese de muitos créditos afeitos a *consumidores*, que podem estar em juízo a demandar de maneira individual ou coletiva: a reparação de danos decorrente de acidente de consumo; vícios no produto ou serviço; por repressão a prática ou cláusula abusiva, e ainda; decorrentes do descumprimento de obrigação contratual de fazer, não fazer e dar coisa certa, convertidas em indenização, e multas decorrentes do seu incumprimento.

Uma vez verificados os créditos, nos termos da LRF, necessário que sejam eles classificados, de acordo com o conjunto das preferências e privilégios que os caracterizam, nos termos da legislação em vigor. Referida classificação servirá para indicar a ordem de pagamentos na falência.

Deste modo os credores na falência são classificados da maneira definida no art. 83 da LRF, *in verbis*:

> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
> I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;
> II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
> III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
> IV – créditos com privilégio especial, a saber:
> a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
> b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
> c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;
> V – créditos com privilégio geral, a saber:
> a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
> b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

> c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
> VI – créditos quirografários, a saber:
> a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
> b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
> c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;
> VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
> VIII – créditos subordinados, a saber:
> a) os assim previstos em lei ou em contrato;
> b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

Certo é, contudo, que a ordem de pagamentos destes credores é antecedida pela satisfação de outros valores, dentre os quais destacam-se os créditos extraconcursais, assim definidos no art. 84 da LRF e decorrentes da restituição de dinheiro, nos termos dos arts. 86 c/c. art. 151 da LRF.

Ainda no pertinente à formação do ativo e do passivo do falido, devem ser também consideradas, para os fins colimados nesta tese, as normas relativas aos efeitos da falência sobre os contratos do falido, cujo regramento objetiva em primazia o cumprimento dos contratos como possível a bem da diminuição do passivo, ou, na sua impossibilidade transforma as obrigações nele constantes em créditos a serem exigidos na falência.

Parte destas regras se encontra na própria lei 11.101/2005, como é o caso do contrato de incorporação imobiliária com patrimônio de afetação (art. 119, IX da LRF), ou ainda em legislação esparsa, *v.g.* do que ocorre com o contrato de prestação de serviços de saúde suplementar.

Findo este período com o pagamento ou não dos credores, passa-se à última fase o processo de falência, quando se objetiva a reabilitação do falido nos termos da legislação.

Feita esta abordagem panorâmica da falência, mister agora, iniciar a análise da questão chave do presente trabalho, qual seja, a verificação na falência da proteção aos direitos do consumidor.

3.4 NECESSÁRIA INCLUSÃO DA FALÊNCIA NA SISTEMÁTICA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como visto a falência do empresário reflete no ambiente econômico afetando direitos daqueles que a ele prestam serviços ou fornecem produtos necessários ao exercício de sua atividade econômica, nos direitos de seus empregados, do fisco e também dos consumidores de seus produtos e serviços.

Estes últimos, os consumidores, amparados pelas normas do CDC, em regra, possuem instrumentos jurídicos para a defesa de seus interesses em juízo assim compreendidos aqueles constantes do Título III, do Código, bem como alguns dispositivos dispersos ao longo do mesmo, o conjunto de atividades desenvolvidas pelo consumidor em juízo, tanto para a defesa dos seus interesses em caráter individual, bem como pelos entes legitimados ao exercício das ações de natureza coletiva, aspecto este que merecerá destaque no presente projeto de pesquisa e na própria a ser desenvolvida.

Como bem preleciona Ada Pelegrini Grinover:

> [...] a preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à justiça. Isso demandava, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo – até agora pulverizada , isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual – postulando um novo enfoque da *par conditio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, exigia a criação de novas técnicas que ampliando as ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo sem jamais olvidar as garantias do 'devido processo legal'.[222]

Para o cumprimento do seu desiderato o Código disciplina tanto a defesa do consumidor individualmente considerado, como também a defesa dos interesses coletivos *latu sensu* (interesses difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos).

> Nessa parte processual do CDC é preciso ter em vista que o legislador priorizou a tutela coletiva nas relações de consumo, até porque as demandas individuais, polarizadas entre consumidores e fabricantes/fornecedores/prestadores de serviço, seguem, naturalmente, reguladas pela legislação processual comum, seja codificada (CPC) ou extravagante, apresentando-se os sujeitos individualmente ou litisconsorciados. É por isso que no art. 83 se diz que a defesa do consumidor pode ser feita por 'todas as espécies de ações' e, no caput do art. 81, se faz menção às tutelas individual e coletiva; mas daí em diante o enfoque é sobre esta última, apenas se mencionando a tutela individual

[222] GRINOVER, Ada Pellegrini. Comentários art. 91 ao 100. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6.ed.. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 703-762.

> quando esta porventura se apresente imbricada com a coletiva (arts. 99, parágrafo único, 103, § § 1º a 3º, e 104), pela boa razão de que, frente ao princípio constitucional da ubiqüidade da justiça (CF, art. 5º,XXXV), o exercício da jurisdição singular não pode obstar o da jurisdição coletiva, e vice-versa.[223]

Já a defesa dos interesses metaindividuais se dá por intermédio da conjugação da disciplina específica contida no CDC, para esse tipo específico de interesses, somando-se com a disciplina inserta na Lei da Ação Civil Pública, principalmente.

Nesta linha os consumidores passam a ter a tutela jurídica material e processual deferida pelo CDC, e neste último aspecto, qual seja, o processual, esta pode se dar de forma individual ou coletiva, especificamente aquela típica de interesses individuais homogêneos, nos termos dos arts. 81, III c/c. arts. 91 a 100 do CDC.

No entanto, todo o sistema de proteção ao consumidor é estruturado à base de um fornecedor solvente, ou seja, capaz de honrar com as responsabilidades patrimoniais decorrentes do desrespeito a direitos individuais e coletivos dos consumidores, sem que exista no Código de Defesa do Consumidor, à exceção de breve menção no seu art. 28, de qualquer norma que discipline a tutela dos seus interesses na falência.

Em síntese: existem *normas de defesa do consumidor em juízo*, porém estas circunscrevem-se ao acertamento dos seus direitos, não existindo, no entanto, *normas de defesa do crédito do consumidor no juízo concursal*.

Evidencia-se isto a partir de três situações destacadas no dissertado acima.

A primeira delas é pertinente *à exigibilidade do crédito do consumidor na falência*, que fica sujeita somente à iniciativa individual não havendo meios de habilitação coletiva dos consumidores, especialmente em casos de interesses individuais homogêneos, estes, na fala de Roberto Senise Lisboa carecedores ainda de superar obstáculos que na prática se apresentam, que contribuem em muito para a percepção das indenizações por danos morais e materiais sofridos pelos consumidores[224].

Com isto ficam descumpridas regras essenciais de proteção ao consumidor insculpidas no *caput* do art. 4º. do CDC[225] que dizem respeito à Política Nacional das Relações de Consumo, que entre outros comandos, preceitua que um dos objetivos do Estado é promover a

---

[223] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 03.
[224] LISBOA, Roberto Senise. LISBOA, Priscila Senise. O direito ao desenvolvimento dos consumidores e a tutela coletiva dos seus interesses individuais. **Revista luso-brasileira de direito do consumo.** Editora Bonijuris, v. 1, n. 1, pp.15-42, mar., 2011. p. 35.
[225] "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: [...]" (grifos nossos)

proteção dos interesses econômicos do consumidor, no caso, o seu crédito subjetivamente considerado na falência.

A segunda questão quando se fala em defesa do consumidor no juízo concursal, a evidenciar que todo o sistema jurídico composto para a tutela processual do consumidor se reduz frente às normas genéricas previstas pelo Direito Concursal, é a relativa à proteção dos contratos de consumo na falência, ou seja, a inexistência de regras específicas que regulem seu cumprimento ou não, após a falência, à luz do que bem observa Fábio Ulhoa Coelho ao comentar a questão dos contratos de consumo no processo de falência, *in verbis:*

> O Código de Defesa do Consumidor não traz nenhuma regra sobre os contratos de consumo na hipótese de falência do fornecedor. Aplica-se, portanto, a norma geral de rescindibilidade dos contratos bilaterais de execução não iniciada, quando presentes os seus pressupostos. Não havendo norma específica na legislação tutelar dos consumidores, também em relação aos contratos de consumo (bilaterais e não cumpridos ou unilaterais), a palavra final sobre a integridade ou a dissolução do vínculo contratual é exclusiva dos órgãos da falência, intérpretes dos interesses da coletividade de credores (expressa pela busca dos efeitos de redução ou não elevação do passivo ou de preservação do ativo). Se for do interesse da massa, nesse caso, rescindir contrato que o consumidor gostaria de ver executado, ou vice-versa, prevalece o primeiro, posto que silente o Código de Defesa do Consumidor sobre a matéria. Por outro lado, tendo já o consumidor feito o pagamento ou recebido o produto ou serviço, no todo ou em parte, igualmente se aplica o disposto na Lei de Falências acerca da generalidade dos contratos, isto é, se credor o consumidor, deve habilitar o crédito; se devedor, deve pagar ao administrador judicial.[226]

A terceira e última é a relativa à classificação do crédito derivado de relação de consumo.

Como visto o consumidor face ao fornecedor, na condição de credor, é credor *não negocial*, ou seja, não possui meios negociais de desvencilhar-se dos riscos da contratação, ou pela própria circunstância em que se estabelece a relação não há como esta negociação ser entabulada.

No entanto, seu crédito é *desprovido de privilégio e sua garantia é geral*, logo, é *credor quirografário*, na mesma condição ostentada por outros que com o empresário se relacionam, em especial, credores negociais (grandes empresas fornecedoras de matéria-prima, instituições financeiras e outros).

---

[226] COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 442.

Comparando sua situação com a dos trabalhadores e do fisco, igualmente credores não negociais, inegável aqui sua condição de *submissão estrutural*, de *vulnerabilidade* em relação ao fornecedor, corrigidas pelas normas do CDC, iniquidades estas que revivem com o advento da insolvência deste, justamente numa situação onde mais precisa o consumidor de tutela, sendo a sua inserção como simples credor quirografário desprezo a sua importante condição de agente econômico no mercado.

Por ser o direito do consumidor um ramo do direito dotado de interdisciplinaridade, ou seja, suas regras complementam-se com normas de outros ramos do direito a bem da busca da formação de um sistema de proteção à altura de suas necessidades, figura-se esta incompleta, à luz do até agora posto, face ao vazio normativo no que tange à sua defesa no juízo da falência.

A análise de parâmetros que se prestem a esta complementação far-se-á nesta tese, a partir das seções que seguem, cortejando num primeiro momento a defesa do consumidor face a princípios jurídicos, dentre os quais os regentes do processo concursal.

Após serão analisados os exemplos esparsos de defesa do consumidor nos procedimentos concursais especiais e na falência, interagindo ditas regras com as regras do CDC.

4 OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E A QUESTÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NA FALÊNCIA

O direito do consumidor e suas normas como visto na primeira seção correspondem à necessária especialização/evolução de regras do direito comercial, antes aplicadas às relações de consumo, mas que, diante de seus traços idiossincráticos gerados a partir do surgimento da sociedade de consumo, demandou especialização normativa, essencialmente, em função da necessidade da proteção do consumidor ante sua hipossuficiência perante a figura do fornecedor, no contexto de uma relação de consumo.

Referida circunstância atende a uma lógica de adaptação do mercado, mas, antes de tudo, também decorre da necessária acentuação do princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser cortejado em qualquer contexto relacional, não se excluindo aí o das relações de mercado.

Desta forma todo o plexo normativo que visa a ***proteção*** do consumidor, deve necessariamente ser tomado como parte da disciplina jurídica dos consequentes da declaração de falência do empresário-fornecedor.

Assim compreender, como o foi na seção anterior num primeiro passo a natureza e o objeto das normas de direito concursal, desde já inserindo a questão da eficácia ou não das normas de defesa do consumidor em seu contexto, demandam agora sua análise sob uma perspectiva que leve em conta os *princípios gerais de direito.*

Quando se fala em *princípios* tem-se que estes devem ser tomados aqui no sentido de proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos, ou seja, dentre os vários significados que pode assumir a palavra *princípio*, um dos que mais se aproximam do objeto do presente estudo é, primeiramente, o de *base* ou *essência*, uma vez que todo *princípio* traz incito na sua estruturação a ideia de alicerce, de fundamento para algo.

Além desse, o outro significado que se destaca é o de *preceito de natureza geral*, ou seja, *regra*. Assume o princípio, nesta condição, uma natureza dogmática, no exato sentido em que muitas vezes é utilizado como *norma básica* que justifica a formação de um sistema.

Neste sentido Paulo de Barros de Carvalho[227], ao expor sobre princípio leciona que:

> [...] princípio é palavra que freqüenta com intensidade o discurso filosófico, expressando o ‘início’, o ‘ponto de origem’, o ‘ponto de partida’, a ‘hipótese

[227] CARVALHO, Paulo Barros de**. Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008. p. 255.

> limite' escolhida como proposta de trabalho. Exprime também as formas de síntese com que se movimentam as meditações filosóficas ('ser', 'não-ser', 'vir-a-ser' e 'dever-ser'), além do que tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados). Cada 'princípio', seja ele um simples termo ou um enunciado mais complexo, é sempre susceptível de expressão em forma proposicional, descritiva ou prescritiva.

Nessa linha ao se fazer uma associação das ideias aqui destacadas, pode-se afirmar que princípio seria regra fundamental e estrutural de um sistema, ou conforme bem explica Carlos Ari Sundfeld:

> Os princípios são idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. [...] A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajudar no ato do conhecimento.[228]

Assim é evidente a função que tem o *princípio* de propiciar a compreensão global de um sistema e de viabilizar sua identificação, de modo a permitir a sua distinção relativa a outros sistemas, ou seja, os *princípios,* no direito, se configuram como regras gerais que permeiam a estruturação jurídico-positiva, tal qual se verifica para sua utilização em outras ciências, daí falar-se em princípios *gerais*, eis que estão inseridos como pilares da ordem jurídica, indicando o sentido lógico das demais normas que o compõem, ajudando na composição da noção sistêmica de direito[229], formando aquilo que Caio Mario da Silva Pereira define como "[...] linhas de orientação genérica, premissas implícitas a que o legislador se sujeita, [...]"[230], permitindo aos princípios gerais de direito incidirem sobre um conjunto amplo de soluções particulares, sendo assim invocados sempre que necessário, bem como, por vezes expressam valores a serem considerados pela ordem jurídica.

---

[228] SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 87.

[229] Nesta linha se pronuncia Caio Mario da Silva Pereira, ao afirmar que: [...] a invocação dos *princípios gerais de direito,* com a qual o aplicador investiga o pensamento mais alto da cultura jurídica, juntamente com a fixação da orientação geral do ordenamento jurídico, e os traz ao caso concreto. Perquire o pensamento filosófico sobranceiro ao sistema, ou as idéias estruturais do regime, e impõe a regra em que dada espécie se contém implícita no organismo jurídico nacional. (Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1. p. 49.)

[230] "Todo direito observa linhas de orientação genérica, premissas implícitas a que o legislador se sujeita, como sejam, as tendências democráticas ou totalitárias, a realização de uma economia capitalista ou socialista, a sujeição a dados morais essenciais, como a infra-estrutura cristã ou marxista. Descendo ao exame, encontram-se princípios dominantes em certos ramos do direito, como a proteção ao empregado no direito do trabalho ou a flexibilidade do crédito no direito mercantil. Aprofundando na análise, buscam-se inspirações específicas de certas províncias ou de determinadas instituições, como seja a idéia de amparo aos filhos no direito de família ou o princípio da autonomia no direito do contrato. Os princípios gerais de direito, no dizer de Cogliolo, são então aquelas regras oriundas da abstração lógica daquilo que constitui o substrato comum das diversas normas positivas." (Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1. p. 49.)

Enfim, na dicção de Fábio Ulhoa Coelho, princípios gerais de direito seriam:

> [...] regras de conduta, como todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico vigente num país. Caracteriza-os a extensa proporção de seu âmbito de incidência, de modo a servirem de elementos informadores da interpretação das demais normas jurídicas e à solução de lacunas.[231]

Dessa forma, na seara jurídica, os princípios gerais de direito seriam segundo Paulo de Barros de Carvalho compreendidos:

> [...] a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos 'princípio' como 'norma', nos dois últimos, 'princípio' como 'valor' ou como 'critério objetivo'. [232]

Ou seja, os princípios compreendem regras jurídicas a informar uma gama ampla de condutas, podendo estes em algumas situações servir para explicitação do conteúdo destas regras, funcionando como mecanismo de interpretação ou solução de lacunas no sistema[233].

De outra face, uma série de normas jurídicas tem como substrato básico ou limite de alcance objetivo os *princípios gerais de direito,* estampando os mesmos valores maiores que sedimentam a ordem jurídica.

Quanto à classificação, servindo-se mais uma vez este estudo das colaborações de Fábio Ulhoa Coelho, pode-se classificar os princípios jurídicos: i) quanto à hierarquia, em constitucionais e legais; ii) quanto à positivação, em explícitos e implícitos, e; iii) quanto à abrangência de seus preceitos, em gerais e específicos.[234]

São *constitucionais*, os princípios jurídicos enunciados na Constituição Federal, a exemplo do *princípio da proteção ao consumidor*, expresso na norma do inciso V do art. 170

---

[231] COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do direito comercial:** com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 13.

[232] CARVALHO, Paulo Barros de. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008. p. 256.

[233] A distinção entre princípios gerais de direito e as demais normas jurídicas, segundo Angel Latorre, assenta-se no fato de que: "Por princípios gerais do direito entendem-se os enunciados gerais a que se subordina um conjunto de soluções particulares. Não devem confundir-se com as normas jurídicas, por mais amplas que estas sejam. Tanto as normas como os princípios são gerais, mas uma norma jurídica estabelece-se para um número indeterminado de actos ou factos e só rege para esses actos ou factos. Um princípio, pelo contrário, comporta uma série indefinida de aplicações. Pode dizer-se, assim, que as regras jurídicas são aplicações dos princípios, a não ser que estabeleçam excepções a eles." (Cf. LATORRE, Angel. **Introdução ao direito.** Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 87.)

[234] COELHO, Fabio Ulhoa. Op.cit., p. 26.

da CF/88. Por outro lado, são *legais*, os princípios jurídicos enunciados por meio de lei, tal qual ocorre com o *princípio da presunção de vulnerabilidade* do consumidor, constante da regra do inciso I do art. 4º. do CDC.

Quanto à positivação, estando o princípio expresso sob o formato de regra positiva (lei posta) será ele *explícito* ou *direto*, *v.g.*, reitere-se, o *princípio da proteção ao consumidor* expresso na norma do inciso V do art. 170 da CF/88. Contudo, alguns princípios jurídicos podem também apresentar-se *implícitos*, ou seja, incidir de maneira *indireta*, sem perder, na sua configuração normativa ou valorativa, o caráter de linha diretiva, de norma jurídica, que ilumina a compreensão de setores normativos, imprimindo a estes o caráter de unidade relativa e servindo de valor de agregação, tal qual ocorre com o *princípio da inerência do risco*, próprio do direito comercial, mais especificamente de seu sub-ramo o direito concursal.

Por fim, quanto a abrangência normativa dos princípios, tem-se aqueles que se aplicam à uma ampla área da ordem jurídica (princípios gerais) e outros, pertinentes a certos setores mais específicos do direito (princípios específicos).

Nesta parte, cortejar os princípios do direito concursal (princípios específicos), com o princípio geral da ordem econômica da *proteção ao consumidor*, torna-se imperativo lógico na argumentação que se desenvolve ao longo do presente estudo.

4.1 A QUESTÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NA FALÊNCIA SOBRE A ÓTICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Como visto a evolução tecnológica, econômica e social gerada a partir do fenômeno da Revolução Industrial deram origem ao que hoje se conhece como *sociedade de consumo*.

Nessa sociedade marcada pela intensa produção e correlato consumo de bens e serviços destacam-se quatro sujeitos principais: os empresários, os trabalhadores, o Estado e os consumidores.

Da interação desses sujeitos surgem relações que demandam regulação, e desta regulação surgem instituições, dentre elas, em especial o *mercado*, encarado aí como conjunto de agentes, meios e instrumentos geradores de negociações recíprocas entre sujeitos dispostos a oferecer bens e serviços e, sujeitos que demandam por estes bens e serviços, compreendendo instituições e instrumentos operacionais de natureza econômica, que viabilizam as trocas econômicas.

Dentre os agentes de mercado, destaque se faz para os *empresários*, que senhores dos meios de produção conduzem o ritmo das ofertas de bens e serviços, cuja iniciativa depende de controles estabelecidos por outro agente, no caso o *Estado*, a fim de que suas *falhas* ou *determinismos* não prejudiquem as trocas econômicas viáveis por meio dos mercados.

Ao afirmar Eros Grau[235] que os determinismos do mercado configurados pela busca incessante dos empresários pelo máximo lucro, à custa da exploração da força de trabalho e dos recursos de produção, exigiram uma mudança de perspectiva na regulação das atividades econômicas, passando as regras jurídicas postas pelo Estado a prever maior intervenção do mesmo no contexto das relações econômicas, verifica-se a clara função do direito posto no sentido de impor limites à liberdade de empreendimento e acumulação de riquezas do sistema capitalista de produção.

E continua o citado autor a afirmar que o *mercado* assume configuração de uma instituição jurídica posta e conformada segundo os ditames do ordenamento posto[236], cuja conformação alberga de um lado a figura do empresário e de outro aquele a quem dirige sua atividade e de onde pretende obter o lucro com a produção e circulação de produtos ou a prestação de serviços, no caso, o *consumidor*.

A estrutura sistêmica da regulação das atividades econômicas se dá, *ab initio*, no plano constitucional, donde advém não só as normas essenciais garantidoras da liberdade de empreender (livre iniciativa); da liberdade de competição entre os agentes econômicos (livre concorrência); da liberdade de dispor como efetuar as trocas econômicas (liberdade de contratar), e; do direito de poder adquirir e dispor de bens (propriedade privada); como também dispõem de normas asseguradoras dos limites de atuação destas liberdades, refletindo sobre a construção e interpretação das normas infraconstitucionais reguladoras do exercício da atividade econômica, seja no plano do direito público ou do direito privado, ganhando destaque neste contexto os *princípios*.

Assim sendo tem-se o que se costuma nominar de *a ordem econômica* como, definida por Eros Grau como:

> [...] conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem

[235] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30.
[236] Ibid., p. 35.

> jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).[237]

Reitere-se que a ordem econômica, estrutura-se por conta do direito posto, que renova-se na medida em que as relações econômicas exigem, tendo nesta linha normas que tratam de impor limites aos determinismos de seus agentes[238], assumindo assim os princípios relevo maior na sistemática normativa posta.

Nessa linha compõem referidas normas, nos termos do que ensina Paulo de Barros Carvalho[239] *um sistema*, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um pressuposto unificador, de modo que as normas do sistema jurídico estão dispostas de forma hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, formando um sistema prescritivo.

Referido sistema pauta-se de valores maiores que incorporam ao longo do tempo, dando o suporte necessário a uma construção lógica que assegurem o seu pressuposto unificador.

O surgimento da sociedade de consumo, na atualidade, caracterizada por um número crescente de produtos, serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, bem como pelas dificuldades de acesso à justiça, tornou obsoletos o direito clássico (civil e comercial) em sua original conformação, face aos direitos daqueles que ao contrário do empresário, numa relação aparentemente negocial, não tem condições de fazer valer suas pretensões ou cláusulas.

Nesse prisma o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) assume uma posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, passa a "ditar as regras"[240], colocando o consumidor numa posição de *vulnerabilidade*.

> Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam

---

[237] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70.
[238] Ibid., p. 17 et seg.
[239] CARVALHO, Paulo Barros de. **Direito tributário, linguagem e método.** São Paulo: Noeses, 2008. p. 213-214.
[240] GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 6.

> outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o marketing.[241]

O modelo da autorregulamentação que inspira a doutrina liberal, segundo a qual, o mercado e seus agentes, onde e quando, fornecedores e consumidores encarregam-se da tarefa de extirpar as práticas perniciosas, como visto, de forma isolada é pouco eficaz no mister de suprir a *vulnerabilidade* do consumidor, entendido este último, como acentuado por Eros Roberto Grau[242], "[...] aquele que se encontra em uma posição de *debilidade e subordinação estrutural* em relação ao produtor do bem ou do serviço de consumo."

A vulnerabilidade técnica, informacional, fática, jurídica e econômica do consumidor face ao fornecedor faz com que a ordem jurídica reconheça a desigualdade existente na relação de consumo e o necessário *valor da pessoa humana que nela assume a condição de consumidor*[243].

O domínio dessa situação pela empresa decorre do fato de que esta, enquanto instituição a que se reconhece influência, dinamismo e poder de transformação, pode servir como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea[244], possui o controle do fluxo dos bens, dos serviços e da força de trabalho, através de "[...] decisões do conjunto de empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem todas as demais unidades, pequenas e médias."[245]

> O sistema de produção em massa provoca desequilíbrio entre produtores e consumidores, estes menos informados do que aqueles sobre qualidades e utilidades dos bens ofertados. O controle do Estado sobre o funcionamento dos mercados é necessário para que os produtores, se tiverem poder para controlar a produção, restringindo a oferta de bens e serviços nos mercados, não limitem o exercício da autonomia privada pelos consumidores.[246]

Daí o papel de extrema relevância do Estado a desempenhar no deslinde da presente questão, surgindo como complemento da autorregulamentação imposta pelo mercado, por

---

[241] GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 7.

[242] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 251.

[243] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42 et. seq.

[244] COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo/SP, ano 22, n. 50, pp. 49-74. abr/jun. 1983. p. 49.

[245] LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 67.

[246] SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

meio do intervencionismo estatal, que especificamente nesta área das relações entre consumidor e fornecedor, atua disciplinando a relação de consumo de forma a restabelecer o equilíbrio entre as partes nela envolvidas.

Como bem ensina Raquel Sztajn:

> Restrições ao poder de negociar cláusulas e condições do negócio que decorrem do exercício do poder contratual por uma das partes é argumento para a imposição de regras de tutela da parte mais débil, vulnerável, diante de quem tem posição dominante.[247]

Nesse contexto, volta-se aos determinismos do mercado, que sem limites objetivos em nada consideraria a circunstância da pessoa física ou jurídica destinatária final dos produtos e serviços produzidos pelas empresas fornecedoras.

Assim como afirma Roberto Senise Lisboa[248] a *igualdade formal* é um pressuposto insatisfatório, face às notórias diferenças socioeconômicas existentes entre consumidor e fornecedor, em função do poder deste no mercado de consumo, impondo preços e controlando a oferta de produtos e serviços que oferece, em detrimento do consumidor.

De outra ponta, ouvidar nesta discussão que *poder consumir*, nos dias de hoje, num plano socioeconômico, é ter cidadania (cidadania econômica), é possuir condições de participar de uma instituição essencial (o mercado) do sistema capitalista de produção.

Não ter renda ou condições de participar deste processo social é dele ser excluído, é uma cidadania vazia, quase morta para o hoje, daí a intervenção do Estado, que dentre as várias maneiras que pode interagir na solução desta questão, atua com efetividade ao disciplinar as relações jurídicas decorrentes do consumo em massa, que somente assegurará dignidade à pessoa do agente consumidor, se proteção jurídica específica ele tiver da ordem jurídica posta.

E sendo a defesa do consumidor valor constitucional consagrado como direito fundamental em seu texto (art. 5º. XXXII da CF/88), portanto, "[...] direito fundamental (direito humano de nova geração ou dimensão positivado na Constituição"[249], dando uma nova dimensão à ideia da dignidade da pessoa humana (outro valor constitucional caro no texto da atual CF/88), valor este eleito no art. 170 da Constituição Federal de 1988, como um

---

[247] SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

[248] LISBOA, Roberto Senise. A livre iniciativa e os direitos do consumidor. In: SIMÃO Filho, Adalberto. LUCCA, Newton. **Direito empresarial contemporâneo.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 175.

[249] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

daqueles a ser considerado no contexto da disciplina das relações da ordem econômica, nada mais lógico que a defesa do consumidor fosse necessariamente efetivada por um princípio, no caso, *o princípio da defesa do consumidor*, inserto no inciso V do mesmo art. 170 da CF/88.

Como anota Eros Roberto Grau[250], o princípio constitucional da defesa do consumidor é:

> Princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de diretriz (Dworkin) – norma objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.
> Ao princípio confere a Constituição, desde logo, concreção nas regras inscritas nos seus arts. 5º., XXXII – " o Estado promoverá,na forma da lei, a defesa do consumidor" -, 24, VIII – responsabilidade por dano ao consumidor -, 150, § 5º. – "a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços" -, e 48 das Disposições Transitórias – determinação de que o Congresso Nacional elaborasse, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, código de defesa do consumidor.

Desse modo, a defesa do consumidor erige-se no cerne da Constituição como princípio regulador da ordem econômica e das normas que servem à sua disciplina, concretizando-se por meio dos preceitos constitucionais citados e se efetivando por meio de específica normatividade que discipline dentre outras coisas: os conceitos de consumidor e fornecedor; disposições sobre a política de relações de consumo; direitos básicos do consumidor; sobre o sistema nacional de defesa do consumidor; definições de direito material sobre produto e serviços e os seus consectários jurídicos e práticos, tais como qualidade, segurança e responsabilidade, assim como prazos e formas de fluxos diferenciados de prescrição e decadência; regulamentação das práticas comerciais – cláusulas contratuais, informação e publicidade; sanções administrativas e penais; disposições inovadoras, tais como a disciplina dos bancos de dados cadastrais, e; tutela diferenciada dos interesses do consumidor em juízo, tal como ocorre no atual Código de Defesa do Consumidor.

Nos dizeres de Claudia Lima Marques:

> De outro lado, a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 também significa, sistematicamente, uma garantia constitucional deste ramo do direito privado, um direito objetivo (na

[250] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 249.

> lei, no sistema posto de direito) de defesa do consumidor. É a chamada 'força normativa' da Constituição (expressão de Konrad Hesse), que vincula o Estado e os intérpretes da lei em geral, que devem aplicar este novo direito privado de proteção dos consumidores (institucionalizado na ordem econômica constitucional, no art. 170, V, CF/88, garantido no art. 5º., XXXII, da CF/88). Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil.[251]

Referido campo específico do direito positivo e da ciência do direito não se constitui como um direito de classe, mas sim, como um direito de ordem pública e de interesse social, fatores estes denotados pelo assento constitucional do princípio expresso no V, do art. 170 da CF/88, que limita a liberdade de iniciativa ao respeito dos bens e interesses do consumidor, bens e interesses estes de natureza difusa, numa espécie de simbiose, segundo Bobbio[252], onde estaria o direito do consumidor entre os direitos de segunda e terceira geração, ou seja, entre os de natureza social, voltados para a mitigação das desigualdades resultantes do conflito de classes, e, os de natureza difusa, cujo foco seria a proteção de interesses da sociedade (ou da humanidade) como um todo.

Por conta do princípio constitucional que assenta o valor da defesa do consumidor como baliza para a contenção das liberdades dos agentes do mercado, sua efetivação se dá nos vários planos da regulação da atividade econômica, manifeste-se ela no plano do individual, do social ou do difuso, inclusive preservando o mercado, na medida em que, segundo Paula Forgioni:

"Do ponto de vista do funcionamento do mercado, havemos de reconhecer que a proteção do consumidor significa assegurar a *manutenção da possibilidade de disputa entre os agentes econômicos."*[253]

E conclui a autora supra citada que:

> [...] temos que a proteção ao consumidor significa o incremento do fluxo das relações econômicas que por sua vez, atua em prol do 'interesse geral do comércio'. Mais do que isso: sem consumo não há mercado, pois não há sentido para a produção.[254]

---

[251] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 33.

[252] BOBBIO, Norberto apud ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho. A legitimidade do ministério público para a defesa dos interesses individuais homogêneos do consumidor: um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista. **Revista de direito do consumidor.** n. 52, out/dez. 2004, pp 66-91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 68.

[253] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 221.

[254] Ibid., p. 221.

Eis aí a razão pela qual não escapam as normas de direito concursal, em especial as da Lei 11.101/2005, que disciplinam a falência e a recuperação de empresas, do espectro de abrangência do princípio da defesa do consumidor.

Conforme afirma Claudia Lima Marques:

> [...] certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. Assim temos hoje a força interpretativa da menção constitucional ao consumidor, isto é, o direito privado não pode ser interpretado "contra"o – e sim – sempre à favor do – sujeito de direitos identificado pela Constituição como sujeito vulnerável a ser protegido pelo Poder Judiciário e Executivo e uma 'força normativa' imposta a estes poderes como guia de atuação positiva e funcional, que também vincula o Poder Legislativo. Em outras palavras, a Constituição seria a *garantia* (de existência e de proibição de retrocesso) e o *limite* (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral![255]

Ocorre, contudo, que a proteção do consumidor na falência, tal qual hoje resta ela positivada, contraria os ditames constitucionais que consagram a proteção do consumidor como valor da ordem econômica posta e ignorar tal circunstância, tal qual ocorre na regulamentação da falência, configura o descumprimento da garantia constitucional da proteção do consumidor.

Paradoxal, contudo, que ao *trabalhador* resta deferida na falência (*v.g.* arts. 83, I e 84, I da Lei 11.101/2005) a proteção constitucional que lhe é assegurada no mesmo trecho da Constituição que consagra a proteção ao consumidor como princípio constitucional da ordem econômica (vide: art. 170, *caput* e inciso VIII da CF/1988)[256].

Não se pode negar que a possibilidade de os consumidores poderem obter reparação quando os seus direitos são violados por fornecedores promove a confiança daqueles nos mercados e melhora o seu funcionamento. Contudo, este objetivo só pode ser alcançado se os consumidores souberem que, na ocorrência de um problema, poderão fazer valer os seus direitos e obter a reparação adequada.

---

[255] MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 33-34.

[256] Sobre a eventual antinomia Fábio Konder Comparato rejeita a ideia de prevalência de hierarquia entre a defesa do consumidor e a proteção do valor social do trabalho, afirmando que "[...] não há que se distinguir a defesa do consumidor, em termos de nível hierárquico, dos demais princípios econômicos declarados no art. 170. Quer isto dizer que o legislador, por exemplo, não poderá sacrificar o interesse do consumidor em defesa do meio ambiente, da propriedade privada, ou da busca do pleno emprego; nem inversamente, preterir este últimos em prol da defesa do consumidor." (Cf. COMPARATO, Fabio Konder. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, v. 80, pp.66-75. 1990. p. 70-71.)

Isto inclui a concepção de uma estrutura de direito material que albergue esta possibilidade, assim como de direito processual que viabilize a busca da tutela destes direitos, pelas vias individual e coletiva, o que fatalmente replica na disciplina normativa da falência, responsável pela concepção de direitos materiais e processuais, a regular a solução de conflitos decorrentes da situação de crise econômica de um devedor empresário.

Assim sendo no plano da falência, inaceitável é a situação do consumidor/credor do fornecedor/falido, na medida em que a defesa do consumidor como direito fundamental e princípio constitucional, impõe a efetivação desta de maneira ampla e não da maneira canhestra como hoje se apresenta, não legando formas mais efetivas de proteção ao consumidor quando da falência do fornecedor.

4.2 A QUESTÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NA FALÊNCIA SOBRE A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS INFORMATIVOS DO DIREITO CONCURSAL

Visto na subseção anterior a compreensão do *princípio da proteção ao consumidor* expresso na norma do inciso V do art. 170 da CF/88, mister neste ponto da tese cortejá-lo face a alguns princípios específicos regentes do direito concursal de modo a verificar neste alto ponto (o da contraposição de princípios jurídicos), em que circunstâncias ocorre a negativa do ideal de tutela do consumidor, e quais deles eventualmente prestam-se a implementá-la no contexto da falência.

4.2.1 A inerência do risco como princípio do direito concursal

Todo o impulso normativo do Direito Comercial (seu *dever ser*) deriva das necessidades decorrentes da realidade das relações intersubjetivas efetivadas no ambiente de mercado (*ser*).

Referida constatação tem base na história do Direito Comercial, que surgira da necessária adaptação de normas do Direito Civil de inspiração e formulação romano-canônica, para o atendimento de necessidades próprias do tráfico mercantil, possibilitando, por conseguinte, o surgimento de regras jurídicas inovando pura e simplesmente no mundo

jurídico ou superando vetos e proibições que o ordenamento comum e geral (Direito Civil) impunha ou podia impor ao desenvolvimento do comércio.

Neste sentido ensina Paula A. Forgioni:

> Conforme doutrina clássica, em sua origem o direito comercial emerge, por volta do século XII, da necessidade prática dos comerciantes, para quem o direito romano (que estava até então sendo redescoberto) não bastava para (i) atribuir um maior grau de segurança e de previsibilidade às relações comerciais e (ii) proteger a celeridade e outras características peculiares da vida mercantil.[257]

Na atualidade, mantém o Direito Comercial referida característica na medida em que as relações econômicas desempenhadas num ambiente de mercado estão em constante mudança, inovando e requerendo flexibilidade de instrumentos sem o que o próprio desenvolvimento econômico seria comprometido.

Tendo hoje o Direito Comercial foco na figura da empresa em sua complexa caracterização, aqui sintetizada como "[...] organização dos fatores de produção para a criação e oferta de bens e serviços em mercados [...]"[258], dita premissa não se alterou como ensina Raquel Sztajn:

> [...] não é o Direito que produz as mudanças, mas que as reconhece e as convalida. Parece claro que o operador do Direito deve estar atento a tais demandas, notadamente no que tange ao Direito Comercial, cuja relação com outras disciplinas, mas, sobretudo, com a prática, a realidade social subjacente, é cristalina desde suas origens históricas.[259]

Sob este primado, impossível ignorar um aspecto da realidade da prática empresarial que no caso se consubstancia no *risco*.

---

[257] FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 130, pp.7-38. abr./jun., 2003. p.18. Complementa esta idéia a lição de Raquel Sztajn segundo a qual: "Foram as demandas dos mercadores que, para ultrapassar as barreiras dos direitos locais, levaram à produção de um sistema uniforme e internacional, bastante heterodoxas em relação ao arcabouço tradicional vigente nos séculos XI e XII. Esse direito especial, de uma classe de agentes econômicos, se desenvolve paralelamente ao direito comum, operando sob princípios desenhados para permitir que cumprisse a função para a qual foi predisposto: reger atividades econômicas exercidas profissionalmente, seja sob o manto das corporações de artes e ofícios, seja, posteriormente, do Estado, com as outorgas reais para a criação das companhias, seja, finalmente, sob a égide do direito privado." (SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresarial e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.)

[258] Ibid., p. 3.

[259] SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresarial e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5. No mesmo sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* do empresário no Código Civil de 2002. **Revista do advogado.** São Paulo: AASP, ano XXVIII, n. 96, p. 11 – 20, Mar. 2008. p. 13.

O *risco* pode ser primariamente descrito como *a eventualidade de insucesso, decorrente de fatores incertos que independem da vontade do interessado*[260].

Avançando sobre a seara econômica *risco* é "[...] a possibilidade de perda financeira."[261], ou seja, o risco envolve a probabilidade de prejuízo econômico, a realizar-se ou não conforme fatores incertos interajam nas ações dos agentes econômicos frustrando-lhes as expectativas almejadas.

Assim, para o direito comercial, risco significa a "[...] possibilidade de prejuízos no exercício da atividade empresarial"[262], ou seja, a idéia de risco compreende a possibilidade de eventual perda econômica do empreendedor (empresário individual, sócio de sociedade empresarial, ou ainda, o titular da empresa individual de responsabilidade limitada).

Como ensina Romano Cristiano:

> A atividade empresarial é caracterizada basicamente pela existência de risco: ela surge quando o respectivo agente (empresário) separa, de seu patrimônio particular, determinada quantidade de capital (unicamente de ativos), para ser utilizada com certa finalidade (produção ou circulação de bens ou de serviços). O risco consiste na possibilidade de perda, parcial ou total, do capital assim separado.[263]

Ele compõe o cálculo dos custos do empresário, na medida em que, segundo lições da economia, fatores de produção possuem uma interação tão intensa e complexa, que a certo modo, apesar de ainda guardarem o caráter da mobilidade, ganham contornos de rigidez em suas mais variadas expressões, sejam eles de natureza: física, operacional, institucional ou psicológica[264], de modo a conferir aquilo que é de mais precioso numa economia de mercado: a previsibilidade e a estabilidade.

Numa simbiose, risco e resultado (lucro ou prejuízo) convivem na dinâmica da realidade da atividade empresarial[265], tendo em vista que o empresário se sujeita a diversos fatores externos, tais como mudanças tecnológicas, concorrência, economia, política entre

---

[260] INSTITUTO ANTONIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2462.

[261] GITMAN, Lawrence J. **Princípios de administração financeira.** 10. ed. São Paulo, Pearson Addisson Wesley, 2003. Tradução: Antonio Zoratto Sanvicente. p. 184.

[262] INSTITUTO ANTONIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2462.

[263] CRISTIANO, Romano. **Empresa é risco:** como interpretar a nova definição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 134.

[264] NUSDEO, Fabio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 140.

[265] "Os juros ou o lucro são explicados como recompensas recebidas pelo investidor por assumir determinado risco de incerteza econômica, relativa a eventualidades como modificações nas taxas de cambio, recusa do produto pelo consumidor ou investimento numa atividade cujos resultados sejam negativos, isto é, revelem prejuízo." (Cf. SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI.** São Paulo: Record, 2005. p. 737.)

tantos outros, estando as empresas sujeitas a riscos e incertezas no desenvolvimento de suas atividades tornando necessário àquelas a adoção de técnicas que forneçam informações, com a menor subjetividade possível, da ocorrência daqueles fatores sobre os resultados[266].

Assim tem-se uma primeira distinção a ser considerada quando da definição de risco, que seria a de que ele se apresenta como fator provável e conhecido, logo, diferente da *incerteza*, que se caracteriza por ser uma probabilidade *desconhecida*.

Neste sentido interessante a lição de Paulo Sandroni, sobre o risco e a incerteza:

> RISCO. Situação em que partindo-se de determinado conjunto de ações, vários resultados são possíveis e as probabilidades de cada um acontecer são conhecidas. Quando tais probabilidades são desconhecidas, a situação denomina-se *incerteza*. Em sentido mais concreto, é a condição de um investidor, ante a possibilidade de perder ou ganhar dinheiro.[267]

Assim sendo o *risco* pode ser definido como *a possibilidade de eventual perda econômica do empreendedor, a realizar-se ou não conforme fatores prováveis de seu conhecimento e não controláveis por ele, que necessariamente interajam nas suas ações.*

Sua menção na doutrina é pródiga, principalmente quando doutrinadores arvoram-se a definir empresa e relacioná-la com o mercado, numa interface direta com a economia.

Como um dos vários exemplos desta postura vê-se na obra de Alberto Asquini, quando ao falar da empresa enquanto realidade econômica o autor disserta que:

> O fenômeno da empresa faz parte da dinâmica da economia enquanto realidade produtiva desenvolvida ao longo do tempo, nas quais as variáveis do risco da empresa – o risco técnico e o risco econômico – o primeiro inerente ao processo produtivo e, o segundo à capacidade de cobrir com os resultados da atividade, os custos do trabalho (salários) e, dos capitais empregados (juros) interagem com o trabalho organizado pelo empresário, dando-lhe assim relevo. [268]

O jurista italiano ao esclarecer o conceito de empresário, nos termos postos no art. 2.082 do Código Civil italiano, segundo o qual: "É empresário quem exerce profissionalmente

---

[266] YONEMOTO, Hiroshi Wilson. MANCINI, Renata Foltran. **Risco e retorno financeiro nas decisões empresariais.** Disponível em: http:// intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2232/2393. Acessado em: 31/01/2011. p. 4.

[267] SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI.** São Paulo: Record, 2005. p. 737.

[268] ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 104, p. 109 – 126, out. – dez. 1996. Tradução de: Fabio Konder Comparato. p. 110.

atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens ou serviços." - expõe sobre o que seja atividade econômica organizada prelecionando que:

> [...] uma atividade empresarial (organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio) que implica de parte do empresário a prestação de um trabalho autônomo de caráter organizador e **a assunção do risco técnico e econômico correlato.** Não é, portanto, empresário, quem exerce uma atividade econômica à custa de terceiros e com o risco de terceiros. Não é, tampouco, empresário, quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal, seja de caráter material, seja de caráter intelectual. Não é ainda empresário quem exerce uma simples profissão (o guia, o mediador, o carregador, etc.) nem de regra, quem exerce uma profissão intelectual (o advogado, o médico, o engenheiro, etc.) a menos que o exercício da profissão intelectual 'dê lugar a uma atividade organizada sob a forma de empresa (art. 2.238), como no caso do exercício da farmácia, de um sanatório, de uma instituição de ensino, etc. (...)"[269] (Grifos nossos)

Enfim, justamente por não ter o empresário o controle sob diversos fatores eventuais que podem afetar as relações nas quais se integra por força do exercício da empresa, a inerência do risco diferencia sua atuação das dos demais agentes do mercado[270], constituindo-se como pressuposto inerente de suas relações interpessoais.

Referida constatação, qual seja, a *inerência do risco* a pautar a postura das relações do empresário no mercado, acaba por exercer, por consequência, influência na concepção e interpretação das normas jurídicas empresariais de modo a que estas estejam em sintonia com a realidade que pretendem normatizar.

Deste modo, a *inerência do risco* faz com que assuma uma natural configuração de *princípio*, vez que se presta à função de regra estrutural do sistema, justamente aquela que diz respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão.[271]

Quando o *risco* se concretiza, eis que surge o *prejuízo* e nesta condição pode advir uma crise econômico-financeira para o empresário e todos os seus consequentes.

A normatização dos interesses decorrentes desta situação cabe ao Direito Concursal, enquanto conjunto dogmático realizável para solução da situação do devedor insolvente, podendo servir como instrumento para liquidação judicial ou administrativa de seu patrimônio

---

[269] ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 104, p. 109 – 126, out. – dez. 1996. Tradução de: Fabio Konder Comparato. p. 114-115.

[270] Destaque-se entre estes agentes os trabalhadores e os consumidores, assim definidos na legislação, que justamente por não terem o domínio sobre os fatores de produção, de modo algum podendo ser "sócios" do empresário compartilhando seus riscos de forma plena.

[271] FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 247. Ainda sobre o que se entenda como princípio Carlos Ari Sandfeld afirma serem os princípios "[...] idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se." (**Fundamentos de direito público**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 143.)

pessoal em prol do pagamento dos credores, ou, viabilizando a manutenção e recuperação da empresa pelo devedor desenvolvida.

Nesta hora a intervenção do aparelho do Estado, referendada pela superação do dogmatismo liberal, impõe duas formas bem claras de solução para a insolvência da empresa, - sua falência ou sua recuperação – para tanto, princípios como os da tutela ao crédito e da preservação da empresa, precisam ser coordenados por um outro vértice, a bem do equilíbrio do sistema, qual seja, o *princípio da inerência do risco na atividade empresarial*.

Por ser a própria falência do empresário, também um risco face aos seus demais colaboradores[272] (fornecedores de matérias-primas, bancos, os próprios consumidores entre outros), pelo *princípio da inerência do risco na atividade empresarial*, as regras da falência devem ser construídas para a compensação ou minimização dos *riscos* do inadimplemento gerado pela insolvência do devedor, proporcionando assim uma adequada tutela ao crédito no ambiente de mercado.

Logo sua pertinência também tem cabimento, no momento em que, *na falência*, determinadas categorias de credores, *v.g.* os trabalhadores, tenham seu crédito tratado de forma prestigiada no bojo do concurso de credores, justamente para não se tornar um "sócio" da empresa, quando da sua insolvência, vez que ao longo de sua estada nesta não partilhou dos lucros, somente teve até certo tempo a justa retribuição por sua força de trabalho cedida.

No plano da recuperação judicial da empresa, o princípio da inerência do risco é a medida ideal do conceito de *viabilidade econômica da empresa*, conceito aberto delimitador da correta forma de intervenção do Estado na solução da crise econômica da empresa, fazendo-a pender entre a falência e sua recuperação[273].

Esta última, a *recuperação* – judicial ou extrajudicial - deve se dar de forma a não persistir na expansão do risco inerente aos credores do empresário em crise, deve

---

[272] Sobre esta situação discorre Bisbal Mendez afirmando que "[...]como um mal inevitable y necesario del sistema capitalista; algo que debe tenerse em cuenta em el mismo instante que alguien decide iniciar una empresa o construir un império [...]". (Bisbal Mendez, Apud, LOBO. **Direito concursal:** direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 32.)

[273] Na fala de Fábio Ulhoa Coelho: "Nem toda a falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes, inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os credores [...]" (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 235.)

compreender uma opção soberana dos credores e dos titulares da empresa no sentido da continuidade e recuperação do negócio em crise[274].

O interesse público na preservação da empresa fica, pois, limitado ao interesse do credor em não se submeter a riscos maiores com a recuperação da empresa, visto serem eles inerentes ao negócio com possibilidades de superação ou não conforme o caso concreto.

Dessa forma, conclui-se que o risco é individual, visto derivar de uma escolha do empresário em dedicar-se a uma determinada atividade econômica, tornando-se uma realidade com a qual o empresário deve conviver, realidade esta ligada diametralmente com a expectativa de proveito econômico por ele almejada com a empresa, pautando suas relações interpessoais e por consequência se tornando princípio normativo do Direito Comercial.

Quando o risco se concretiza em prejuízo para o empresário e, esteja ele inserido num estado de crise econômico-financeira, pelo *princípio da inerência*, as normas de Direito Concursal devem ser elaboradas e interpretadas de forma a se isolar os efeitos da crise sobre o empresário-devedor, eliminando ou minimizando seus efeitos sobre os credores deste, buscando justamente a sua não coletivização.

4.2.1.1 A defesa do consumidor face à inerência do risco

Como cediço um empresário desenvolve sua atividade econômica por meio de diversas relações jurídicas, destas diversas, destaca-se a *relação de consumo*, cuja peculiaridade demandou a construção de normas jurídicas diferenciadas.

O diferencial destas normas leva em conta o pressuposto da hipossuficiência do consumidor face aos demais agentes atuantes no mercado, em especial, o fornecedor.

---

[274] "O instituto da recuperação da empresa está essencialmente atrelado aos incentivos econômicos que o empresário racionalmente encontra para pretender manter-se nesta condição. Não há como tornar efetiva a recuperação da empresa sem levar em conta o interesse e a vontade privada do empresário. Por outro lado, de nada adianta o titular da empresa considerá-la o mais eficiente instrumento de maximização de seus ganhos se, diante de sua eventual crise econômico-financeira, o mesmo não for feito pelos demais grupos de interesses envolvidos com a organização econômica." (PIMENTA, Eduardo Goulart. Eficiência econômica e autonomia privada como fundamentos da recuperação de empresas no direito brasileiro. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coord.). **Direito Civil:** Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 291 – 313. p. 301.). Razão assiste às observações do autor acima citado na medida em que segundo a Lei 11.101/2005, a iniciativa do pedido de recuperação judicial cabe ao devedor (arts. 48 c/c. 51 e art. 95 da lei). De outra parte, cabe aos credores, decidir de forma soberana sobre a aprovação ou não do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor (Lei 11.101/2005, arts. 55, 56 § 2º. c/c. art. 45 e art. 58). O mesmo sucede com a recuperação extrajudicial sob as formas para ela preconizadas pela lei.

Certo é que o empresário/fornecedor busca o consumidor para obter lucro, assumindo o risco desta empreitada, o que num contexto da moderna sociedade capitalista, faz com que referida iniciativa seja prestigiada, como meio de prover o mercado dos bens e serviços necessários ou não a todos.

Contudo, toda atividade empresarial, desde os primórdios de seu surgimento pautou a atuação de seus agentes pela tentativa de suplantar ou minimizar os riscos inerentes à atividade econômica como forma de tentar maximizar o proveito objetivado por este agente com a atividade que escolheu desempenhar.

Sob certa medida os riscos da atividade empresarial são tolerados e institucionalizados, como ocorre na regulação de instrumentos que limitam a responsabilidade do empreendedor pelos riscos do negócio que pretende participar ou exercer diretamente.

São exemplos destas regras aquelas que limitam a responsabilidade dos sócios e dos acionistas nas sociedades limitadas e nas sociedades anônimas, nos termos dispostos nos arts. 1.052 do CC e do art. 1º. da Lei 6.404/1976, respectivamente, ou ainda, mais recentemente no texto do art. 980-A do Código Civil, introduzido pela Lei 12.441 de 11 de julho de 2011.[275]

Contudo, importante considerar que tal aceitação comporta limites, sendo certo que a concretização do risco da empresa em prejuízo não deve ser evitado em relação a alguns sujeitos que se relacionam com o empresário em condição de subordinação, hipossuficiência e vulnerabilidade, tal qual ocorre com o trabalhador e, no que interessa a esta tese, como *o consumidor*.

São os chamados credores *não negociais*, ou seja, aqueles que interagem no mercado em relação de subordinação ou dependência em relação ao empresário, justamente por não poderem negociar os termos de suas avenças com a outra parte, simplesmente aderindo aos termos por ela pré-elaborados, bem como muitas vezes não tem como não querer se submeter a estes termos.

São aqueles credores, que quando da celebração do negócio jurídico não tem a vontade livre, ou nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho, são "[...] credores que não dispõem, [...] de meios negociais para a preservação de seus interesses. São eles o credor fiscal, a Seguridade Social, o empregado e o titular de direito extracontratual à indenização."[276]

---

[275] "A limitação da responsabilidade dos sócios é um mecanismo de socialização, entre os agentes econômicos, do risco de insucesso, presente em qualquer empresa. Trata-se de condição necessária ao desenvolvimento de atividades empresariais, no regime capitalista, pois a responsabilidade ilimitada desencorajaria investimentos em empresas menos conservadoras." Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 414.

[276] Ibid., p. 418 et seq.

A classificação proposta pelo autor leva em conta o estudo das exceções à separação patrimonial e à limitação da responsabilidade das sociedades limitadas, regras que como visto, limitam o risco do empresário, e, nas parcas hipóteses em que existe, vigora em função do ideal de proteção justamente daqueles credores sociais cujo negócio jurídico foi estabelecido em condições estabelecidas unicamente pela sociedade empresária.

Os interesses e direitos dos consumidores, como já dito, estão inseridos nesta categoria de créditos, na medida em que estes também não possuem meios negociais para a preservação de seus interesses, e como alerta Fábio Ulhoa Coelho:

> Na tutela dos direitos dos consumidores, na proteção da concorrência e na repressão a práticas lesivas ao meio ambiente, a imputação da responsabilidade aos sócios deve atender aos pressupostos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Os empregados e demais credores não negociais, por fim, enquanto não editada regra que os beneficie expressamente, devem ter os seus direitos creditórios, perante a sociedade limitada, sujeitos à regra da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade dos sócios. [277]

Ao contrário dos chamados credores negociais, os credores não negociais não tem meios de limitar seus riscos, logo, merecem proteção diferenciada da ordem jurídica.

Dita realidade, associada ao fato de que as regras da falência são por demais gerais, apesar de, no plano instrumental e material, reservarem regras específicas que tutelam certas e determinadas categorias de credores, excluindo-se, contudo o consumidor.

Em outros termos, a situação do trabalhador era (e ainda é) a de um contratante sem vontade livre, situação essa decorrente do desenvolvimento da industrialização, o que também ocorre em contratos de outra natureza, principalmente no campo hoje referido pela noção de *relação de consumo,* eis que o consumidor também não contrata porque quer, com quem quer e do modo que quer[278].

Os vínculos entre consumidor e fornecedor são, via de regra, estabelecidos por meio de *contratos de adesão,* cuja marca essencial são a generalidade, a uniformidade e a abstração, relegando ao empresário verdadeiro papel legiferante[279], que impede o consumidor discutir os termos pelos quais participará do processo de trocas econômicas (consumo).

---

[277] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: sociedades. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 419

[278] Neste sentido: Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 12.

[279] Sobre a força dos contratos de adesão e sua repercussão coletiva, Cf. GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no "processo do consumidor". **Revista de direito do consumidor.** n. 28, out/dez. 1998, pp 68-111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 93.

Aqui importante ressaltar que o *trabalhador* na falência, possui certa proteção contra os riscos da empresa, na medida em que seu crédito tem preferência em relação aos demais envolvidos na falência (art. 83, I da Lei 11.101/2005), entre outras disposições a respeito.

No entanto, apesar de o crédito do consumidor ter a mesma natureza do crédito do trabalhador, ou seja, *serem não negociais*, resta aquele desprovido da tutela a que faz jus por uma série de preceitos constitucionais e legais.

Ou seja, a *defesa do consumidor* na falência necessariamente submeter-se-á à concretização do risco do negócio do fornecedor, contudo, tal subsunção não pode ser simples na medida em que se compreende a legislação consumerista que visa proteger o consumidor da necessária transmissão dos riscos do negócio do fornecedor para o consumidor.

Certo é que num procedimento concursal não se pode esperar a plena satisfação dos interesses dos credores nele envolvidos (resultado da inerência do risco), em especial, o dos consumidores, mas no mínimo que todo o conjunto de instrumentos concebidos para a defesa de seus interesses pelo ordenamento jurídico não se perca no vão de um processo de falência ou de recuperação judicial, sob pena de inviabilizar a plenitude do princípio da proteção do consumidor.

4.2.2 O princípio do impacto social da crise da empresa

Ressaltar a importância da empresa para as relações de mercado é fato indiscutível na sociedade moderna, na medida em que ela se constitui como fonte de riquezas para aqueles que nela empreendem, ou seja, o empresário individual, os sócios da sociedade empresária, ou os titulares das EIRELIs; é geradora de postos de trabalho; é consumidora de insumos, produtos e serviços necessários ao bom desempenho de suas finalidades; é fonte de receitas tributárias para o Estado, além de servir a este como patrimônio e fonte direta de receitas (*v.g.* empresas estatais).[280]

Enfim, é fato social de alta relevância e conforme suas dimensões e área de atuação pode assumir papel polarizador dentro de determinada comunidade, podendo ser fator garantidor da subsistência sócio-econômica direta ou indireta de uma cidade, de uma região inteira ou até mesmo de uma nação.

---

[280] COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais: 1983, ano 22, v. 50, pp. 49-74. abr/jun. 1983. p.57.

No entanto, por consistir numa prática que se desenrola no tempo, e por em sua essência implicar em uma atividade de risco, por muitas vezes o empresário vê sua empresa passar por momentos de *crise econômico-financeira*, carecendo de meios para sua manutenção e reorganização, mormente no contexto moderno da economia global, marcado por alto grau de instabilidade, cujas causas desencadeadoras podem consistir numa série de fatores concomitantes de ordem interna ou externa, que culminam no estado de insolvência da empresa.

Assim em torno da empresa, segundo Fábio Ulhoa Coelho, gravita um conjunto de interesses, titularizados por agentes diversos, em níveis distintos de interação com esta, "[...] como as elipses representantes dos movimentos dos planetas em torno em redor do sol."[281]

Seriam três círculos, configurando cada um, conjuntos distintos de interesses a rodear a figura da empresa, sendo que: *i)* no primeiro círculo (aquele mais próximo ao centro, no caso, a empresa), estariam compreendidos os interesses dos empresários, no caso, o próprio empresário, no caso da empresa individual, o titular da EIRELI, os sócios da sociedade empresária, investidores estratégicos, os acionistas do bloco de controle das companhias, e nas sociedades anônimas com alto grau de dispersão acionária, as administradores graduados; *ii)* num segundo círculo, estariam localizados os interesses das pessoas que não sendo os empresários, na configuração acima posta, teriam vínculos com a empresa, a conta de diversas origens e a certo modo, em alguns casos, estão numa relação de interdependência desta, no caso, seriam estes os trabalhadores, o fisco, investidores não sofisticados, fornecedores de insumos, e, os consumidores, e; *iii)* num terceiro círculo, estariam os interesses metaindividuais da sociedade onde a empresa está instalada, afetados de forma imediata ou mediata com o seu funcionamento ou com a sua crise.[282]

Nessa linha de raciocínio tem-se a projeção social da empresa, a afetar o conjunto da sociedade onde está inserida, e não só dos seus titulares (encontrados no primeiro círculo) ou de seus credores (encontrados geralmente, no segundo círculo), sendo, pois, até certa parte, interesse da sociedade, a recuperação da empresa, tendo em vista a repercussão na coletividade que usufrui dos benefícios por dela trazidos (terceiro círculo).[283]

---

[281] COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial:** com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.
[282] Ibid., p. 57.
[283] Segundo Ecio Perin Junior: "A empresa é, numa visão moderna e menos obtusa, muito mais social que privada. Social no sentido de que ao mesmo tempo que serve aos interesses do empresário, credores e acionistas em geral, serve também aos interesses da sociedade." (PERIN Junior, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências.** São Paulo, Saraiva: 2009. p. 5.)

Diante desse conjunto de interesses, muitas vezes conflitante, é que o direito concursal concebe meios, alternativos à mera liquidação do patrimônio do empresário devedor (falência), mas também estrutura mecanismos que possibilitem a manutenção e recuperação da empresa em crise (recuperação judicial ou extrajudicial).

Referidos meios recuperatórios têm lastro no *princípio do impacto social da crise da empresa*, insculpido na regra do art. 47 da Lei 11.101/2005, cujo conteúdo abaixo se transcreve:

> 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.

Este impacto social da crise resvala não só nos interesses da sociedade onde se insere a empresa, mas também reflete o impacto que a crise representará ao conjunto dos credores não negociais do empresário, especialmente, o fisco, os trabalhadores e no que tange à presente tese, os consumidores.

Deste modo, a fim de ampliar e fazer chegar a análise do princípio ora em comento, à esfera dos interesses dos consumidores, mister a compreensão do mercado de consumo, espaço onde interagem dinamicamente a empresa e seus consumidores.

4.2.2.1 Mercado de consumo: compreensão

Visto que mercado compreende um conceito polissêmico, ou seja, que aceita vários significados, a sua designação acompanhada do predicado "consumo" encerra aqui uma necessária digressão.

Interessante notar que a expressão *"mercado de consumo"* resta contida na dicção de vários dos incisos do art. 4º do CDC, *v.g.* no inciso I do citado artigo que diz ser princípio da defesa do consumidor: "[...] reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no *mercado de consumo*; (grifos nossos)"; ou ainda no §2º. do art. 3º. que ao definir serviço afirma ser o mesmo qualquer atividade fornecida no *mercado de consumo*.

Logo, referida noção interfere na definição da relação de consumo, e facilita sua distinção em relação a outras que se desenvolvam no mercado, de forma a atribuir-se de modo mais seguro uma tutela a quem realmente dela careça, ou seja, o *consumidor*.

Dessa forma, compreender o que seja *mercado de consumo* auxilia no entendimento da *relação de consumo* e o que seja, realmente, *consumidor*.

Dito isso, referida compreensão parte do conceito até agora visto acerca do que seja *mercado*.

Dentre os vários significados que ele aceita, destaque-se mercado como sendo *locus* onde se dão as trocas entre os comerciantes ou as vendas aos adquirentes finais (consumidores), seria o mercado encarado como sinônimo de *arena de trocas*, ou seja, sua *dimensão econômica,* como bem define Paula Forgioni[284].

Sob este ponto de vista, qual seja o perfil econômico, *mercado* significa uma cadeia de relações de trocas econômicas de bens e serviços, realizadas por diversos agentes, em algum lugar num determinado momento, o que permite compreendê-lo nessa dimensão (a econômica), como o conjunto das relações existentes entre os agentes que nele atuam, bem como o próprio produto desta inteiração[285].

Referido perfil indica que o *mercado* é realidade geradora de interação intersubjetiva, isto é, entre sujeitos dispostos a oferecer bens e serviços em escala que permita atender à demanda e viabilizar a opção para escolha de outros.

Assim, sob essa perspectiva de mercado, tem-se de um lado, os *empresários*, a quem se permite a iniciativa da oferta destes bens ou serviços, e, de outro lado, sujeitos dispostos a adquirir ou servir-se destes produtos e serviços.

Nesta condição, ou seja, na postura de quem, no mercado, está a procura de algo para satisfazer suas necessidades, tem-se: *i)* outros empresários para a satisfação de sua demanda por insumos para posterior revenda com ou sem agregação de valor, praticando aquilo que se denomina *consumo intermédio,* ou; *ii)* os *consumidores*, pessoas físicas ou jurídicas, para quem a aquisição do produto ou do serviço prestar-se-á puramente a seu uso, sem que, necessariamente, haja posterior revenda com ou sem agregação de valor, naquilo que se convencionou denominar *consumo final*.[286]

---

[284] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 190.
[285] FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 194.
[286] Leia-se que não é vedado ao consumidor dispor de seus bens, nem ao menos que busque vantagem neste ato de disposição (compra e venda, troca, locação, etc.), contudo, não o fará de modo *profissional*, ou seja, não terá referida postura o condão de inserir-se no objeto de uma empresa, ou seja, fazer parte de alguma atividade

Some-se à ideia de *consumo final* o fato da não revenda dos bens com fins profissionais, ou seja, o adquirente final, o *consumidor*, é aquele que adquire o bem ou usa de determinado serviço, podendo mesmo depois dispor deste bem ou do resultado do serviço, como bem lhe aprouver, contudo, sem que o faça de modo profissional.

Dentro desta perspectiva, tem-se que o mercado pode especializar-se, conforme aspectos peculiares que envolvam o processo de trocas a que ele sirva de meio viabilizador, a partir justamente das características presentes nos agentes envolvidos, no objeto almejado pelo processo de trocas e a finalidade presente no interesse que permeia a prática do ato por parte dos agentes.

Assim sendo sob o aspecto econômico, poder-se-ia dizer que o *mercado de consumo* seria justamente aquele onde estão presentes duas categorias bem distintas de sujeitos a interagir: de um lado o *fornecedor*, reconhecido essencialmente[287], pela figura do empresário, nas suas mais diversas configurações subjetivas (empresário individual, sociedade empresária e empresa individual de responsabilidade limitada), oferecendo produtos e serviços, e; da outra ponta o *consumidor*, entendido este como sendo aquele que adquire o bem ou usa de determinado serviço oferecido puramente para seu proveito pessoal, podendo, *a posteriori*, dispor deste bem ou do resultado do serviço, como bem lhe aprouver, contudo, sem que o faça de modo profissional[288].

O que se oferece/demanda neste peculiar mercado são os *produtos*, ou seja, quaisquer bens, móveis ou imóveis, materiais ou imateriais (§ 1º. art. 2º. do CDC), e; os *serviços*, entendidos estes quaisquer atividades fornecidas no mercado, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (§ 2º. art. 2º. do CDC).

Nessa interação os *fornecedores* almejam a realização de sua atividade econômica (oferta dos produtos ou serviços) e a apropriação do proveito material gerado a partir dela

---

econômica desempenhada pelo sujeito mediante a organização de trabalho e capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca, pois se assim o fizer, consumidor não será.

[287] Usou-se a expressão *"[...] essencialmente, pela figura do empresário [...]"* tendo em vista os fins desta tese, que trata da defesa do consumidor na falência, instituto voltado exclusivamente para os empresários, sem contudo, ignorar a figura dos demais fornecedores de produtos e serviços, não enquadrados no conceito de empresário, mas que, no entanto, são por lei considerados fornecedores na forma do art. 3º. do CDC, *v.g*. cooperativas, profissionais liberais e fundações e associações particulares que desempenhem algum tipo de atividade econômica.

[288] A definição de consumidor acima colocada é a constante do *caput* do art. 2º. do CDC, de onde se extrai a definição de *consumidor em sentido estrito*, contudo, a outras definições, expostas em outros dispositivos do texto do CDC, a saber: o parágrafo único do art. 2º.; o art. 17, e; o art. 29, objetivando tanto sua tutela no plano individual como no *plano coletivo*, criam a já aqui mencionada figura do consumidor por *equiparação*, cujo definição será importante componente desta tese, no que tange à compreensão da dimensão coletiva do consumidor e a repercussão da crise da empresa em sua esfera de interesses.

(lucro), mediante a assunção do risco econômico daí decorrente, enquanto que os *consumidores* adquirem os produtos e serviços oferecidos objetivando a satisfação de necessidades diversas ou simplesmente para atender a desejos frívolos.

A partir dos traços acima alinhavados tem-se que, sob uma perspectiva econômica, *mercado de consumo* significa uma cadeia de relações de trocas econômicas de produtos e serviços, realizadas entre fornecedores e consumidores, em algum lugar num determinado momento, o que permite defini-lo nesta dimensão (a dimensão econômica), *como o conjunto das relações existentes entre os fornecedores e consumidores, bem como o produto desta interação, qual seja, a oferta e/ou aquisição do produto ou serviço pelo consumidor na condição de destinatário final destes produtos ou serviços.*

4.2.2.2 Mercado de consumo e seus perfis político e social: a dimensão coletiva do consumidor

Se *mercado de consumo* é sinônimo de arena de trocas entre fornecedor e consumidor, sob o *perfil econômico*, verifica-se que esse processo de trocas é abrangente e complexo, marcado por uma série de práticas, induzidas em especial pelo fornecedor objetivando alcançar o maior número de consumidores possíveis, dentro das perspectivas em que entende abranger o seu negócio.

Sobre a figura do fornecedor (empresário), por ser este aquele agente econômico que participa do mercado provendo-o de bens e serviços que a coletividade possa demandar ou simplesmente querer, e, especificamente no contexto do mercado de consumo, ele possui a *proeminência da direção do processo de trocas econômicas* deste a concepção e oferta do produto ou serviço, até seu efetivo consumo pelo destinatário final dos mesmos.

Não se nega aqui o papel do consumidor no mercado de consumo, que até certo limite pode organizar-se, pesquisar por produtos, serviços e seus respectivos preços, reclamar, etc; participando de certa forma da formação das condições da oferta e aquisição dos produtos e serviços, mas, pelo contrário, apenas ressalta-se sua condição de *submissão estrutural* na relação que se estabelece entre ele e o fornecedor, conforme a realidade demonstrada pela prática econômica.

Logo, definir mercado de consumo, necessariamente demanda a análise de suas outras dimensões que não só a econômica, mas também a política e a social, tal como outrora feito no curso desta tese para o mercado em geral.

Sem perder aqui as lições que embasaram tal análise em outra seção desta tese, mas pelo contrário, para tê-las como o referencial a ilustrar a digressão que ora se propõe, no caso, aqui, faz-se referência, mais uma vez, ao trabalho doutrinário de Paula Forgioni em obra de sua autoria que faz interessante análise sob o mercado e seus perfis[289].

Diante disto e compreendendo o fato de que no mercado de consumo, as trocas econômicas de produtos e serviços são geradoras de relações intersubjetivas que não se circunscrevem à efetiva realização do negócio entre consumidor e fornecedor, pelo contrário, são antecedidas com a oferta ostensiva, o marketing arrojado e práticas diversas que permitem ao fornecedor atingir o público-alvo, no caso, o consumidor, coletivamente considerado; além de se estenderem, com o uso efetivo do produto ou serviço e eventuais consequências danosas derivadas do fato puro e simples deste ato.

Trata-se, pois, o *mercado de consumo*, de um subproduto histórico, fruto da conjunção de determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas, é pois, instrumento a servir no processo de alocação de recursos econômicos[290], em especial, dos consumidores para os fornecedores, a partir da oferta de produtos e serviços para consumo final.

Logo, configura-se a partir conjunto das relações existentes entre os fornecedores e consumidores, numa constante disputa de interesses, impulsionada pela *força da concorrência*, cuja medida de regulação, compõe o elemento característico diferenciador do chamado *perfil político do mercado*.[291]

No caso do mercado de consumo, as necessidades dos consumidores, que muitas vezes contratam, não porque querem, mas muitas vezes para satisfação de necessidades reais ou não que o cotidiano social impõe, por diversas oportunidades tem como fato gerador o marketing

---

[289] Cf. FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 187 et seq.

[290] Cf. Avelãs Nunes, *apud*, FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 198.

[291] Rememorando o que diz Paula Forgini acerca do perfil político do mercado, sob uma perspectiva geral, este é assim resumido: "[...] a dimensão política do mercado emerge da consideração do papel da competição (ou do modelo de competição) exercerá como fator de alocação de recursos na sociedade, e sua compreensão é indispensável para situar a função reservada ao direito. 'Longe de serem 'naturais', os mercados são políticos." (FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 199.)

intenso das empresas, objetivando a criação de espaços para oferecimento de seus produtos e serviços[292].

Deste modo, reconheceu-se que a livre concorrência pura deixava o consumidor numa condição de pouca liberdade face ao fornecedor, mormente diante do seu papel proativo neste mercado como acima ressaltado.

Daí o reconhecimento constitucional da defesa do consumidor como princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, V da CF/1988), que contraposto aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, antes da anulá-los, ao contrário, permitem a sua demarcação, impedindo abusos por parte daqueles que detêm o poder econômico, norteando o sentido da norma jurídica que vige sobre as relações de mercado, em especial, sobre as relações de consumo.[293]

Neste sentido, Siegrifier Kümpel, afirma que:

> Genericamente, os consumidores são tidos como a parte mais fraca nas relações de mercado. Por esse motivo existe um amplo consenso quanto à necessidade de proteger os interesses justificados dos consumidores diante dos empresários, compreendidos como parte ofertadora no mercado. Assim o ponto de partida da proteção ao consumidor se define pelas relações de negócios jurídicos celebrados entre consumidores e ofertadores no mercado.[294]

Assim sendo, a intervenção do Estado a bem do reequilíbrio da relação de consumo, interferindo nas liberdades dos fornecedores de produtos e serviços compõe parte desta dimensão política, marcada essencialmente pelo reconhecimento da *proteção do consumidor* neste mercado, como forma inclusive de assegurar o incremento do fluxo das relações econômicas, eis que sem consumidor não há mercados, eis que deixa de existir sentido para a produção[295].

---

[292] FIUZA, César. **Direito Civil:** curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 208.

[293] "Presentemente, nos interessa registrar que a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica infiltra-se, como valor, na iniciativa privada e a intervenção estatal no domínio econômico, de modo que impossível se mostra não associar a atividade econômica à defesa do consumidor, a qual, por sua vez, não pode chegar ao ponde de inviabilizar a livre iniciativa, igualmente protegida através de princípio constitucional." Cf. ALMEIDA, Luiz Cláudio Almeida. A legitimidade do ministério público para a defesa dos interesses individuais homogêneos do consumidor: um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista. **Revista de direito do consumidor.** n. 52, out/dez. 2004, pp 66-91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 71.

[294] KÜMPEL, Siegrifier. A proteção do consumidor no direito bancário e no direito do mercado de capitais. **Revista de direito do consumidor.** n. 52, ano 13, out/dez. 2004, pp 319-346. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Trad. Peter Naumann. p. 320.

[295] Neste sentido: Cf. FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 221.

Diante disto a proteção ao consumidor compreende, segundo a *ideologia* que permeia a legislação que vigora, a tutela da relação de consumo a começar com a oferta ostensiva feita pelo fornecedor, por meio do marketing arrojado e práticas diversas que permitem ao fornecedor atingir o público-alvo, no caso, o consumidor; passa pela concretização do negócio jurídico onde se efetiva a aquisição do produto ou serviço pelo consumidor; estende-se, com o uso efetivo do produto ou serviço e eventuais consequências danosas derivadas do fato puro e simples deste ato, e; finda com um amplo espectro de instrumentos que permitem a prevenção ou repressão de práticas lesivas ao conjunto dos consumidores e a dotação de instrumentos processuais para tal desiderato[296].

Nesse sentido, verifica-se que a proteção ao consumidor não se encerra apenas na figura daquele que efetivamente participa do ato de consumo, adquirindo um determinado produto ou usufruindo de algum serviço, mas compreende uma dimensão coletiva.

Essa dimensão decorre do reconhecimento do consumo como prática coletiva da sociedade, assim como o interesse em sua preservação difunde-se por toda ela, interpenetrando-se na esfera individual de cada sujeito.

Nas palavras de Luiz Claudio Carvalho de Almeida:

"Diferentemente de outros direitos, o consumo, na sociedade contemporânea, é imanente ao ser humano, incutindo-se na própria personalidade do ser.

A pessoa é o que consome (ou o que deixa de consumir)"[297]

Trata-se de uma função de índole coletiva, na visão de Thierry Bourgoignie que diz:

> 'O fenômeno do consumo alude mais a uma função do que a um simples ato técnico; ele se reveste em conseqüência de uma dimensão coletiva, ele é constituído de um conjunto de atos individualmente praticados e repetidos por um número de indivíduos. O consumidor não pode em conseqüência ser considerado como parceiro de trocas individualizadas; ele é também o quarto pólo do ciclo produção-distribuição-troca-consumo e ele partilha, a este título, os interesses coletivos, similares mas dispersos dos indivíduos que compõem o grupo econômico 'consumidor'.'[298]

---

[296] Cf. MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 85. Ou ainda: FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 35.

[297] ALMEIDA, Luiz Cláudio Almeida. A legitimidade do ministério público para a defesa dos interesses individuais homogêneos do consumidor: um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista. **Revista de direito do consumidor.** n. 52, out/dez. 2004, pp 66-91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 68.

[298] GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no "processo do consumidor". **Revista de direito do consumidor.** n. 28, out/dez. 1998, pp 68-111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 91.

A partir desta perspectiva, o mercado de consumo é *o mercado da relação de consumo,* encarada esta sob uma perspectiva coletiva, que abrange não só o partícipe que integra a relação jurídica com o fornecedor, na concretização do ato de aquisição do produto ou serviço oferecido, mas antes de tudo, compreende também: *i)* a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único, art. 2º. do CDC); *ii)* todas as vítimas do evento danoso derivado do fato do produto ou serviço oferecido (art. 17 do CDC), e; *iii)* todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.

Essa prática coletiva revela um fato social relevante, subproduto de um fato social maior, que é o mercado, no caso, o *mercado de consumo*, e nessa condição é ele elemento da sociedade moderna, assumindo um perfil social. Desse modo, nos dizeres de Paula Forgioni:

> O perfil social liga-se a uma '*regulation'* concebida não para o mercado, mas para a atuação de uma política social corretiva da *lex mercatoria,* em uma espécie de redistribuição equânime e justa, ou mesmo solidária, das vantagens e das perdas que se realizam no sistema como um todo. É preciso que haja controle sobre a força persuasiva do mercado.[299]

Referida regulação deve contemplar as dimensões individuais e coletivas em que se projeta o *mercado de consumo*, permitindo-lhe compreender as diversas facetas em que se insere a relação de consumo e suas partes, fazendo incluir nesta norma a sua *função social*, que é dentre outras garantir ao consumidor a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, bem como o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos.

Assim ganha valor no mercado de consumo a ideia da *efetividade da proteção ao consumidor,* que transfere, em parte a problemática de sua defesa, não para a sua fundamentação em si considerada, mas para o modo pelo qual serão tutelados seus interesses, o que compreende, por parte da legislação, a concepção de instrumentos de defesa processual,

---

[299] FORGIONI, Paula A. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 228.

de interesses individuais dos consumidores bem como dos chamados interesses transindividuais ou coletivos.[300]

O perfil social do *mercado de consumo* reconhece a perspectiva coletiva do consumo, ante não só a dimensão social da empresa, mas também do consumidor, o que contribui para a construção de uma legislação, que *proteja o consumidor*, provendo-o dos meios materiais e processuais necessários para a efetivação dos seus interesses, frente a parte mais forte na relação, no caso, o empresário-fornecedor, promovendo o reequilíbrio entre as partes, de modo a promover verdadeira redistribuição dos custos da atividade econômica do consumidor para o empresário.

4.2.2.3 Perfil jurídico mercado de consumo: o impacto da falência sobre os consumidores.

Visto o mercado de consumo em suas dimensões econômica, política e social, seu perfil jurídico consistiria no arcabouço normativo que o conformaria no meio social, de modo a traçar-lhe os limites de atuação entre os agentes envolvidos e as bases ideológicas que o estruturam, destacando-se neste setor o *princípio da proteção do consumidor*, permeado em toda dinâmica normativa que tece a relação de consumo, desde a concepção do produto ou do serviço até os consequentes de sua utilização pelo consumidor.

Seria, pois, mercado de consumo *o conjunto de meios e instrumentos geradores das negociações recíprocas que viabilizam a oferta pelos fornecedores de bens e de serviços aos consumidores como destinatários finais destes produtos e serviços.*

Referida estrutura normativa corrobora um traço essencial nas relações de mercado, em especial no *mercado de consumo*, qual seja, a que de essas relações jurídicas são pautadas pela *confiança*.

Quando no mercado não há confiança mutua entre os agentes, o mercado entra em colapso, cabendo ao ordenamento trazer ao conjunto destas relações *estabilidade* e *segurança*.

As regras de defesa do consumidor aí se inserem, tanto quanto cumprem uma função de reequilíbrio estrutural das partes na relação jurídica de consumo, como quando tutela o consumidor em sua dimensão individual e coletiva, através de normas de direito material e

[300] No CDC a previsão da disciplina da defesa dos interesses coletivos, metaindividuais ou transindividuais do consumidor, resta estabelecida no seu Titulo III.

processual que prestem a garantir-lhe certeza de suas expectativas em relação à aquisição de bens ou de serviços, em quaisquer das condições em que ocorra.

As normas de direito concursal, em certa parte, servem a cumprir no mercado a função de reestabelecer a segurança e estabilidade, na medida em que normatizam a solução da situação de crise econômica de um devedor, empresário (situação fática esta que compromete a segurança e a estabilidade das relações de mercado), ou não, conforme o sistema legal que os adota, por meio de procedimentos concursais de natureza administrativa ou judicial.

Por ser o consumidor um dos interessados, por diversas condições, na solução da crise da empresa do empresário, numa condição de subordinação estrutural em relação a esta, a preservação de sua atividade econômica, favorece o acatamento das pretensões consumeristas, que essencialmente, encontrar-se-ão focadas, na continuidade do cumprimento dos contratos de fornecimento de produtos ou de serviços pactuados, e na sua conclusão tal qual inicialmente entabulado (v.g. a continuidade das aulas num estabelecimento privado de ensino até a conclusão do período ou curso em que esteja matriculado o consumidor; a realização de uma festa contratada com antecedência; o transporte diário; etc.), ou; a percepção de uma indenização decorrente do fato do produto ou serviço (acidente de consumo, ressarcimento por vício na prestação do serviço ou do produto, ou ainda; ressarcimentos gerados ilícitos contratuais), apurados de maneira individual ou coletiva.

Isto posto, o exato complemento do arcabouço normativo do mercado de consumo deveria logicamente estar previsto na legislação falimentar, como meio de garantir a defesa e proteção do consumidor em face da insolvência do fornecedor, o que é ressaltado ao longo dessa tese.

Sua inexistência, ao contrário de trazer ao mercado consumidor segurança e estabilidade, faz com que estes não se concretizem, tornando inócuas quaisquer outras normas de caráter protetivo esboçadas em favor do consumidor.

Porém, a possibilidade da continuidade do negócio da empresa fornecedora, mediante sua recuperação econômica, possibilidade, albergada até certa forma pela atual lei falimentar, respaldada no *princípio da repercussão social da crise da empresa* (art. 47 da Lei 11.101/2005), evita ou minimiza a possibilidade de incumprimento das obrigações da empresa com seus consumidores, a certo modo consistindo em meio de sua proteção diante da crise econômica do empresário.

4.2.3 Princípio do tratamento paritário dos credores

O princípio ora em comento é um dos pilares em que se assenta toda a disciplina jurídica dos procedimentos concursais.

O *princípio do tratamento paritário dos credores*, ou ainda, *pars conditio creditorum*, representa a regra segundo a qual nos procedimentos concursais, em especial na falência, tendo em vista a evidência da imposição de sacrifícios ao conjunto dos credores do devedor comum, a regra não é a celeridade no exercício da pretensão creditícia face ao devedor comum, mas sim, as *condições* e a *natureza* do crédito.

Referida assertiva significa a um só tempo que a regra estampada no princípio ora em comento, primeiramente, afasta a regra do *prior in tempore potior in iure*, segundo o qual, o credor ou credores mais diligentes, teriam a satisfação de seus créditos junto ao patrimônio do devedor, em detrimento dos demais, que deixam para outro momento o exercício de suas pretensões (condições do crédito).

Contudo, em sendo esse patrimônio insuficiente, e sendo certo que muitas vezes o exercício da pretensão creditícia resta obstado, *v.g.*, por não estarem implementadas as condições de sua exigibilidade (vide crédito não vencido).[301]

Dessa forma, pelo princípio do tratamento paritário dos credores, afastam-se, primeiro, as preferências creditícias baseadas no tempo do seu exercício contra o credor comum, razão que justifica regras como aquelas do art. 6º. da atual Lei de Falências, que entre outras coisas, impõe a suspenção do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, em consequência da decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Num segundo plano o princípio em comento traduz numa consideração acerca da natureza do crédito e numa mais justa distribuição dos prejuízos a serem suportados pelos credores na execução concursal, ou segundo, Salvatore Satta, uma distribuição das perdas em igual medida[302].

A satisfação dos créditos nos procedimentos concursais, em especial, na falência, deixa de ser considerada levando em conta o momento em que o credor exige seu crédito (*prior in tempore potior in iure*), mas também, ao tempo em que estão forçosamente reunidos

---

[301] Neste sentido: Cf. SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 79 et seq.

[302] SATTA, Salvatore, *apud.,* SOUZA, Marcelo Papaléo. **A lei de recuperação e falência e suas consequências no direito e no processo do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 105.

para o exercício em concurso dos seus direitos, sejam considerados a natureza do crédito demandado frente a capacidade de pagamento do patrimônio do devedor comum.

Na fala de Fábio Ulhoa Coelho:

> [...] já que o empresário falido, não terá recursos para honrar a totalidade de suas obrigações, o *justo* e *racional* é que os credores mais necessitados (os trabalhadores por exemplo) sejam satisfeitos antes dos demais, e que, entre credores titulares de créditos da mesma natureza, não sendo suficientes os recursos disponíveis para o pagamento da totalidade de seus direitos, proceda-se ao rateio proporcional ao valor destes.[303]

Deste modo por um pressuposto de *justiça distributiva*, respeita-se a peculiaridade do crédito deduzido, tendo em conta sua *natureza*, outra coisa senão, sua origem e estrutura.

Créditos *não negociais*, por exemplo, recebem garantias e privilégios creditícios que derivam da ordem jurídica posta, que asseguram seu tratamento paritário, face aos credores *negociais*, a exemplo do que ocorre com os créditos tributários e com maior destaque, com os créditos trabalhistas, tendo em vista a condição de submissão estrutural deste em relação ao empregador.

Na mesma condição encontra-se o consumidor e seu crédito, contudo, apesar de ser credor *não negocial* e tal condição derivar, também, de uma condição de submissão estrutural sua face ao empresário-fornecedor, a exemplo do que ocorre com o trabalhador, o direito posto nega-lhe tal condição, ao relega-lo à condição de credor quirografário, sem dispor a este de nenhum instrumento específico que faça com que a peculiaridade do seu crédito seja respeitada[304], afastando-o da regra geral insculpida no princípio ora em comento.

---

[303] COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial:** com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

[304] Como afirma Waldo Fazzio Jr.: "Na verdade, esta regra diz respeito à proporcionalidade na consideração dos créditos, o que implica respeitar as peculiaridades que a lei atribui a cada um." Cf. FAZZIO Jr., Waldo. **Manual de direito comercial.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 628.

5 A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR NOS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS ESPECIAIS

Na sequência do estudo da defesa do consumidor na falência, necessário que se proceda, primeiramente, a uma observação acerca da estrutura jurídico positiva do direito concursal brasileiro marcada pela presença de diversas regimes jurídicos concursais, que variam conforme a condição do sujeito devedor.

Ou seja, descendo agora para o plano da norma posta para nela se identificar os instrumentos de defesa do consumidor na falência, primeiro é necessário verificar no quadro jurídico-positivo brasileiro as leis diversas que disciplinam os *procedimentos concursais*, cuja distinção reside essencialmente no que tange ao devedor, sujeito principal desses procedimentos e sob os quais se deita sua disciplina.

De uma maneira geral a primeira distinção se refere às leis que regulamentam os procedimentos concursais aplicáveis àqueles que desempenham atividade empresarial e àqueles que não a desempenham.

De um lado, têm-se leis que regulamentam os regimes concursais dos devedores empresários e, de outro, o Código de Processo Civil, que regulamenta o *processo de execução por quantia certa contra devedor insolvente*, nos arts. 748 ao 786, chamada ainda de *insolvência civil*, aplicável a todo devedor não empresário, que se encontre em situação de insolvência.

Como a maioria dos procedimentos concursais, a *insolvência civil* tem como pressuposto a insolvência aferível nos termos do art. 748 do CPC sempre que as dívidas do devedor excederem à importância de seus bens, presumindo-se quando o devedor não possuir bens livres e desembaraçados para nomear à penhora (inciso I, art. 750, do CPC); ou quando forem arrestados bens do devedor com fundamento no art. 813, incisos I, II e III, estado de fato este que carece ser reconhecido judicialmente, por meio de sentença que declare a insolvência do devedor, e passe agora para a fase executiva propriamente dita, com o vencimento antecipado de suas dívidas, a perda por parte do devedor da administração de seus bens e patrimônio e a convocação dos credores, para habilitarem seus créditos, para sua percepção ao fim da liquidação de forma proporcional (CPC, arts. 751 e seguintes).

Já no que concerne às leis que regulamentam os procedimentos concursais a que se sujeitam os empresários, têm-se uma norma de amplitude e alcance à generalidade dos empresários, no caso, a Lei 11.101/2005.

No entanto, algumas modalidades de atividades econômicas e seus exercentes sujeitam-se a procedimentos concursais, que podem ser chamados de *especiais*, tendo em vista excluírem total ou parcialmente o regime geral da insolvência dos empresários traçado na Lei 11.101/2005.

Como diz Ricardo Negrão:

> O Estado reservou para si a autorização para o funcionamento e a fiscalização de determinadas atividades de cunho empresarial, visando o controle do crédito público e evitando, dessa forma, os efeitos negativos sobre o sistema financeiro nacional ou áreas consideradas de grande interesse estratégico pelo Estado, quando estas empresas se encontrem em situação de inadimplência ou ofereçam perigo a depositantes, beneficiários do sistema e aplicadores do mercado.[305]

Referidos *procedimentos concursais especiais* aos quais se submetem as instituições financeiras, as seguradoras, as sociedades operadoras de plano de saúde, e, as entidades fechadas de previdência complementar, contam com a participação efetiva do Estado através de diversos órgãos específicos da administração, em função essencialmente da vulnerabilidade de um numeroso e disperso universo de credores, eis que composto justamente por consumidores, no caso, pequenos poupadores, correntistas, segurados, investidores de previdência privada, usuários de planos de saúde e outros; que individualmente, dificilmente teriam a defesa de seus interesses resguardada num contexto de colapso econômico de seus fornecedores[306].

Assim analisar referidos procedimentos sob a ótica da defesa dos consumidores, tal qual prevista em seus regulamentos, contribui para a visualização e instrumentalização da defesa do consumidor na falência, eis que possuem como finalidade direta a proteção dos mesmos, em outras palavras, a concepção de um diferenciado regime jurídico concursal, em grande parte deriva do interesse público envolvido, que no caso, é representado pela *grande massa de credores vulneráveis* submetida aos efeitos da insolvência destas entidades.

---

[305] NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa:** recuperação de empresas e falência. 7. ed. São Paulo, Saraiva: 2012. v. 3. p. 643.
[306] BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 208.

No mais, referida análise serve de medida para verificar a atualização destas normas face ao sistema de defesa do consumidor construído a partir do CDC, tendo em vista que a maior parte destes procedimentos surgiu antes de sua vigência.

Deste modo, nesta seção, segue-se com a exposição destes procedimentos, com a observação da configuração da relação de consumo em cada um deles, a determinação da origem dos créditos dos consumidores em cada hipótese, os meios pelos quais são solucionadas as questões advindas da insolvência destas entidades, seus procedimentos e a adequação deles à sistemática de defesa do consumidor traçada no CDC, em especial, com vistas às regras do art. 4º. e do art. 6º. incisos VI e VII.

5.1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO PROCEDIMENTO DE INTERVENÇÃO, REGIME DE ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL TEMPORÁRIA OU LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL ULTIMADO PELO BANCO CENTRAL NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A análise dos procedimentos de intervenção, regime de administração temporária ou liquidação extrajudicial ultimados pelo Banco Central nas instituições financeiras, pressupõe de início a explanação breve de algumas noções preliminares, essenciais à compreensão dos mesmos.

O primeiro passo seria a definição dos sujeitos afetos ao referido procedimento quando em estado de crise econômico financeira, no caso, as *instituições financeiras*, que segundo a lei pátria, no caso a Lei 4.595/1964 em seu art. 17, podem ser definidas como:

> Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Nesta definição estariam inseridos os bancos (em sentido estrito); casas bancárias; caixas econômicas; sociedades de crédito, financiamento e investimentos, e; cooperativas de crédito, nos termos do §1º., art. 18 da Lei 4.595/1964.

Para fins de delimitação dos objetivos desta subseção, o foco será na análise da aplicação dos citados procedimentos para a solução das questões advindas da insolvência de

bancos, compreendidos estes em seu sentido estrito, ou seja, pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a **coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros**, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Apesar de aparentemente não haver distinção, os bancos diferem das demais instituições financeiras, essencialmente por poderem negociar com fundos de terceiros, e não somente com os próprios.

Na dicção de Nelson Abrão: "[...] banco é a empresa que, com fundos próprios ou de terceiros, faz da negociação de créditos sua atividade principal [...]".

Os bancos realizam o que a doutrina[307] denomina de binômio bancário, ou seja, a captação de dinheiro a crédito para sua posterior disponibilização também a crédito a terceiros, consistindo tal prática a síntese do que se conhece como *atividade bancária*.

Por meio de suas atividades cumpre aos bancos o papel de intermediação e mobilização do crédito, o que se faz por meio das chamadas *operações bancárias*, ou seja, um conjunto de negócios jurídicos praticados pelos bancos no exercício de sua atividade típica visando intermediar e mobilizar o crédito, tomando dinheiro a crédito (operações passivas, onde o banco está na posição de devedor), e também o emprestando a crédito (operação ativa onde o banco está na posição de credor), objetivando com isso o lucro.

Segundo Arnaldo Rizzardo:

"As operações bancárias concretizam-se por meio de contratos. As relações entre bancos e clientes comportam direitos e obrigações, visando, precipuamente, a intermediação do crédito."[308]

Referidos negócios têm conteúdo econômico e são praticados de forma massificada, via de regra, por meio de *contratos de adesão***,** consistindo o que se pode denominar de *contratos bancários.*

São os contratos bancários, aqueles celebrados por *bancos ou entes assemelhados* (instituições financeiras nos termos dos arts. 17 e 18 da Lei 4.595/1964), junto a um seu cliente e que tem como objeto a atividade bancária tal como definida na legislação, criando, regulando ou extinguindo relações jurídicas que tenham por base a intermediação do crédito.

---

[307] Segundo Ferri: "A atividade atual dos bancos resulta de uma dúplice categoria de operações: aquelas essenciais à função que é própria dos bancos (exercício do crédito), e que consistem, de um lado, na coleta dos capitais junto aos poupadores (operações passivas) e, de outro lado, na distribuição dos capitais (operações ativas); aquelas que consistem na prestação de determinados serviços (chamados de serviços bancários) a favor do público e que, não obstante a notabilíssima relevância assumida na prática, econômica e juridicamente desempenham uma função apenas acessória e complementar." (Ferri, apud, ABRÃO, Nelson. **Direito bancário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91.)

[308] RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 17.

Esse *cliente*, acima referido é agora objeto de mais detida observação.

Para os fins colimados nesta tese, o *cliente* do banco será circunscrito ao *depositante*, ou seja, a pessoa que confia a guarda de dinheiro ou outros valores quaisquer a um *banco* (depositário), obrigando-se este a restituir os valores depositados quando a parte depositante manifestar a vontade neste sentido (depósito bancário), e a como será regulada sua situação frente a insolvência do depositário, no caso um banco.

A condição de consumidor do depositante deriva de expressa determinação legal contida no § 2º. do art. 3º. do CDC[309], que expressamente inclui os serviços bancários entre aqueles oferecidos no mercado de consumo, e o banco por consequência como fornecedor.

A condição de consumidor do cliente bancário só restará afastada nas hipóteses em que o serviço bancário em questão servir como *insumo* para a atividade econômica de um empresário, razão esta que afasta o destino final do uso do serviço bancário, afastando a vulnerabilidade do consumidor, neste caso determinada, dentre outras circunstâncias, pelo fato de que aos consumidores não ser viável cobrar-lhes:"[...] o alcance econômico de serviços individuais, bem como os riscos dos produtos financeiros oferecidos frequentemente só podem ser compreendidos com dificuldade."[310]

Assim sendo, com o dinheiro captado dos depositantes ao banco é possível transacionar com tais valores, mediante empréstimos a juros ou aplicações diversas, remunerando ou não, o depositante (correntista ou poupador), conforme a permanência do depósito sem retiradas por certo lapso temporal.

Tendo em vista que os bancos atuam como intermediários dos pagamentos feitos no mercado, eles se tornaram agentes relevantes na medida em que sua atividade visa a intermediação da moeda e a mobilização do crédito, essenciais para a estruturação de uma economia capitalista.

Uma vez que opera de forma profissional e com finalidade lucrativa a atividade bancária pressupõe massificação e risco de forma simultânea, logo, tisnando interesses coletivos que demandam regulamentação estatal apropriada a bem da segurança do próprio

---

[309] A par do debate outrora existente acerca do cabimento da aplicação do CDC aos contratos bancários, referida discussão foi afastada após o julgamento da ADIn 2591 pelo STF, bem como pela Súmula 297 do STJ que sintetiza neste sentido: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicado às instituições financeiras." (Cf. CADIER, Christophe Yvan François. **Sistema financeiro nacional:** doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção Direito Econômico. p. 48.)

[310] KÜMPEL, Siegrifier. A proteção do consumidor no direito bancário e no direito do mercado de capitais. **Revista de direito do consumidor.** n. 52, ano 13, out/dez. 2004, pp 319-346. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Trad. Peter Naumann. p. 320. No mesmo sentido: Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 128.

mercado, já que existe uma elevada correlação entre a estabilidade macroeconômica e a saúde dos sistemas financeiros.

A diferenciada forma de regulamentação e intervenção do estado sobre a atividade bancária se justifica tendo em vista o fato de ser atividade eminentemente empresarial, exercida com fins lucrativos, logo, sujeita a riscos, cujo alto grau de difusão no mercado[311], potencializa-os, de forma a merecer a solução de suas crises, medidas distintas daquelas aplicadas a qualquer devedor empresário.

Assim as crises econômicas financeiras dos bancos, bem como sua insolvência, demandam do estado uma atuação diferenciada no modo de regular dita atividade econômica, não se circunscrevendo a legislação a traçar parâmetros mínimos acerca da autonomia privada dos sujeitos envolvidos nas operações bancárias, eis que, banco, antes de tudo é empresa, cuja iniciativa é predominantemente particular ou privada, voltada à busca do lucro, contudo, tendo em vista o fato de se tratar a atividade bancária de empresa cujo reflexo no interesse coletivo demanda o controle estatal do seu exercício[312].

Dessa forma, imperioso o estabelecimento de uma regulação, entendida esta como "[...] estabelecimento de regras, incluindo atos do legislativo e instrumentos ou regras emanadas das autoridades delegadas."[313], que sirvam para reduzir a vulnerabilidade das instituições bancárias, gerir, prevenir e solucionar de forma eficaz as crises bancárias, de modo que o estado de insolvência de uma instituição financeira não contagie todo o sistema financeiro.

Referida regulação na ordem jurídica posta compõe-se de um conjunto hierarquizado de normas, a começar pela CF/88, em seu art. 192, descendo ao plano infraconstitucional, através da *Lei 4.595/1964,* conhecida como Lei geral dos bancos; da *Lei 6.024/1974*, que disciplina a intervenção e liquidação de instituições financeiras; do *Decreto- lei 2.321/1987*, que institui o regime de administração temporária nas instituições financeiras públicas ou

---

[311] Sobre a difusão e importância da atividade bancária no mercado e na sociedade: "[...] os agentes econômicos relacionam-se em suas operações de compra, venda e troca de mercadorias e serviços de modo que, a cada fato econômico, seja ele de simples circulação, de transformação ou de consumo, corresponde ao menos uma operação de natureza monetária realizada junto a um intermediário financeiro, em regra um banco comercial que recebe um depósito, paga um cheque, desconta um título ou antecipa a realização de um crédito futuro." BRASIL. Banco Central do Brasil. **Panorama atual do Sistema Financeiro Nacional e necessidade de sua reordenação no ambiente da estabilização monetária.** Disponível em: www.bancocentral.gov.br. Acessado em: 21/09/2010.

[312] Neste sentido: ABRÃO, Nelson. **Direito bancário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33. BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar.** São Paulo: Saraiva, 1995. p. 208. BOTREL, Sérgio. **Insolvência bancária.** Del Rey/Universidade FUMEC/FCH: Belo Horizonte, 2005. p. 33.

[313] BOTREL, Sérgio. **Insolvência bancária.** Del Rey/Universidade FUMEC/FCH: Belo Horizonte, 2005. p. 48.

privadas, e; por fim, da *Lei 9.447/1997* que regula a responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras.

A Lei 4.595/1964 cria o *Sistema Financeiro Nacional (SFN)*, composto, nos termos do seu art. 1º. pelo: Conselho Monetário Nacional (CMN); Banco Central do Brasil (BACEN); BNDES; Banco do Brasil e demais instituições financeiras públicas ou privadas.

Ao *Conselho Monetário Nacional* cumpre a função de ser o órgão de caráter consultivo e deliberativo do executivo federal, acerca das políticas e ações sobre o *Sistema Financeiro Nacional*, sendo ele composto, nos termos do art. 6º. da Lei 4.595/1964, pelo: Ministro da Fazenda, que será o presidente; pelo presidente do Banco do Brasil S. A.; pelo presidente do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, e; por mais sete membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, escolhidos entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de sete anos, podendo ser reconduzidos.

As atribuições do CMN estão previstas nos arts. 2º. ao 4º. da Lei 4.595/1964, ganhando ênfase aquelas que servem de suporte para a regulamentação da sistemática do crédito e do funcionamento das instituições financeiras no País, bem como zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras (art. 3º. VI da Lei 4.595/1964).

Ainda de acordo com a ordenação do SFN, a execução das medidas e políticas de regulação bancária cabem ao *Banco Central do Brasil (BACEN)***,** autarquia federal, cuja estrutura é composta, na forma do art. 14 da Lei 4.595/1964, por uma diretoria de cinco membros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos nomes por ele indicados pelo Senado Federal (art. 84, XIV c/c. art. 52, III, *i* da CF/88), só operando perante outras instituições financeiras (art. 12 da Lei 4.595/1964), tendo como suas rendas as receitas discriminadas no art. 16 da Lei 4.595/1964.

Ao BACEN cumprem as atribuições executivas previstas em lei, no caso, cumprir e fazer cumprir as decisões do CMN (art. 9º. da Lei 4.595/1964), mediante um conjunto de funções privativas, previstas no art. 10 da Lei 4.595/1964, além de outras atribuições não privativas dispostas no art. 11 da citada lei, atuando, também como verdadeiro órgão supervisor do SFN no país.

Sinteticamente, lendo as atribuições legais que cabem ao Banco Central do Brasil, cumpre ao mesmo: a) o monopólio de emissão da moeda circulante; b) exercer a função de "banco dos bancos", mediante operações de redesconto, transformando-se em verdadeiro "prestamista de última instância"; c) banqueiro do governo; d) superintendente do sistema

financeiro; e) executor da política monetária; f) executor da política cambial; g) depositário das reservas internacionais, e; h) assessor econômico do governo.[314]

Dentro destas atribuições destaque-se aquela pertinente à função de *"superintendente do sistema financeiro"*, que pode ser compreendida como aquela referente à supervisão e ordenamento do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, a chamada *supervisão bancária*[315], pela qual:

> O Banco Central do Brasil atua no sentido de aperfeiçoamento das instituições financeiras, de modo a zelar por sua liquidez e solvência, bancando a adequação dos instrumentos financeiros, com vistas à crescente eficiência do SFN. Assim, compete ao BCB: a) formular normas aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional; b) conceder autorização para o funcionamento das instituições financeiras e de outras entidades, conforme legislação em vigor; e c) fiscalizar e regular as atividades das instituições financeiras e demais entidades por ele autorizadas a funcionar.[316]

Assim sobre certa forma, a proteção do consumidor dos serviços bancários, em especial dos depositantes (correntistas ou poupadores), estaria resguardada pelos mecanismos de *supervisão bancária*, de modo a que os usuários do sistema (consumidores) tenham, num plano coletivo, a defesa de seus interesses assegurada mediante a ingerência estatal na atividade bancária, através do bom funcionamento do sistema de supervisão bancária, especialmente no que tange aos procedimentos de autorização para funcionamento, fiscalização das atividades das empresas bancárias, e adoção de procedimentos obrigatórios, que visem ao controle da higidez financeira das instituições e resguardo de sua capacidade de pagamento[317].

Deste modo, a coletividade de forma direta ou indireta empresta credibilidade ao sistema bancário, na certeza de que o Estado, no cumprimento de seu poder/dever – que deve ser exercido eficientemente, irá zelar pelo seu funcionamento harmônico e equilibrado.

---

[314] Cf. BRASIL. Banco Central do Brasil. **Banco Central do Brasil:** fique por dentro. 4. ed. Brasília: BCB, 2008. p. 13.

[315] Segundo Sérgio Botrel: "[...] a *supervisão bancária*, em sentido amplo, pode ser conceituada como um processo composto por quatro estágios ou fases: autorização, fiscalização, punição e administração de crises, que compreende o papel do Banco Central como doador de última instância, esquemas de seguro de depósito e procedimentos de insolvência. (Cf. BOTREL, Sérgio. **Insolvência bancária.** Del Rey/Universidade FUMEC/FCH: Belo Horizonte, 2005. p. 48.)

[316] BRASIL. Banco Central do Brasil. **Banco Central do Brasil:** fique por dentro. 4. ed. Brasília: BCB, 2008. p. 20.

[317] Entre estas medidas destaque-se: o recolhimento de depósitos compulsórios junto ao BACEN; estipulação de índices e outras condições técnicas sobre encaixes, mobilizações e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas instituições financeiras; determinação da percentagem máxima dos recursos que as instituições financeiras poderão emprestar a um mesmo cliente ou grupo de empresas; editar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive swaps, fixando limites, taxas, prazos e outras condições; entre outras.

Complementando este plexo normativo, têm-se as normas que funcionam de modo a regular a solução das crises bancárias, de modo a resguardar os interesses dos usuários do sistema, assim como evitar o contágio do mercado como um todo, ante a função de intermediação do crédito exercida pelos bancos.

Em outras palavras, a base das normas de direito público cabíveis no caso das crises bancárias leva em consideração o interesse coletivo na higidez do mercado de dinheiro como um todo, mas, em especial a proteção dos usuários do sistema, formados em grande maioria por *consumidores*.

> Há sempre um risco potencial decorrente da exploração da atividade bancária, que representa uma contínua ameaça ao direito alheio, pelo simples fato de que a maior parcela dos recursos movimentados pela empresa não pertence ao titular do negócio, mas a terceiro, numa proporção desigual, em que, muitas vezes, os fundos próprios mal correspondem à décima parte dos recursos alheios, a depender dos parâmetros de ajustamento fixados pela autoridade responsável pela supervisão bancária. Em meio a esse quadro de risco natural da atividade, são adotados clássicos instrumentos de prevenção de crises no sistema financeiro, no plano da regulação oficial, a exemplo do aumento compulsório dos fundos próprios, da imposição de limites de concentração de riscos, do alinhamento dos prazos de intermediação bancária, da obrigação de provisionar créditos não realizados, da instituição de mecanismo de proteção de depósitos, além da atuação do Banco Central como emprestador de última instância.[318]

Em outras palavras: "[...] o direito público bancário protege também em última instância os clientes particulares, pois eles dependem da utilização de serviços bancários."[319]

Logo a defesa do consumidor advém desta especial forma de regulação da atividade financeira, que serve em última razão à tutela dos seus interesses num plano coletivo (interesse público), na inspiração idealizada na segunda fase do desenvolvimento histórico da proteção ao consumidor, decorrente pura e simplesmente do regramento do Estado sobre a atividade econômica e na plenitude do uso por parte do mesmo de suas prerrogativas de

---

[318] SIQUEIRA, Francisco José de. Instituições financeiras: regimes especiais no direito brasileiro. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 12, abr/jun. 2001, pp. 44/71. p. 2. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/ftp/textoliquidSiqueira.pdf. acessado em: 19/10/2012.

[319] KÜMPEL, Siegrifier. A proteção do consumidor no direito bancário e no direito do mercado de capitais. **Revista de direito do consumidor.** n. 52, ano 13, out/dez. 2004, pp 319-346. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Trad. Peter Naumann. p. 330. O autor em questão designa *clientes particulares*, no sentido de *consumidor*, tal qual ele é compreendido no direito pátrio. Os usuários dos bancos não configurados como consumidores, são designados pelo autor ao longo do texto como *clientes comerciais.*

fiscalização e poder de polícia administrativa, como meios suficientes de assegurar-lhes a proteção[320].

Assim, cumpre ao Banco Central, efetuar a fiscalização do sistema financeiro, zelando entre outras coisas pela solvência dos bancos, cabendo em caso de eclosão de crise financeira dos mesmos, a aplicação dos procedimentos administrativos de intervenção que compreendem: a intervenção propriamente dita; a intervenção, seguida do estabelecimento do regime de administração especial temporária; a intervenção, seguida da liquidação extrajudicial, e; no derradeiro, a intervenção, seguida do pedido de falência.

5.1.1 Dos procedimentos concursais aplicados às instituições financeiras

Como dito a insolvência bancária é tratada de forma diferenciada, merecendo da ordem jurídica uma disciplina peculiar considerando-se a idiossincrasia da atividade bancária e o reflexo de suas crises no todo social.

Referido regramento especial afasta, em parte, a aplicação das normas gerais da falência do empresário ditadas pela Lei 11.101/2005, especialmente no que tange, à possibilidade das instituições financeiras, em especial, os bancos, pedirem recuperação judicial ou extrajudicial, completamente afastadas, bem como o decreto de falência por iniciativa de credor.

Seguindo a lógica dos procedimentos concursais, este é dotado de regras de caráter material conjugadas com normas processuais, que se prestam a sanear a questão da crise econômica do devedor, seja por meio de medidas que permitam a sua reorganização econômica e financeira, para a continuidade do exercício de suas atividades, ou; através de medidas que sirvam à arrecadação do patrimônio do devedor, sua alienação e o pagamento dos credores, de maneira proporcional e segundo a ordem legalmente estipulada, com o produto desta alienação.[321]

---

[320] Referido arcabouço legislativo decorre, também, de um consenso internacional acerca do modo diferenciado de intervenção na economia, especialmente no setor bancário, com destaque para o Comitê de Basileia sobre Supervisão Bancária. Cf. BOTREL, Sérgio. **Insolvência bancária.** Del Rey/Universidade FUMEC/FCH: Belo Horizonte, 2005. p. 49.

[321] "Nesse contexto, pois, a função de saneamento do mercado, a cargo do Banco Central, não se restringe ao afastamento das instituições bancárias, por dificuldades verificadas no seu ambiente operacional. Tem o governo a responsabilidade também de atuar preventivamente, evitando que o mal ocorra. Daí, é necessário aparelhar a autoridade pública, responsável pela condução desse processo, de um arsenal normativo suficiente para lhe permitir o manejo oportuno dos mecanismos postos à sua disposição, visando ao saneamento preventivo do

Encaixam-se nos procedimentos concursais de caráter preventivo e recuperatório os procedimentos de *intervenção* (arts. 2º. ao 14 da Lei 6.024/1974), e, do *regime de administração especial temporária*, previsto no Decreto-lei 2.321/1987.

De outro lado a *liquidação extrajudicial* e a *falência* são medidas que quando aplicadas objetivam a liquidação da instituição financeira, com o pagamento proporcional aos seus credores, resultando na sua extinção.

Salvo a falência, todos os demais procedimentos aplicados à solução da insolvência bancária serão efetuados e decretados pelo Banco Central do Brasil (art. 1º. Lei 6.024/1974 e art. 1º. do Decreto-lei 2.321/1987), portanto, são procedimentos *administrativos*, salvo quando a intervenção resvala em falência, caso em que se processará esta no juízo competente, nos termos e formas legais.

A *intervenção* pode ser decretada *ex officio* pelo BACEN, no uso de sua atribuição de fiscalização, ou por solicitação dos administradores da instituição, se o respectivo estatuto lhes conferir esta atribuição, com indicação das causas do pedido, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal em que incorrerem os mesmos administradores, pela indicação falsa ou dolosa (art. 3º. da Lei 6.024/1974).

Quanto ao cabimento, tem lugar a intervenção, sempre que, nos termos do art.2º. da lei 6.024/1976, nos negócios sociais do banco, ficar evidente: *i)* prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores; *ii)* a prática de reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização, ou; *iii)* na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos 94, incisos I ao II da atual lei de falências, houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial.

O objetivo da *intervenção*, ressalte-se, é a reorganização financeira da instituição financeira, sempre que possível, logo, configura medida acautelatória, que visa prevenir a liquidação extrajudicial ou a falência do banco, resguardando assim os interesses dos credores da instituição financeira, em especial seus depositantes (correntistas ou poupadores), em hipóteses de problemas de incapacidade de pagamento momentâneas.

---

sistema bancário, com a solução dos problemas de liquidez momentânea, que são inevitáveis neste segmento da atividade econômica. Afinal, a economia de mercado não funciona como uma corrente uniforme. Ao contrário, aliás, é um cenário de espasmos: há inflação e há deflação; há emprego e há desemprego; há crescimento e há estagnação; há avanços e há recuos. Enfim, existe uma álea que interfere, de forma contínua, na atividade bancária, a exigir uma postura sempre ativa por parte do poder público." Cf. SIQUEIRA, Francisco José de. Instituições financeiras: regimes especiais no direito brasileiro. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 12, abr/jun. 2001, pp. 44/71. p. 2. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/ftp/textoliquidSiqueira.pdf. acessado em: 19/10/2012. p. 3.

A intervenção inicia-se com a nomeação pelo BACEN de um *interventor*, a quem compete plenos poderes de gestão, salvo os atos do interventor que impliquem em disposição ou oneração do patrimônio da sociedade, admissão e demissão de pessoal, caso em que dependerão de prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil, nos termos do art. 5º. e seu parágrafo único da Lei 6.024/1974, perdurando esta por prazo não superior a seis meses, o qual, por decisão do Banco Central do Brasil, poderá ser prorrogado uma única vez, até o máximo de outros seis meses (art. 4º. da Lei 6.024/1974).

O decreto da intervenção produz como efeitos imediatos (art. 6º. da Lei 6.024/1974): *i*) a suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas; *ii*) a suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas; *iii*) o afastamento dos administradores, bem como a indisponibilidade de seus bens, assim como os de ex-diretores, gerentes e administradores (art. 36 da Lei 6.024/1974), e; *iii*) a inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação, efeito este que interessa diretamente, ao foco do estudo desta tese.

Investido na função ao interventor cabe, nos termos dos arts. 8º. ao 14 da Lei 6.024/1974: *i*) a arrecadação, mediante termo, de todos os livros da entidade e os documentos de interesse da administração; *ii*) o levantamento do balanço geral e do inventário de todos os livros, documentos, dinheiro e demais bens da entidade, ainda que em poder de terceiros, a qualquer título, e; *iii*) tomar as declarações dos ex-administradores.

Das decisões do interventor, caberá recurso do interessado para o Banco Central, sem efeito suspensivo, dentro em dez dias da respectiva ciência pelo interessado, que no caso pode ser o controlador ou qualquer dos administradores do banco sob intervenção ou algum de seus credores.

No prazo de 60 (sessenta) dias a contar de sua posse, deverá o interventor produzir relatório a ser apresentado ao Banco Central do Brasil, relatório este, que conterá: *i*) exame da escrituração, da aplicação dos fundos e disponibilidades, e da situação econômico-financeira da instituição; *ii*) indicação, devidamente comprovada, dos atos e omissões danosos que eventualmente tenha verificado; *iii*) proposta justificada da adoção das providências que lhe pareçam convenientes à instituição; ressalvando-se ao interventor, antes do término do prazo, com ou sem a prorrogação permitida, solicitando ao BACEN, a adoção de qualquer providência que lhe pareça necessária e urgente.

Recebido o relatório, cabe ao Banco Central do Brasil: determinar a cessação da intervenção, hipótese em que o interventor será autorizado a: promover os atos que, nesse sentido, se tornarem necessários; manter a instituição sob intervenção, até serem eliminadas

as irregularidades que a motivaram, observado o disposto no artigo 4º da Lei 6.024/1974; decretar a liquidação extrajudicial da entidade, ou; autorizar o interventor a requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários, ou quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial, ou quando a complexidade dos negócios da instituição ou, a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida.

Adotadas quaisquer destas medidas cessa a intervenção, bem como cessará a mesma, nos casos em que os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil, tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa, ou ainda, quando, também a critério do Banco Central do Brasil, a situação da entidade se houver normalizado (art. 7º., I e II da Lei 6.024/1974), caso em que, nestas duas últimas hipóteses, mantêm-se a empresa bancária, conservando-se a normalidade de suas operações e o regular cumprimento de suas obrigações junto aos seus credores, em especial, os depositantes.

Similar quanto aos objetivos, contudo, distinta, no modo de proceder e em alguns efeitos, tem-se à disposição do Estado, outro mecanismo de solução e prevenção de crises econômico-financeiras de instituições financeiras, voltado a sustar a continuidade da prática de irregularidades e afastar a situação de risco patrimonial, com a normalização dos negócios da empresa bancária, trata-se do *regime de administração especial temporária (RAET),* disciplinado no Decreto-lei 2.321/1987.

Cabe ser aplicado o RAET, sempre que, nos termos do art. 1º. do citado Decreto-lei, o Banco Central verificar: a) prática reiterada de operações contrárias às diretrizes de política econômica ou financeira traçadas em lei federal; b) existência de passivo a descoberto; c) descumprimento das normas referentes à conta de Reservas Bancárias mantida no Banco Central do Brasil; d) gestão temerária ou fraudulenta de seus administradores; e) ocorrência de qualquer das situações descritas no artigo 2º da Lei n° 6.024/1974, a saber: *i)* prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores; *ii)* a prática de reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização, ou; *iii)* na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos 94, incisos I ao II da atual lei de falências, houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial.

Distingue-se o RAET da intervenção na medida em que executada por um *conselho diretor* nomeado pelo Banco Central, com plenos poderes de gestão (art. 3º. do Decreto-lei

2.321/1987), enquanto que na intervenção a execução do procedimento fica a cargo de um *interventor*.

O prazo de duração da intervenção é fixa em seis meses, prorrogável por mais seis, enquanto que no RAET, o prazo de duração será estipulado pelo BACEN, quando do seu decreto, podendo prorrogá-lo por igual período (parágrafo único, art. 1º. do Decreto-lei 2.321/1987), podendo a duração do procedimento perdurar por período igual, superior ou inferior ao previsto para a intervenção.

Outra diferença repousa nos efeitos do decreto de estabelecimento do Regime de Administração Especial Temporária, em relação ao mesmo ato que estipula a intervenção, eis que no caso do RAET, sua decretação não afetará o curso regular dos negócios da entidade nem seu normal funcionamento e produzirá, de imediato, a perda do mandato dos administradores e membros do Conselho Fiscal da instituição.

Já na intervenção ocorre a imediata *i*) a suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas; *ii*) a suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas, e; *iii)* a inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação.

No que tange ao procedimento este pouco difere do estabelecido para a intervenção, com as ressalvas decorrentes do modo de gerenciamento do procedimento, bem como de seus efeitos.

O encerramento do RAET se dá nas formas do art. 11 do citado decreto-lei, por decisão do BACEN, à vista do relatório ou proposta do conselho diretor, podendo: a) autorizar a transformação, a incorporação, a fusão, a cisão ou a transferência do controle acionário da instituição, em face das condições de garantia apresentadas pelos interessados; b) propor a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, das ações do capital social da Instituição, e; c) decretar a liquidação extrajudicial da instituição.

Se fracassadas as medidas saneadoras ou de pronto for verificado pelo Banco Central, situação econômica grave na instituição financeira aplica-se ao caso o procedimento da *liquidação extrajudicial*, prevista na lei 6.024/1974, nos seus artigos 15 ao 35.

A *liquidação extrajudicial* em muito se assemelha a *falência* tal qual ele se encontra disciplinada na ordem jurídica vigente (Lei 11.101/2005, arts. 75 e seguintes), tendo em vista o fato de que serve para a arrecadação do ativo do devedor insolvente, assim reconhecido nos termos da lei; na apuração do seu passivo; na liquidação do ativo arrecadado, e; no pagamento dos devedores habilitados.

Configura-se, pois, a liquidação extrajudicial, em procedimento concursal de caráter solutório, efetivado pela via administrativa, e não pela via judicial, como ocorre na falência.

A determinação da liquidação extrajudicial decorre de decisão do Banco Central do Brasil, de ofício, como consequência dos procedimentos de intervenção ou regime de administração especial temporária, por proposta do interventor ou do conselho diretor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida (art. 15, II, segunda parte da Lei 6.024/1974), ou ainda, nas hipóteses previstas no art. 15 da Lei 6.024/1974.

A primeira das hipóteses cortejadas no citado art. 15, é a que consta do seu inciso I, na alínea "*a"*, a saber, em função de ocorrências que comprometam a situação econômica ou financeira do banco, especialmente, quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência.

Pode ainda ser decretada a liquidação extrajudicial, de ofício, quando a administração da instituição financeira violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais, ou; quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários (art. 15, I, alíenas *b* e *c* da lei 6.024/1974).

Por fim, tem cabimento o decreto de ofício pelo BACEN da liquidação extrajudicial, quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores (art. 15, I, alínea *d* da Lei 6.024/1974).

A liquidação pode ainda ser decretada pelo Banco Central a requerimento dos administradores da instituição, se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência (art. 15, II, primeira parte da Lei 6.024/1974).

Em qualquer das hipóteses de cabimento da liquidação extrajudicial, ao Banco Central incumbe, antes de decidir pela sua decretação, perquirir acerca da gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões deste sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais, e, poderá, em lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses.

Decidindo o Banco Central pela decretação da liquidação extrajudicial, desta decisão deve advir: *i*) a nomeação de um *liquidante*, com amplos poderes de administração e liquidação, especialmente os de verificação e classificação dos créditos, podendo nomear e demitir funcionários, fixando-lhes os vencimentos, outorgar e cassar mandatos, propor ações e

representar a massa em Juízo ou fora dele, além de; *ii*) indicar a data em que se tenha caracterizado o estado que determinou a liquidação extrajudicial, fixando o *termo legal da liquidação*, à semelhança do termo legal da falência (art. 99, II c/c. art. 129 da Lei 11.101/2005), que não poderá ser superior a 60 (sessenta) dias contados do primeiro protesto por falta de pagamento ou, na falta deste do ato que haja decretado a intervenção, o regime de administração especial temporária ou a liquidação (§ 2º. art. 15 da Lei 6.024/1974).

Além disso, a decretação da liquidação extrajudicial tem como efeitos, segundo a Lei 6.024/1974:

> Art . 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:
> a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação;
> b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;
> c) não atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em virtude da decretação da liquidação extrajudicial;
> d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;
> e) interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição;
> f) não reclamação de correção monetária de quaisquer divisas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.

Em todos os atos, documentos e publicações de interesse da liquidação, será usada obrigatoriamente, a expressão "*Em liquidação extrajudicial*", em seguida à denominação da entidade (art. 17 da Lei 6.024/1974).

Investido na função cabe ao liquidante, nos termos dos arts. 20 c/c. 8º. ao 11 da Lei 6.024/1974: *i*) a arrecadação, mediante termo, de todos os livros da entidade e os documentos de interesse da administração; *ii*) o levantamento do balanço geral e do inventário de todos os livros, documentos, dinheiro e demais bens da entidade, ainda que em poder de terceiros, a qualquer título, e; *iii*) tomar as declarações dos ex-administradores.

No prazo de 60 (sessenta) dias a contar de sua posse, deverá o liquidante produzir relatório a ser apresentado ao Banco Central do Brasil, relatório este, que conterá: *i*) exame da escrituração, da aplicação dos fundos e disponibilidades, e da situação econômico-financeira da instituição; *ii*) indicação, devidamente comprovada, dos atos e omissões danosos que eventualmente tenha verificado; *iii*) proposta justificada da adoção das providências que lhe pareçam convenientes à instituição; ressalvando-se ao liquidante, antes do término do prazo, com ou sem a prorrogação permitida, solicitando ao BACEN, a adoção de qualquer

providência que lhe pareça necessária e urgente, bem como mediante prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil, poderá o liquidante, em benefício da massa, ultimar os negócios pendentes e, a qualquer tempo, onerar ou alienar seus bens, neste último caso através de licitações (§ 1º. do art. 16 da Lei 6.024/1974).

A vista do relatório ou da proposta apresentados pelo liquidante o Banco Central do Brasil poderá autorizá-lo a: *i*) prosseguir na liquidação extrajudicial, ou; *ii*) requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares (art. 21 da Lei 6.074/1974).

Não obstante as possíveis decisões acima mencionadas, nos termos do parágrafo único do art. 21 da Lei 6.024/1974, em qualquer tempo, o Banco Central do Brasil poderá estudar pedidos de cessação da liquidação extrajudicial, formulados pelos interessados, concedendo ou recusando a medida pleiteada, segundo as garantias oferecidas e as conveniências de ordem geral.

Caso decida-se pelo prosseguimento da liquidação extrajudicial, segue a publicação de avisos prevista no art. 22 da Lei 6.024/1974, para os fins de intimar os credores para a declaração dos créditos, em prazo a ser fixado pelo liquidante não inferior a vinte, nem superior a quarenta dias, conforme a importância da liquidação e os interesses nela envolvidos (§1º. art. 22), assegurando-se aos credores obrigados à habilitação, o direito de obterem do liquidante as informações, extratos de contas, saldos e outros elementos necessários à defesa dos seus interesses e à prova dos respectivos créditos (§3º. do art. 22), tudo mediante recibo do liquidante acerca das declarações de crédito e dos documentos recebidos (§4º. do art. 22),.

Quanto aos depositantes e poupadores, nos termos do §2º. do art. 22, seus créditos estão dispensados de habilitação, mantendo o liquidante, na sede da liquidanda, relação nominal dos mesmos e seus respectivos saldos.

Os créditos apresentados serão verificados e classificados, pelo liquidante, que se baseará na documentação arrecadada, na obtida mediante as habilitações, bem como em informações dos ex-administradores da liquidanda, notificando ao fim deste processo cada credor, por escrito, da decisão tomada, os quais, a contar da data do recebimento da notificação, terão o prazo de dez dias para recorrer, ao Banco Central do Brasil, do ato que lhes pareça desfavorável. (arts. 23 e 24 da Lei 6.024/1974).

Referido inconformismo pode inclusive ser deduzido em juízo, caso em que os credores que assim procederem poderão pedir reserva de bens, nos termos do art. 27 da Lei 6.024/1976.

Ao fim do julgamento das impugnações, caso ocorram, ao liquidante cumpre elaborar o *quadro geral dos credores* (art. 25), bem como proceder à apuração do ativo, caso em que, para este fim, no resguardo da economia pública, da poupança privada e da segurança nacional, sempre que a atividade da entidade liquidanda colidir com os interesses daquelas áreas, poderá o liquidante, prévia e expressamente autorizado pelo Banco Central do Brasil, adotar qualquer forma especial ou qualificada de realização do ativo e liquidação do passivo, ceder o ativo a terceiros, organizar ou reorganizar sociedade para continuação geral ou parcial do negócio ou atividade da liquidanda (art. 31), ou servir-se dos procedimentos típicos a tal desiderato designados na lei de falências, que se aplicará supletivamente ao procedimento da liquidação extrajudicial nos termos do art. 34 da Lei 6.024/1974.

A liquidação extrajudicial cessa com a com a aprovação das contas finais do liquidante e baixa no registro público competente (art. 19, c da Lei 6.024/1974), hipótese esta decorrente da plena liquidação do ativo da entidade bancária liquidada e o pagamento de todos os credores.

Pode ainda, nos termos do art. 19 da Lei 6.024/1974, a liquidação terminar por proposta dos interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil, tomando para si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa, ou ainda, por transformação em liquidação ordinária, caso em que os interesses dos credores, devem ser atendidos de forma plena pelo Banco Central[322].

Por fim, pode o procedimento de liquidação extrajudicial se convolar em falência, ou seja, o Banco Central autorizaria o liquidante a pedir a falência do banco em liquidação (art. 19, d c/c. art. 21, b da Lei 6.024/1974), sempre que o ativo da entidade não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares.

5.1.2 Síntese acerca da proteção dos consumidores nos procedimentos concursais aplicados às instituições financeiras

[322] Cf. NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa:** recuperação de empresas e falência. 7. ed. São Paulo, Saraiva: 2012. v. 3. p. 664.

Feita a breve descrição acerca dos procedimentos extrajudiciais aplicáveis aos bancos em caso de insolvência, mister agora centrar a análise nos mecanismos peculiares de proteção do consumidor/cliente bancário, em especial, os depositantes.

A primeira observação é a da inserção destes procedimentos no contexto histórico pelo qual a defesa do consumidor ficava a cargo de ações de polícia administrativa, marcadamente presentes na norma ora analisada, não havendo espaço para a atuação coletiva dos interesses dos consumidores tal como traçada no CDC, salvo em circunstâncias específicas, como por exemplo, na ação de responsabilidade contra administradores e controladores de instituições financeiras sob intervenção (art 46 da Lei 6.024/1974), atribuída ao Ministério Público, bem como as medidas cautelares de arresto e sequestro de bens de ex-administradores previstas no art. 45 da citada lei.

Pouca ou quase nenhuma é a oportunidade de intervenção dos interessados, em especial dos consumidores/depositantes, que nos procedimentos de intervenção e regime especial, estariam, em tese, tutelados pelo eventual sucesso das medidas de saneamento implementadas, servindo estas para o resguardo de seus interesses através da manutenção dos contratos entabulados.

Já na liquidação aparecem, em razão da peculiaridade do procedimento, perspectivas de uma maior participação dos interessados, contudo, somente de maneira individual, seja através da habilitação dos créditos, ou por meio da impugnação à sua verificação/classificação, de forma extrajudicial ou judicial; ou ainda, por mecanismos extrajudiciais ou judiciais decorrentes da aplicação subsidiária da lei de falências, *v.g.* a restituição de bens[323].

No entanto, e se as medidas administrativas falharem, o recurso individual de cada prejudicado ao judiciário, atende ao ideal de facilitação de defesa do consumidor, insculpido no CDC?

---

[323] Osmar Brina Corrêa Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima argumentam que o dinheiro depositado pelo correntista ou poupador é feito não em nome do banco, mas sim, em seu nome, e mesmo sendo o depósito bancário irregular, tem o depositante o direito de sacá-lo sempre que lhe aprouver pois dele é a propriedade do dinheiro. Assim sendo a arrecadação destes valores na falência do banco retira do depositante sua disponibilidade sobre o dinheiro que lhe pertence, sendo cabível no caso, a restituição na forma do art. 85 e seguintes de Lei de Falências em vigor. (Cf. LIMA, Osmar Brina Corrêa. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Direito de restituição de dinheiro em falência de instituição financeira. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, ano 3, v. 9, jul/set. 2000, pp. 241/250. p.249.) Em sentido contrário, sob o fundamento de que no depósito bancário, como em todo depósito irregular, ocorre a transmissão da propriedade do dinheiro ao banco, que a partir daí tornam-se *devedores* dos depositantes. (Cf. CANAVERDE, Juliana Souza Macedo. DAMASCENO Filho, Nelson Xisto. A impossibilidade de restituição dos valores representados por depósitos bancários, na falência da instituição financeira. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, ano 6, v. 19, jan/mar. 2003, pp. 179/191. p. 183.)

Por óbvio que não, sendo premente a revisão da norma em comento para cortejar a tutela coletiva dos interesses dos consumidores nos procedimentos administrativos de intervenção, regime especial e liquidação, com uma maior participação do Judiciário no procedimento, a bem da proteção mais plena e eficaz de seus interesses[324].

Aliás, esta é justamente a ponte entre a velha e a moderna ideologia na defesa do consumidor, ou seja, a velha era pautada pelos sistemas administrativos de controle da atividade econômica com foco voltado *indiretamente* para o consumidor, criando regras de natureza fitossanitária, de proteção ao meio ambiente, metrologia, controle de preços, concorrência e outras do gênero[325], nas quais se poderiam enquadrar as normas de regulação do sistema financeiro, com a ressalva, justa de que ante sua peculiaridade, a preocupação com o consumidor, transfigurado na figura do depositante/poupador, ganha destaque, contudo, não sendo errado afirmar que a preocupação maior é o sistema financeiro como um todo.

Neste sistema prevalece a ação do Estado-administração no exercício do seu poder de polícia, no controle da atividade econômica, contudo, importante indagar: e se os mecanismos estatais falharem?

Sobre tal perspectiva e cortejando o fato histórico da crise financeira mundial de 2008, verifica-se clara e evidente a possibilidade da falha estatal no controle da atividade financeira[326].

Neste sentido se pronuncia Frédéric Lordon:

---

[324] O clamor por mudanças na lei 6.024/1974, objetivando atualizá-la, assim como conferir-lhe mais transparência e agilidade nos procedimentos, necessariamente passa pelo reconhecimento dos interesses coletivos dos consumidores em relação à atividade bancária em crise, demandando meios que lhe permitam intervir de forma mais proativa no procedimento. Neste sentido: ABRÃO, Nelson. **Direito bancário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 642 *et. seq.* SADDI, Jairo. A reforma da lei de liquidação bancária. In: SADDI, Jairo. **Temas de regulação financeira.** São Paulo, Quartier Latin, 2010. p. 203.

[325] Cf. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 110 *et seq.*

[326] Referida falha, em especial nos EUA (onde a crise estourou e contaminou todo o planeta), se deu por uma política de afrouxamento dos instrumentos de regulação da atividade bancária surgidos após a crise de 1929, a maioria revogados ou aplicados com uma interpretação mais "liberalizante"; pelo desmonte do aparato estatal voltado ao controle dos mercados financeiro e de capitais, e; pela concessão de ampla liberdade às instituições financeiras na concepção e lançamento de "produtos financeiros", em especial derivativos de crédito. Neste sentido: Cf. FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise.** São Paulo: Saraiva/Fundação Getúlio Vargas, 2012. (Direito em debate: direito, justiça e desenvolvimento). pp. 21-32.; NUNES, António José Avelãs Nunes. **A crise atual do capitalismo:** capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Coleção direito europeu. v.3. pp. 19-74.; WARDE, Ibrahim. A fábrica de consensos: de onde vêm os derivativos?. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo/SP, n.8, ano 1, Nov. 2011. Edição Especial. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/edicoes_especiais_det.php?id=8>. Acessado em: 13/02/2012.; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Considerações sobre o sistema financeiro: crises: regulação e re-regulação. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros, ano 48, v. 149/150, pp. 09-31. jan./dez. 2008.

> [...] a tutela do governo em si já não é suficientemente forte para conter as derivas que resultam da concorrência com o setor privado, especialmente quando todo mundo se digladia alegremente, em um universo cujas perspectivas de lucro são incomuns e irresistivelmente tentadoras, como é o caso das finanças de mercado.[327]

Assim a concepção de mecanismos de tutela coletiva dos interesses sociais envolvidos na insolvência bancária, requer um avanço no mesmo sentido da tutela dos interesses dos consumidores em geral, eis que na fala de Mauro Cappelletti[328] a efetivação dos direitos sociais pressupõe mecanismos para sua efetiva proteção, consubstanciada num remédio eficaz oferecido pelo sistema jurídico.

Contudo, o que se apreende da leitura da legislação, da doutrina, bem como da experiência daqueles que outrora foram depositantes de uma instituição financeira em crise, submetida a qualquer um dos procedimentos concursais acima tratados, é a colocação do consumidor/depositante/poupador na condição de um expectador passivo das medidas adotadas, completamente alheio ao destino do seu crédito, situação esta que nada condiz com o preceituado no CDC, acerca da efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º. VI, do CDC), por meio da ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor (art. 4º, II do CDC).

5.1.3 Dos mecanismos de proteção dos consumidores nos procedimentos concursais aplicados às instituições financeiras

De todo o analisado acerca da crise da empresa bancária resta ainda pontuar instrumentos que mais diretamente afetam a proteção do consumidor bancário, assim como definido nesta tese.

Numa primeira frente, há na legislação concursal ora em comento, a previsão da responsabilidade solidária e objetiva de ex-administradores e membros do conselho fiscal dos bancos submetidos aos procedimentos da Lei 6.024/1974 (arts. 39 e 40), ou ao Regime de Administração Especial Temporária, caso em que são incluídos, também, como responsáveis,

---

[327] LORDON, Frédéric. Por um sistema de crédito socializado. **Le Monde Diplomatique Brasil,** São Paulo, ano 1, n. 8, nov. 2011. Edição Especial: O roubo do século. Disponível em: http://www.diplomatique.org.br/edicoes_especiais_editorial.php?id=8. Acessado em: 13/02/2013.

[328] CAPPELLETTI, Mauro. Apud., FILOMENO, José Geraldo de Brito. Ação civil pública consumerista. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública:** lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 417.

as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantenham vínculo de controle, independentemente da apuração de dolo ou culpa (art. 15 do Decreto-lei 2.321/1987)[329].

Referida responsabilização advém do simples fato da adoção dos regimes concursais acima comentados e, como medida acautelatória, de plano a lei determina a indisponibilidade dos bens destes responsáveis, a bem da garantia de cumprimento de suas obrigações junto aos interessados, na forma do disposto nos arts. 36 da Lei 6.024/1974 e 19 do Decreto-lei 2.321/1987.

A legitimidade para a apuração desta responsabilidade cabe ao Ministério Público, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei 6.024/1974, que nesses casos, na fala de Nelson Nery Jr., atua na defesa de interesses coletivos, no caso, individuais homogêneos dos depositários/consumidores, eis que:

> '[...] o interesse dos credores da massa é comum e homogêneo, pois pretendem receber o que lhes é devido, observada a *par condictio creditorum*. Há um liame comum a identificar os componentes desse grupo, de modo a evidenciar o interesse coletivo ou de grupo.' [330]

Contudo, polêmica existe na doutrina e na jurisprudência acerca da manutenção desta legitimidade, mesmo findos os procedimentos administrativos concursais mencionados, entendimento este exarado por Nelson Nery Jr. segundo o qual sua extensão avança mesmo já encerrados os procedimentos administrativos.

> 'Em conclusão, o Ministério Público que somente poderia mover ou continuar atuando nas ações de arresto, sequestro e de responsabilidade patrimonial dos diretores, enquanto perdurasse o regime de liquidação extrajudicial (arts. 45 e 46, Lei n. 6.024, de 1974), teve sua legitimidade deveras ampliada, sendo-lhe lícito agir na defesa dos direitos e interesses coletivos dos credores da massa liquidanda, podendo propor quaisquer medidas judiciais para a efetiva defesa desses interesses'. [331]

---

[329] "Ao desconsiderar, pois, o elemento subjetivo da ação ou omissão dos administradores, teve o legislador a manifesta intenção de eleger o critério do risco profissional, para lhes caracterizar a responsabilidade solidária pelas obrigações contraídas em nome da empresa bancária. Por conseguinte, o novo preceito legal impôs aos administradores a obrigação de reparar os prejuízos causados, independentemente da verificação de culpa ou dolo na gestão dos negócios da empresa, assim relegando o postulado da doutrina tradicional, que não admite a chamada responsabilidade objetiva."(SIQUEIRA, Francisco José de. Instituições financeiras: regimes especiais no direito brasileiro. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, ano 4, v. 12, abr/jun. 2001, pp. 44/71. p. 2. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/ftp/textoliquidSiqueira.pdf. acessado em: 19/10/2012. p. 18.)

[330] NERY Jr., Nelson, *apud*, NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa:** recuperação de empresas e falência. 7. ed. São Paulo, Saraiva: 2012. v. 3. p. 665.

[331] Ibid., p. 665. No mesmo sentido: ABRÃO, Nelson. **Direito bancário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 403.

No entanto, pronunciamentos do STF, sinalizam pela não legitimação do MP, quando cessada a intervenção do Banco Central, em qualquer de suas modalidades, caso em que ficaria tolhida sua participação na defesa dos interesses coletivos envolvidos na crise da empresa bancária[332].

Na esteira da inserção da defesa do consumidor nos procedimentos concursais, dentro da polêmica da limitação da atuação do MP na persecução da responsabilidade civil dos ex-administradores de instituições financeiras, destaca-se o pensamento contido na obra de Nelson Abrão, no sentido de que:

> A expressão "Ministério Público" proclama qualquer entidade ou associação civil de proteção ao interesse coletivo ou difuso, significando que a aparente falta de legitimidade do MP, no eventual aspecto da demanda contra ex-controladores, pelo argumento da cessação da intervenção do Banco Central ou a inexistência de quadro de credores, tais fatos não levam à presunção absoluta da falta de responsabilidade.[333]

Logo, perfeitamente possível a propositura de tais ações por associações de consumidores organizados em torno do fato da insolvência bancária, nos moldes preconizados pelo art. 82, IV do Código de Defesa do Consumidor.

Complementando as medidas de proteção do consumidor bancário em casos de insolvência, foi autorizada a criação em 1995, através da Resolução 2.197, de 31.08.1995, do Conselho Monetário Nacional - CMN, do Fundo Garantidor de Crédito (FGC), no caso uma associação, sem fins lucrativos, destinada a administrar mecanismos de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras.

No mesmo ano em novembro de 1995, o Estatuto e Regulamento da nova entidade são aprovados, criando-se, portanto, o **Fundo Garantidor de Créditos - FGC**, associação civil sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado, através da Resolução 2.211, de 16.11.1995.[334]

Atualmente o regramento do FGC encontra-se fixado nos anexos da Resolução nº 4.222, de 23 de maio de 2013, do Banco Central do Brasil[335], sendo seu objetivo administrar

---

[332] Cf. ABRÃO, Nelson. **Direito bancário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 403. NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa:** recuperação de empresas e falência. 7. ed. São Paulo, Saraiva: 2012. v. 3. p. 666.

[333] ABRÃO, Nelson. **Direito bancário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 403.

[334] FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITO. **Quem somos?** Disponível em: http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci_menu=3 Acessado em: 20/10/2012.

[335] BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 4.222, de 23 de maio de 2013:** altera e consolida as normas que dispõem sobre o estatuto e o regulamento do Fundo Garantidor de Créditos (FGC). Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2013/pdf/res_4222_v1_O.pdf. Acessado em 01/10/2013.

mecanismos de proteção aos correntistas, poupadores e investidores, permitindo recuperar os depósitos ou créditos mantidos em instituição financeira, em caso de intervenção, de liquidação ou de falência (art. 2º., 3º. e 4º. do Estatuto).

São associados ao FGC instituições financeiras, no caso, a Caixa Econômica Federal, os bancos múltiplos, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as sociedades de crédito, financiamento e investimento, as sociedades de crédito imobiliário, as companhias hipotecárias e as associações de poupança e empréstimo, em funcionamento no País, que: recebam depósitos à vista, em contas de poupança ou depósitos a prazo; realizem aceite em letras de câmbio; captem recursos mediante a emissão e a colocação de letras imobiliárias, de letras hipotecárias, de letras de crédito imobiliário ou de letras de crédito do agronegócio; e captem recursos por meio de operações compromissadas tendo como objeto títulos emitidos, após 08.03.2012, por empresa ligada. (art. 11 do Estatuto).

As referidas instituições associadas contribuem mensalmente para a manutenção do FGC, com uma porcentagem sobre os saldos das contas correspondentes às obrigações objeto de garantia, na forma definida no Estatuto da associação.

São garantidos pelo Fundo os depósitos à vista ou sacáveis mediante aviso prévio; os depósitos de poupança; os depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado (CDB/RDB); os depósitos mantidos em contas não movimentáveis por cheques, destinadas ao registro e controle do fluxo de recursos referentes à prestação de serviços de pagamento de salários, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares; e outros definidos no art. 2º. do regulamento do FGC.

No caso dos créditos acima definidos, o FGC garante até o valor de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), de cada pessoa contra a mesma instituição associada, ou contra todas as instituições associadas do mesmo conglomerado financeiro, será garantido (§ 3º. do art. 2º. do Regulamento do FGC), em casos de intervenção, de liquidação ou de falência de instituição financeira associada.

Referida medida consiste em verdadeiro *seguro* cujo objetivo precípuo é a proteção da responsabilidade das *instituições financeiras associadas* (segurados) contra o risco advindo da decretação da intervenção, liquidação extrajudicial e da falência, tendo como *beneficiários* os depositantes da instituição segurada[336].

[336] LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. A natureza jurídica do fundo garantidor de créditos – FGC. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 40, v. 121, pp. 07-17. jan./mar. 2001. p. 16.

Referida iniciativa complementa o sistema de proteção bancária, cujos objetivos são essencialmente a proteção do consumidor, a tutela da concorrência e a preservação do próprio mercado, que depende da atividade de intermediação financeira dos bancos[337].

No entanto, ainda persiste a problemática da falha administrativa na supervisão bancária e os resultados nocivos daí advindos, daí que, sob a inspiração da ampla tutela aos interesses dos consumidores, bem como na ideia da falha de serviço, há autores que defendem a responsabilidade civil do Estado, no caso, do Banco Central, pelos danos decorrentes da inépcia dos controles governamentais sobre a insolvência bancária.[338]

Contudo, no plano da defesa do consumidor, face ao quadro traçado pelo CDC, percebe-se a necessidade do aperfeiçoamento das normas sobre os regimes concursais especiais aplicáveis aos bancos, na exata medida do acima exposto, aperfeiçoando a transparência dos procedimentos, efetivando uma maior participação, especialmente coletiva dos consumidores na defesa dos seus interesses, e, aproximando o Judiciário da questão da insolvência bancária para incremento dos instrumentos de combate a fraudes financeiras.

5.2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E NOS PROCEDIMENTOS DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL OU COMPULSÓRIA DE SEGURADORAS

Tal qual no setor de bancário o *mercado de seguros* também é objeto de uma regulação especial.

Assim é importante, antes de tudo distinguir o *contrato de seguro* da *operação de seguro*.

---

[337] Nestes sentido, Eduardo Lundberg, afirma que: "[...] o Banco Central do Brasil (BCB), dispõe de todo o arsenal das funções de supervisor do SFN, inclusive o poder de decretar a intervenção e liquidação de instituições, o poder de "emprestador de última instância" e a competência de regular ou administrar mecanismos de fundo ou seguro de depósito. Estes instrumentos e mecanismos constituem o conjunto de instrumentos que caracterizam nossa "rede de segurança bancária", envolvendo: [...]f) mecanismos de seguro depósito, como forma de proteger os pequenos depositantes no caso de "quebra" de instituições financeiras e minimizar corridas bancárias." (Cf. LUNDBERG, Eduardo. Redes de proteção e saneamento bancário. **In:** SADDI, Jairo (Org.)**. Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional:** 25 anos da Lei 6.024/74. São Paulo: Textonovo, 1999. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/ftp/redeprot.pdf . Acessado em 23/11/2013. p. 37-38.)

[338] Neste sentido: BOTREL, Sérgio. **Insolvência bancária.** Del Rey/Universidade FUMEC/FCH: Belo Horizonte, 2005.

O contrato de seguro, disciplinado no Código Civil, nos arts. 757 a 802, pode ser definido como o contrato pelo qual o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.

Sua prova é feita mediante a apresentação da apólice ou bilhete de seguro, ou na sua falta, por qualquer documento comprobatório do pagamento do prêmio.

Na relação jurídica decorrente do contrato de seguro, o segurado mediante a paga do *prêmio*, que consiste na remuneração do segurador, assegura a indenização pelos prejuízos decorrentes de sinistros predeterminados do contrato, podendo ser o seguro de dano ou de pessoa, conforme o contrato.

Como bem esclarece Fabio Ulhoa Coelho, o contrato de seguro, uma vez que visa a socialização dos riscos individuais, é sempre celebrado de forma massificada por meio de contratos de adesão, configurando-se a relação de consumo, sempre que o seguro não servir como insumo da atividade econômica de outrem, como ocorre com o seguro de crédito[339].

De mais a mais, o CDC, na parte final do §2º. do art. 3º. inclui dentre os serviços oferecidos ao consumidor a atividade securitária, assim conceituada.

Logo o segurador para poder fazer frente aos pagamentos das indenizações que assume com o contrato de seguro, carece, como já afirmado acima, oferecê-lo a uma quantidade considerável de pessoas expostas a riscos homogêneos.

Isto posto, submete-se a *operação de seguro* a uma regulação estatal, a ser exercida no território brasileiro mediante o controle do Estado a ser cumprido por órgãos por ele instituídos, a bem dos interesses dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro, em sua grande maioria consumidores finais do serviço securitário.

No dizer de Darcy Bessone:

> Os seguros constituem forma de previdência, obviamente em relação ao futuro. Envolvem interesses populares, porventura ainda mais precavidos do que os investimentos financeiros, por se ligarem a eventos incertos, pelo menos quanto ao tempo, que podem deixar pessoas ao desamparo.
> Por isso, a intervenção do Estado, em busca da composição de interesses eventuais, torna-se, também, instante e premente.[340]

Assim sendo, no caso brasileiro, todas as operações de seguros privados realizados no país ficarão subordinadas às disposições de legislação específica, que no caso em tela,

---

[339] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 155 *et seq*.
[340] BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar.** São Paulo: Saraiva, 1995. p. 249.

corresponde ao Decreto-lei 73/1966, que disciplina o Sistema Nacional de Seguros Privados regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.

Dentre os objetivos da política estatal acerca das operações de seguro, previstas no art. 5º. do citado Decreto-lei, estão: a promoção da expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do País; promover o aperfeiçoamento das sociedades seguradoras, e; destaque-se, preservar a *liquidez* e a *solvência* das sociedades seguradoras.

Assim o foco aí não é outro senão a tutela do consumidor através da regulação da atividade econômica da qual ele participa, na condição de parte mais fraca, sempre numa postura passiva, na expectativa da fruição normal do contrato do qual é segurado ou beneficiário, portanto, sujeito vulnerável na relação.

A regulação do mercado securitário é feita por meio do Sistema Nacional de Seguros Privados (SNSP), instituído pelo supracitado Decreto-lei 73/1966, composto, nos termos do seu art. 8º. pelo: Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP); pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP); pelo Instituto de Resseguros do Brasil; pelas sociedades seguradoras, devidamente autorizadas a funcionar no país, e; pelos corretores de seguros.

Tal qual ocorre com o Sistema Financeiro Nacional, ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) compete função de caráter consultivo e deliberativo do executivo federal acerca das diretrizes e políticas aplicáveis às operações de seguro, enquanto que à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) compete as funções de execução das políticas e diretrizes traçadas pelo CNSP, bem como outras previstas em lei (art. 36).

Referida estrutura normativa compõe a regulação do setor de seguros, fincada basicamente, na disciplina da atuação dos seguradores com destaque para:

> [...] (a) a exigência da constituição das entidades seguradoras sob a forma de sociedades anônimas ou cooperativas (art. 26), (b) a vedação da sociedade seguradora à exploração de qualquer outro ramo do comércio ou da indústria (art. 73), (c) a exigência de autorização para funcionamento da sociedade seguradora (art. 74), (d) a assunção de riscos cujos valores ultrapassam os limites técnicos fixados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) de acordo com as normas do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) [...][341]

[341] SOUZA, Pedro Guilherme Gonçalves de. ZANCHIM, Kleber Luiz. Seguro: ato e atividade. *In:* FERNANDES, Wanderley. (coord.). **Contratos de organização da atividade econômica.** São Paulo: Saraiva/FGV-Direito GV, 2011. p. 353.

Destaque-se ainda as seguradoras só operam em seguros para os quais tenham necessária autorização dos órgãos reguladores (art. 78 do Decreto-lei 73/1966), sendo certo que para a garantia de todas as suas obrigações, as seguradoras são obrigadas a constituir reservas técnicas, fundos especiais e provisões, nos termos fixados pelo CNSP (art. 84), caso em que os bens garantidores destas reservas, fundos e provisões serão registrados na SUSEP e não poderão ser estes bens prometidos alienar ou por qualquer forma gravados sem prévia autorização do citado órgão regulador (art. 85 do Decreto-lei 73/1966).

No mais, as sociedades seguradoras são obrigadas a fornecer dados e informações atinentes a quaisquer aspectos de suas atividades aos órgãos reguladores a quem cumpre fiscalizá-los (art. 88 do Decreto-lei 73/1966).

Referidas medidas compõe o arcabouço de supervisão da atividade securitária, que compreende as ações de autorização para funcionamento e fiscalização, logo, adentrando no que interessa à presente tese, importante observar a questão relativa à aplicação de punições e aos procedimentos de solução de crise econômico financeira dos operadores de seguros.

Importante lembrar aqui que o crédito do consumidor consistirá no valor da indenização a que faz jus receber pelo seguro contratado na hipótese de efetivação do risco coberto, cuja incapacidade econômica da seguradora pode frustrar referida expectativa resultando em prejuízo ao consumidor.

Assim, estão previstos na legislação específica para a atividade securitária, procedimentos concursais específicos, a saber: *i) o regime especial de fiscalização*, procedimento concursal preventivo, de natureza administrativa, cuja finalidade é sustar a continuidade da prática de irregularidades e afastar a situação de risco patrimonial das sociedades seguradoras, e; a *liquidação extrajudicial*, procedimento administrativo de caráter solutório assemelhado à falência.

O *regime especial de fiscalização* tem cabimento quando, nos termos do art. 89 do Decreto-lei 73/1966, face aos casos de insuficiência de cobertura das reservas técnicas ou de má situação econômico-financeira da Sociedade Seguradora, consistindo em verdadeira *intervenção*, forçando a administração da sociedade e seus controladores a conviver com um diretor-fiscal nomeado pelo Estado.

A critério da SUSEP, poderá esta, além de outras providências cabíveis, inclusive *fiscalização especial*, nomear, por tempo indeterminado, a expensas da Sociedade Seguradora, um *diretor-fiscal* com as atribuições e vantagens que lhe forem indicadas pelo CNSP.

Ainda nos termos do § 1º. do art. 89, sempre que julgar necessário ou conveniente à defesa dos interesses dos segurados, a SUSEP verificará, nas indenizações, o fiel cumprimento do contrato, inclusive a exatidão do cálculo da reserva técnica e se as causas protelatórias do pagamento, porventura existentes, decorrem de dificuldades econômico-financeira da empresa, servindo tais fatos como denuncia acerca de eventual incapacidade financeira da seguradora.

Nos termos do art. 91 do citado Decreto-lei, o descumprimento de qualquer determinação do Diretor-Fiscal nomeado por parte de diretores, administradores, gerentes, fiscais ou funcionários da sociedade seguradora em regime especial de fiscalização acarretará o afastamento do infrator, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, bem como ficarão eles suspensos do exercício de suas funções desde que instaurado processo-crime por atos ou fatos relativos à respectiva gestão, perdendo imediatamente seu mandato na hipótese de condenação (art. 92).

Não surtindo efeito as medidas especiais ou a intervenção, a SUSEP encaminhará ao CNSP proposta de cassação da autorização para funcionamento da sociedade seguradora (art. 90, *caput* do Decreto-lei 73/1966), que uma vez aprovada, obsta a alienação ou gravame de qualquer dos bens da seguradora, que dependerá de autorização da SUSEP, que, para salvaguarda dessa inalienabilidade, terá poderes para controlar o movimento de contas bancárias e promover o levantamento do respectivo ônus junto às Autoridades ou Registros Públicos (art. 93).

Ao lado da previsão do procedimento acima analisado, tem-se também o procedimento de *liquidação extrajudicial compulsória*, a ser processada perante a SUSEP, e por ela decretado diante das hipóteses previstas no art. 96 do Decreto-lei 73/1966, a saber: praticar atos nocivos à política de seguros determinada pelo CNSP; não formar as reservas, fundos e provisões a que esteja obrigada ou deixar de aplicá-las pela forma prescrita neste Decreto-lei; acumular obrigações vultosas devidas aos resseguradores, a juízo do órgão fiscalizador de seguros, observadas as determinações do órgão regulador de seguros, e; ficar configurar a insolvência econômico-financeira.

Quanto aos efeitos e ao procedimento, a liquidação extrajudicial compulsória aplicável às seguradoras insolventes, em muito se assemelha à liquidação extrajudicial aplicável aos bancos, sendo, pois, desnecessário descer aos seus detalhes.

Importante aqui ressaltar que no plano da defesa do consumidor/segurado, além da responsabilização pessoal de administradores, gerentes e fiscais das sociedades seguradoras, em consequência do descumprimento de leis, normas e instruções referentes às operações de

seguro, cosseguro, resseguro ou retrosseção, e em especial, pela falta de constituição das reservas obrigatórias (art. 109), traz o Decreto-lei 73/1966, norma que estipula *privilégio de crédito em favor do consumidor segurado.*

Trata-se da norma constante do art. 86 do Decreto-lei 73/1966, que estipula para os segurados e beneficiários que sejam credores por indenização ajustada ou por ajustar, face à seguradora, *privilégio especial* sobre reservas técnicas, fundos especiais ou provisões garantidoras das operações de seguro, de resseguro e de retrocessão, consistindo em interessante precedente normativo de tutela do crédito dos consumidores, geralmente situados na vala comum dos créditos quirografários.

5.3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO PROCEDIMENTO DE INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A expressão *previdência complementar* compreende um *regime* que, nos dizeres de Wagner Balera, significa "[...] certo conjunto de normas específicas que disciplinam determinado ato."[342], de modo que convive-se na ordem jurídica posta, com um *regime básico, geral e obrigatório* de previdência social a cargo do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), os regimes obrigatórios próprios voltados ao funcionalismo público e o regime de previdência privada complementar.

A *previdência complementar* é um benefício opcional, que proporciona a pessoa um seguro previdenciário adicional, conforme sua necessidade e vontade, consistindo em uma aposentadoria *contratada* para garantir uma renda extra (plano de benefícios), à pessoa que contrata ou aqueles por ela indicados como seu beneficiário.

Em distinção aos regimes estatais o regime privado de previdência complementar é *facultativo* e *contratual*, constituindo-se de forma voluntária à margem do regime geral da previdência social prestando-se à complementação deste, cabendo a formação da regulação deste regime aos particulares e ao Estado, este último coordenando o exercício dessa atividade pelos particulares, nos termos da ordem posta, em especial a Lei Complementar 109/2001, que dispõe sobre o *Regime de Previdência Complementar* e dá outras providências.

---

[342] BALERA,Wagner *et al*. **Comentários à lei de previdência privada**: LC 109/2001. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 18

O regime de previdência complementar é operado por *entidades de previdência complementar* que têm por objetivo principal instituir e executar *planos de benefícios de caráter previdenciário*, na forma do art. 2º. da Lei Complementar 109/2001, podendo estas entidades ser classificadas em *fechadas* e *abertas* (art. 4º. da LC 109/2001), sendo: *i*) *fechadas* aquelas acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas denominados *patrocinadoras* (art. 31, I da LC 109/2001), bem como aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominados *instituidores* (art. 31, I da LC 109/2001) [343], e; *ii*) *abertas*, as demais instituídas para implementar e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas (art. 36, *caput* da LC 109/2001).

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), mais conhecidas como *fundos de pensão*, são instituições sem fins lucrativos que mantêm planos de previdência coletivos, podendo nos termos do §1º. do art. 31 da LC 109/2001, organizar-se sob a forma de *fundação* ou *sociedade civil, sem fins lucrativos*. (art. 36, *caput* da LC 109/2001.), por outro lado, as *entidades abertas* operam sob a forma de sociedade anônima.

A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por *órgão ou órgãos regulador e fiscalizador*, conforme disposto em lei, que no caso das *entidades abertas*, será a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), do Ministério da Fazenda e, no caso das Entidades Fechadas de Previdência Complementar a fiscalização é feita pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc e a regulação pela Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC), do Ministério da Previdência Social.

Todo aquele que adere a um *plano de benefícios* oferecido por uma entidade aberta ou fechada de previdência complementar será considerado *participante*, enquanto que o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada implementado em função do plano de benefícios ao qual aderiu é definido como *assistido* nos termos do art. 8º. da LC 109/2001.

Em síntese, tanto no caso de entidade aberta ou fechada de previdência complementar, o *participante* desembolsa determinado montante em função de regras definidas em contrato

[343] A União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios também são patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar na forma do art. 31, I da LC 109/2001, em especial para cumprimento do preceito contido na regra do §14 do art. 40 da CF/1988. A diferença é que as Entidades Fechadas de Previdência Complementar dos servidores públicos submeter-se-ão aos entes de controle da atividade estatal, com destaque para o Tribunal de Contas. Neste sentido: Cf. BALERA,Wagner *et al*. **Comentários à lei de previdência privada**: LC 109/2001. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 42.

e/ou regulamento, observando-se premissas ou hipóteses atuariais, tais como taxa de juros reais, taxa de rotatividade, taxa de inflação, vigorando em ambas, o regime de capitalização, que caracteriza uma espécie de poupança privada feita pelo participante, cuja contrapartida por parte da entidade aberta ou fechada de previdência complementar se reverterá em forma de benefício no futuro àquele, tais como risco por invalidez, doença, morte, ou pura e simplesmente aposentadoria.[344]

No que tange à configuração da relação de consumo no caso da relação jurídica estabelecida entre o participante ou beneficiário e a entidade de previdência complementar, seja ela aberta ou fechada, importante tecer algumas considerações.

No caso de entidade aberta de previdência complementar a questão da configuração da relação de consumo é pacífica, tendo em vista o fato de que o participante dos planos de benefícios, de forma facultativa e a partir de contrato de adesão, desembolsa prestações por determinado período a fim de obter para si ou para beneficiário por ele indicado cobertura de risco de morte, invalidez ou mesmo aposentadoria, ocupando, por isso, a posição de consumidor[345].

Já a entidade aberta de previdência complementar concede os benefícios pactuados em contrato e segundo o regulamento do plano de benefício que oferece de forma habitual, mediante remuneração e aberta ao mercado, o serviço previdenciário privado, qual seja: a concessão de benefícios sob a forma de renda ou pagamento único, o que a caracteriza como fornecedora, na forma do § 2º. do art. 3º. do CDC[346].

Existe, contudo, em especial na doutrina, certa polêmica acerca da configuração de relação de consumo, quando se trata de plano de benefícios contratado junto a entidade fechada de previdência complementar.

Segundo Robson Gonçalves Dourado autores como Ligya Avena, Paulo Sérgio Cavezzale e Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, argumentam ser incabível a configuração de relação de consumo no caso de entidade fechada de previdência complementar, basicamente em razão de que: *i*) ausente a finalidade lucrativa nas entidades

---

[344] DOURADO, Robson Gonçalves. **Previdência privada fechada:** fundos de pensão e a relação de consumo. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/24693/previdencia-privada-fechada-fundos-de-pensao-e-a-relacao-de-consumo#ixzz2WTmb5Ask >. Acessado em: 06/10/2013.

[345] Segundo Maria da Glória Chagas Arruda: "O participante, na qualidade de consumidor, é aquele que adquire produtos (benefícios previdenciários) ou utiliza o serviço previdenciário para a satisfação de necessidades pessoais como destinatário da atividade econômica exercida pela entidade aberta de previdência complementar." (Cf. ARRUDA, Maria da Glória Chagas., *apud* DOURADO, Robson Gonçalves. **Previdência privada fechada:** fundos de pensão e a relação de consumo. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/24693/previdencia-privada-fechada-fundos-de-pensao-e-a-relacao-de-consumo#ixzz2WTmb5Ask >. Acessado em: 06/10/2013.)

[346] Neste sentido: Cf. DOURADO, Robson Gonçalves. Op. cit.

fechadas de previdência complementar, e; *ii*) inexistir oferecimento do serviço no mercado de consumo, mas sim a grupo fechado de pessoas com vínculo junto ao patrocinador ou instituidor do fundo de pensão[347].

Acerca destes argumentos, o primeiro deles, ou seja, a ausência de fins lucrativos do fundo de pensão, à luz dos preceitos da lei 8.078/1990, não serve, para, de plano, excluir determinada sujeito da condição de fornecedor, eis que os fundos de pensão são considerados ofertantes de produtos e serviços, a semelhança de qualquer outro agente econômico, e seus serviços em especial, só o é prestados em função de remuneração, a exemplo do que acontece com hospitais, escolas e outros estabelecimentos, mantidos por fundações e associações privadas sem fins lucrativos.

A entidade fechada de previdência complementar constitui-se com o com o objetivo de fornecer determinado serviço (oferta do benefício previdenciário complementar), mediante cobrança de mensalidade ou contribuição e não exclusivamente para gerir os recursos comuns, como ocorre com algumas associações e com o condomínio, ao contrário, volta-se para uma universalidade de pessoas objetivando delas obter a remuneração necessária para a contraprestação a que se propõe[348], aplicando referidos recursos de modo a constituir.

De outra ponta a redação do art. 3º. do CDC não faz exclusão entre aqueles que oferecem serviços no mercado, razão pela qual, pelo fundamento acima inexiste base para exclusão dos Fundos de Pensão da condição de consumidor.

Acerca do fato de que a oferta do produto não é feita no *mercado de consumo*, também não se sustenta, na medida em que a entidade fechada de previdência complementar, torna-se, no contexto do chamado *regime de previdência complementar*, como uma opção a quem queira a ele aderir, de certa forma, *competindo* com a opção de previdência complementar oferecida por entidade aberta.

Justamente por haver esta *competição*, não há como excluí-los do mercado, mesmo que não concorram por toda a gama de pessoas que queiram e possam optar por planos de previdência privada.

Por fim a Súmula 321 do STJ pacificou entendimento jurisprudencial no sentido de que: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de

---

[347] Cf. DOURADO, Robson Gonçalves. **Previdência privada fechada:** fundos de pensão e a relação de consumo. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/24693/previdencia-privada-fechada-fundos-de-pensao-e-a-relacao-de-consumo#ixzz2WTmb5Ask >. Acessado em: 06/10/2013.

[348] Neste sentido: FILOMENO, José Geraldo de Brito. Comentários aos arts. 1º. Ao 3º. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 6.ed.. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 42.

previdência privada e seus participantes"[349], restando claro o cabimento do CDC às entidades fechadas de previdência complementar, dentre outros motivos, pela incorporação em seu texto de parte da fundamentação até aqui exposta.

Assim, os participantes e beneficiários dos planos privados de previdência complementar são considerados consumidores e nesta condição mister analisar o procedimento concursal aplicado às entidades de previdência complementar e as regras nele existentes que prestam à sua proteção.

5.3.1 Dos procedimentos de intervenção e liquidação de entidade de previdência privada

No caso de crise econômico-financeira das entidades de previdência complementar, sejam elas abertas ou fechadas, ocorre a aplicação de medidas especiais de prevenção, reorganização econômica e liquidação da entidade, a serem implementados pelos órgãos regulador e fiscalizador, que no caso das entidades abertas é a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), e nas entidades fechadas a Previc (Superintendência Nacional de Previdência Complementar)[350].

No caso das medidas de prevenção, estas consistem dentre outras: da necessária autorização por parte dos órgãos reguladores e fiscalizadores, para a constituição das entidades (arts. 33, I e 38, I ambos da LC 109/2001); a exigência de constituição de reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador (art. 9º. da LC 109/2001); fixar padrões adequados de segurança atuarial e econômico-financeira, para preservação da liquidez e solvência dos planos de benefícios (art. 29, I da LC 109/2001), dentre outras.

Tal qual resta previsto para instituições financeiras e seguradoras, grande parte destas medidas presta-se a assegurar a capacidade financeira da entidade de previdência complementar frente aos compromissos que assume, em especial face a seus participantes ou assistidos.

---

[349] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sumula 321.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia='DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR'.mat.#TIT3TEMA0> Acessado em: 13/10/2013.

[350] TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Comentários ao art. 2º.. *In:* ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8.

Contudo, na evidenciação de circunstâncias de fato que indiquem estado de crise econômico financeira cabe aplicação de medida de *intervenção*, quando houver possibilidade de sua recuperação da entidade, nas hipóteses previstas no art. 44 da Lei Complementar 109/2001, nomeando-se um *diretor-fiscal* por prazo determinado, prorrogável a seu critério, e a expensas da respectiva entidade aberta de previdência complementar (art. 43 da LC 109/2001), ou; um *administrador especial*, a expensas da entidade fechada de previdência complementar, com poderes próprios de intervenção e de liquidação extrajudicial, com o objetivo de sanear plano de benefícios específico (art. 42 da LC 109/2001).

Nos termos do art. 44 da LC 109/2001 tem cabimento a intervenção quando:

> Art. 44. Para resguardar os direitos dos participantes e assistidos poderá ser decretada a intervenção na entidade de previdência complementar, desde que se verifique, isolada ou cumulativamente:
> I - irregularidade ou insuficiência na constituição das reservas técnicas, provisões e fundos, ou na sua cobertura por ativos garantidores;
> II - aplicação dos recursos das reservas técnicas, provisões e fundos de forma inadequada ou em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes;
> III - descumprimento de disposições estatutárias ou de obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão ou contratos dos planos coletivos de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar;
> IV - situação econômico-financeira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios e da entidade no conjunto de suas atividades;
> V - situação atuarial desequilibrada;
> VI - outras anormalidades definidas em regulamento.

Referida intervenção perdurará pelo prazo necessário ao exame da situação da entidade e encaminhamento de plano destinado à sua recuperação (art. 45 da LC 109/2001) cessando quando aprovado o plano de recuperação da entidade pelo órgão competente ou se decretada a sua liquidação extrajudicial (art. 46 da LC 109/2001).

O outro procedimento concursal previsto na LC 109/2001 é o da *liquidação extrajudicial*, cabível quando se mostrar inviável a recuperação da entidade ou não mais houver condições para o seu funcionamento, nos termos do art. 47 da LC 109/2001.

Quanto aos efeitos e ao procedimento, a liquidação extrajudicial, aplicável às entidades de previdência complementar insolventes, em muito se assemelha à liquidação extrajudicial aplicável aos bancos, sendo, pois, desnecessário descer aos seus detalhes, importando aqui o destaque das medidas de proteção outorgadas aos participantes e aos assistidos destas entidades.

Neste peculiar, destaque-se que ocorrerá a responsabilização pessoal de administradores de entidade, procuradores com poderes de gestão e membros de conselhos estatutários, por danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar (art. 63 *caput* da LC 109/2001), assim como, no caso de entidade fechada de previdência complementar, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada (parágrafo único do art. 63 da LC 109/2001).

Para tanto de modo a garantir o êxito da medida acima, a LC 109/2001 prevê nos arts. 58 e 59 a indisponibilidade dos bens dos administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial, assim como dos administradores dos patrocinadores ou instituidores de entidade fechada de previdência complementar, quando a causa da liquidação for a falta de aporte de contribuições de patrocinadores ou o não recolhimento de contribuições de participantes.

Por fim, em caso de liquidação extrajudicial, do § 2º. do art. 50 da Lei Complementar 109/2001, estipula que:

> Art. 50. O liquidante organizará o quadro geral de credores, realizará o ativo e liquidará o passivo.
> [...]
> § 2º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios terão privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo.
> [...]
> § 4º Os créditos referidos nos parágrafos anteriores deste artigo não têm preferência sobre os créditos de natureza trabalhista ou tributária.

O *participante* bem como o *assistido* não é outra coisa, senão o *consumidor* dos serviços da Entidade de Previdência Privada (fornecedora, tal qual já visto), tendo na hipótese de quebra seu direito de crédito alçado na condição de *privilegiado especial* sobre os ativos garantidores das reservas técnicas, e, na sua insuficiência *privilégio geral*[351] sobre as demais partes do patrimônio não vinculadas ao ativo, só ficando abaixo dos créditos trabalhistas e tributários, em ambas as situações, restando evidente a preocupação da norma com a garantia

[351] Por privilégio geral, na lição de Trajano de Miranda Valverde, entende-se aquele que: "[...] abrange os bens restantes do devedor e as sobras daqueles bens particularmente destinados ao pagamento de créditos reais e dos que gozam de privilégio especial." (Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 2. p. 293.)

do cumprimento dos contratos entabulados e a justa solução para o caso da quebra da entidade.

5.4 A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES/USUÁRIOS DE OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE, NOS PROCEDIMENTOS DE REGIME DE DIREÇÃO FISCAL OU TÉCNICA, LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E ALIENAÇÃO DE CARTEIRA

Nos dias atuais existe uma demanda considerável por serviços privados de assistência médico-hospitalar suplementar, com a intensificação da oferta e comercialização destes serviços no mercado.

Num primeiro momento do desenvolvimento destas atividades acreditava-se que a intensificação da disputa entre as operadoras de planos e seguros de saúde por clientes e o crescimento do volume financeiro das transações seriam atraentes para as grandes seguradoras do mercado internacional serviria como mecanismo de barateamento da oferta destes serviços, porém o que se evidenciou, foi uma conjuntura de:

> [...] denúncias de negação de atendimento e o aumento abusivo de preços e a falência da Golden Cross que ocuparam as páginas da grande imprensa, foram fatos determinantes para a efetiva regulamentação do setor, cujo primeiro grande marco normativo foi a promulgação da Lei n.º 9.656, de 1998.[352]

A lei 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, que submete às suas disposições as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade.

Entende-se por *operadora de plano de saúde* nos termos do inciso II do art. 1º. da Lei 9.656/1998, a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil[353] ou comercial,

---

[352] GAMA, Anete Maria. *et al.* **O espaço da regulamentação dos planos e seguros de saúde no Brasil:** notas sobre a ação de instituições governamentais e da sociedade civil. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Artigo_Cebes_020529.pdf>. Acessado em: 06/07/2009.

[353] O termo *sociedade civil* correspondia na lógica do Código Civil de 1916, ao que hoje o Código Civil de 2002 denomina associação (outrora associação propriamente dita ou sociedade sem fins lucrativos, englobadas ambas sob a nomenclatura de *sociedade civil*), e à sociedade simples (outrora denominada sociedade civil de fins lucrativos), cuja abrangência hoje é bem menor do que fora outrora em razão das definições de empresário e sociedade empresária, constantes do art. 966 e 982 do atual Código Civil.

cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de *plano privado de assistência à saúde*.

O plano privado de assistência à saúde é definido no inciso I do art. 1º. da Lei 9.656/1998, como sendo a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do *consumidor*.

Assim, o primeiro aspecto a ser destacado na relação jurídica que se estabelece entre o usuário do plano de saúde e a operadora são os traços característicos de uma relação de consumo a saber: de um lado o fornecedor, no caso, as *operadoras* na oferecendo e prestando serviços de assistência à saúde mediante remuneração, *serviço* este condicionado a evento futuro, mediante contraprestação pecuniária (art. 3º. §2º. do CDC); do outro lado encontra-se o *consumidor*, compreendendo aí o que contrata o plano para si individualmente, ou para cobertura sua e de seus dependentes, na tipologia do art. 2º, 17 e 29 do CDC

Sobre a caracterização da relação de consumo no âmbito da saúde suplementar imperioso reconhecer que a tutela do consumidor de serviços de saúde suplementar, seja por meio das disposições gerais do CDC seja por meio das regras específicas da Lei 9.656/1998, protege um bem indisponível, no caso a vida[354].

A semelhança do que ocorre com bancos, seguradoras e entidades de previdência complementar, as operadoras de planos de saúde, sejam elas organizadas sob a forma de sociedade empresária, sejam elas organizadas sob a forma de sociedade simples (cooperativas médicas e odontológicas), ou associações (entidades de autogestão e filantropia), submetem-se a uma regulação estatal mais direta, por meio de agência reguladora, no caso, a Agência

[354] Neste sentido: GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde:** a ótica da proteção do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Biblioteca de direito do consumidor. v. 31. p. 132. Sobre a condição do usuário de plano de saúde como consumidor Angela Maria Araújo afirma que: "O que se verifica, na realidade, no mercado de assistência à saúde suplementar, é uma discrepância na informação disponível entre seus agentes, de forma que o consumidor torna-se a parte mais vulnerável da relação, pois não compreende o conteúdo dos contratos e não tem a capacidade técnica de estimar ou avaliar se os produtos disponíveis compreendem as suas necessidades eventuais e futuras de assistência à saúde. (Cf. ARAÚJO, Angela Maria. **A regulação do mercado de saúde suplementar no Brasil:** barreiras à entrada e à saída de operadoras de planos privados de assistência à saúde. 176 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública/ subárea Regulação de Saúde Suplementar.) – Escola Nacional de Saúde Pública –ENSP, Fundação Osvaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/DIS_A%20Regulação%20do%20Mercado%20de%20Saúde%20Suplementar%20no%20Brasil_ANGELA_MARIA_ARAUJO.pdf>. Acessado em: 06/07/2009. p. 45.)

Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ligada à estrutura administrativa do Ministério da Saúde, criada pela Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

Suas funções são essencialmente de normatização e fiscalização das operadoras de plano de saúde a incidir sobre qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferenciem de atividade exclusivamente financeira, zelando, dentre outras coisas pela dimensão econômico-financeira das operadoras.

Segundo Angela Maria Araujo, referida atribuição regulatória presta-se a tratar: i) das condições de entrada, de permanência e de saída do setor; *ii*) exigência de constituição de reservas e garantias – tudo objetivando dar segurança ao *consumidor*, garantindo a capacidade econômico-financeira das operadoras para cumprir os contratos firmados, além de assegurar a transparência e a competitividade no setor[355].

Logo, o que se percebe é a tutela do consumidor tendo como um dos focos a questão da higidez financeira do fornecedor, contudo, não de uma maneira direta, mas de modo indireto, focando no mercado como um todo, em que o agente está inserido, sem descurar do consumidor a exemplo do que ocorre com bancos, seguradoras e entidades privadas de previdência complementar.

Por esta razão presente na lei 9.656/1998 regras que disciplinam de maneira especial o trato da crise econômico-financeira das operadoras de planos de saúde, que em síntese, preveem os planos de recuperação, os regimes especiais de direção técnica ou fiscal, a liquidação extrajudicial e a alienação da carteira; todos de competência da ANS, não estando referidas entidades sujeitas à falência ou insolvência civil, bem como restam proibidas de requerer recuperação judicial ou extrajudicial (art. 23 da Lei 9.656/1998).

Como medidas de reorganização econômica das operadoras a ANS pode exigir os planos de recuperação quando a operadora apresentar problemas econômico-financeiros que necessitem de reequilíbrio, bem como os regimes especiais de direção técnica ou fiscal, em face às graves anormalidades econômico-financeiras.

Rejeitado o plano de recuperação ou frustrados seus objetivos, assim como por recomendação do diretor técnico ou fiscal, ficar evidenciado incapacidade de manutenção das

---

[355] ARAÚJO, Angela Maria. **A regulação do mercado de saúde suplementar no Brasil:** barreiras à entrada e à saída de operadoras de planos privados de assistência à saúde. 176 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública/ subárea Regulação de Saúde Suplementar.) – Escola Nacional de Saúde Pública –ENSP, Fundação Osvaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/DIS_A%20Regulação%20do%20Mercado%20de%20Saúde%20Suplementar%20no%20Brasil_ANGELA_MARIA_ARAUJO.pdf>. Acessado em: 06/07/2009. p. 50.

atividades da operadora cumpre a ANS decretar a *liquidação extrajudicial*, nos termos do art. 24 da Lei 9.656/1998.

Ao procedimento da liquidação extrajudicial aplicam-se as regras cabíveis para as instituições financeiras, nos termos do art. 24-D da Lei 9.656/1994, assim como se converterá a liquidação extrajudicial em falência, caso a operadora, seja sociedade empresária, ou, insolvência civil para as hipóteses de operadores que se constituem sob a forma de cooperativas ou associações, nos termos do §1º. do art. 23, quando, no curso da liquidação extrajudicial, forem verificadas uma das seguintes hipóteses: *i*) o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários; *ii*) o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial, ou; *iii*) nas hipóteses de fundados indícios de crimes falimentares.

Para tanto de modo a garantir o êxito das medidas acima, prevê a lei afastamento e indisponibilidade dos bens dos administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das operadoras sob intervenção ou em liquidação extrajudicial, assim como, respondem solidariamente pelas obrigações por eles assumidas durante sua gestão até o montante dos prejuízos causados, independentemente do nexo de causalidade.

Importante a destacar no procedimento da liquidação extrajudicial de operadoras de planos de saúde, ou sua consequente conversão em falência ou insolvência civil; é a previsão de melhor classificação do crédito do consumidor no concurso de credores, decorrente da regra do art. 24-C da Lei 9.656/1998 que prevê para o caso de liquidação extrajudicial, ou falência/insolvência da operadora de planos de saúde, que os créditos decorrentes da prestação de serviços de assistência privada à saúde *preferem a todos os demais*, exceto os de natureza trabalhista e tributários.

Dentre estas hipóteses, importante destacar também a medida prevista no art. 24 da Lei 9.656/1998, que regula os planos de saúde, no caso *a alienação da carteira de clientes*[356], nos termos da lei *in verbis*:

> Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, **a ANS poderá**

[356] Por carteira de clientes, nos termos do inciso III do art. 1º. da Lei 9.656/1998, entenda-se o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º. da lei em comento, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

> **determinar a alienação da carteira**, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso. (grifos nossos)
> [...]
> § 5º A ANS promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação da carteira das operadoras de planos privados de assistência à saúde, no caso de não surtirem efeito as medidas por ela determinadas para sanar as irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira.

Seu objetivo, como salienta Maria Stella Gregori é garantir a continuidade da prestação dos serviços de assistência à saúde, por meio da alienação direta ou leilão da carteira de clientes da operadora em crise, buscando o órgão regulador a manutenção dos serviços contratados pelo consumidor[357].

[357] GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde:** a ótica da proteção do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Biblioteca de direito do consumidor. v. 31. p. 83.

6 A INSERÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA SISTEMÁTICA DO PROCESSO DE FALÊNCIAS

Como consequência de todo o estudo até aqui desenvolvido, percebe-se que a defesa do consumidor no juízo concursal, por vezes está apegada a preceitos do passado de sua história, tal qual ocorre, com alguns procedimentos concursais especiais, ou está plenamente esquecida enquanto parte essencial de um conjunto normativo voltado para as relações de mercado, necessariamente composto por normas de direito concursal eis que se prestam a rever o ideal de segurança nas relações mercantis face ao estado de insolvência do devedor.

Contudo, nem o Código de Defesa do Consumidor, nem ao menos a Lei de Falências tratam do assunto de forma direta, cabendo neste item apenas perquirir sobre a presença de alguns elementos normativos que possivelmente prestariam à finalidade ideal da defesa do consumidor num procedimento concursal mediante a consagração de regras típicas à sua situação frente a insolvência do fornecedor com quem está relacionado.

Resta demonstrado na previsão dogmática dos procedimentos concursais especiais, a preocupação do direito com a segurança econômico-financeira e atuarial dos exercentes das atividades econômicas específicas – a saber: bancária, securitária, de previdência privada e de oferecimento de planos de saúde - objeto de sua regulação, atuando de modo específico a preservar a liquidez e a solvência daqueles que se submetem a tal regulação.

Em outras palavras, a preocupação da norma com a solvência do fornecedor e as medidas especiais que aplica no caso de crise econômica são estruturadas de modo a preservar os interesses do consumidor, que serão lesados justamente por conta de sua insolvência.

Certo, pois, que em muitas outras situações atestadas pela realidade do caso concreto que a lesão aos interesses do consumidor por parte do fornecedor, muitas vezes só ocorre nas hipóteses de sua insolvência, assim reconhecida pela ordem jurídica, ou seja, o Estado ao regular determinadas atividades econômicas preocupa-se com a questão da insolvência e os seus reflexos na massa de pessoas que com os eles contratam, não as prevendo contudo, para a generalidade dos consumidores.

Portanto, não é admissível a total falta de dispositivos específicos voltados para a defesa do consumidor nas situações de crise da empresa, a saber: *i*) uma melhor classificação do seu crédito no contexto do quadro geral dos credores na falência; *ii*) mecanismos de facilitação de sua participação no processo falimentar, inclusive pelas vias coletivas, e; *iii)*

uma normatização diferenciada para o trato dos efeitos da falência sobre os contratos de consumo.

Eis os pontos a serem analisados nesta ultima seção com foco: na proteção outorgada a outros credores não negociais na falência, *v.g.* o trabalhador; na experiência, também rara, do direito comparado, ou ainda; de previsões especiais constantes de outros procedimentos concursais do direito pátrio; na atuação do MP na falência e na defesa dos consumidores; em meios coletivos de habilitação e verificação de créditos; nos instrumentos de compensação, como a responsabilização de administradores e controladores de sociedades empresárias falidas, especialmente em casos de fraude, e; nas experiências pontuais de proteção de certos vínculos contratuais por conta da falência.

Serão também inseridas em cada tópico sugestões de alteração legislativa que sirvam a solução desta lacuna na ordem jurídica, consolidadas todas no apêndice desta tese.

6.1 A TUTELA DO CRÉDITO NÃO NEGOCIAL NA FALÊNCIA COMO PRESSUPOSTO DA DEFESA DO CRÉDITO DO CONSUMIDOR: A QUESTÃO DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS E O CONSUMIDOR

Como visto ao longo do presente estudo, no entorno do empresário falido circundam uma esfera de interesses que aguardam a solução das suas pretensões sob o formato a ser a este outorgado pelo direito concursal tendo em vista a condição especial surgida com o fato da insolvência juridicamente reconhecida.

Assim, a primeira menção a ser feita é a pertinente ao tratamento dos direitos de crédito de cada um dos credores do falido.

Logo, remete-se à disciplina da *classificação de créditos* na insolvência, em especial, no procedimento da falência, tal qual previsto na Lei 11.101/2005.

O citado diploma legal impõe que o pagamento dos créditos obedece à lógica de primeiro separar os créditos pertinentes à *falência*, ou seja, aqueles formados pelas obrigações existentes quando da abertura do processo de falência, estando previstos no art. 83 da Lei 11.101/2005; dos créditos pertinentes à *massa falida*, ou seja, aqueles formados por obrigações decorrentes da própria administração da massa falida ao longo do processo

falimentar, denominados na legislação pátria como *créditos extraconcursais*, tratados no art. 84 da lei falimentar[358].

Quando da ordem de pagamento na falência, o art. 149 da Lei 11.101/2005 prescreve que as *restituições em dinheiro* precedem o pagamento dos *créditos extraconcursais*[359], que por sua vez precedem ao pagamento dos *créditos da falência*, ficando por último, caso haja saldo, o pagamento dos *credores subordinados*, em especial os sócios e acionistas da sociedade falida, e hoje por que não dizer, o titular da EIRELI[360].

Dentre os chamados *créditos da falência*, seu pagamento se dá de acordo com a ordem de classificação especificada no art. 83 da Lei 11.101/2005, a saber:

> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
> I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;
> II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
> III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
> IV – créditos com privilégio especial, a saber:
> a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
> b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
> c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

---

[358] Neste sentido: Cf. FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise:** comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 42. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 357. As expressões "credores da massa" e "credores da falência" constavam da antiga legislação falimentar (Decreto Lei 7.661/1945), especialmente na designação das seções segunda e terceira do título VIII do diploma legal revogado. Em Portugal, no CIRE: "Distinguem-se com precisão as «dívidas da insolvência», correspondentes aos créditos sobre o insolvente cujo fundamento existisse à data da declaração de insolvência e aos que lhes sejam equiparados (que passam a ser designados como «créditos sobre a insolvência», e os respectivos titulares como «credores da insolvência»), das «dívidas ou encargos da massa insolvente» (correlativas aos «créditos sobre a massa», detidos pelos «credores da massa»), que são, grosso modo, as constituídas no decurso do processo." PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março:** código da insolvência e da recuperação de empresas. Disponível em: <http://digestoconvidados.dre.pt/digesto//pdf/LEX/481/172004.PDF>. Acessado em: 20/03/2012.

[359] Gladson Mamede leciona quanto à precedência dos créditos *extraconcursais* (créditos da massa falida) em relação aos *credores da falência* (ou como ensina: *credores do devedor*), esta não se constitui propriamente de preferência, mas de situação de *prejudicialidade*, eis que: "[...] antes de passar aos *credores do devedor*, é preciso reconhecer a existência de *credores da massa falida.* A diferença é sutil: enquanto os *credores do devedor* mantiveram relações jurídicas com o empresário ou sociedade empresária, *os credores da massa falida* mantiveram relações jurídicas posteriores à quebra, ou, no mínimo, ao deferimento da recuperação judicial,[...]" (Cf. MAMEDE, Gladson. **Direito empresarial brasileiro:** falência e recuperação de empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 4. p. 576.)

[360] A pessoa que institui a EIRELI é denominada pela lei como "titular", eis que o art. 980-A do Código Civil diz que: "Art. 908-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa ***titular*** da totalidade do capital social, devidamente integralizado, [...]" (grifos nossos). Sua relação para com a pessoa jurídica da EIRELI assemelha-se à de um sócio de uma sociedade, ou seja, dela aufere os lucros e pode em caso de dissolução/liquidação da EIRELI, ficar com o resultado do acervo líquido apurado caso seja ele positivo, à vista do disposto no §6º. do art. 980-A do Código Civil.

> V – créditos com privilégio geral, a saber:
> a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
> b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;
> c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
> VI – créditos quirografários, a saber:
> a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
> b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
> c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do **caput** deste artigo;
> VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
> VIII – créditos subordinados, a saber:
> a) os assim previstos em lei ou em contrato;
> b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

Neste rol estão misturados créditos de natureza *negocial* e *não negocial*, fixando-se o tratamento homogêneo de todos os credores de uma mesma classe, evitando que concorram com os de outra classe, mas somente entre si, o que, sob certa forma presta-se à equalização dos créditos a serem satisfeitos na falência, realizando o ideal da *par condictio creditorum*.

O crédito do consumidor na falência, geralmente, refere-se a indenizações por dano moral e material, decorrentes da reparação de danos por acidente de consumo, vícios no produto ou serviço ou por repressão a prática ou cláusula abusiva, e/ou, ainda; decorrentes do descumprimento de obrigação contratual de fazer, não fazer e dar coisa certa, convertidas em indenização, e multas decorrentes do seu incumprimento.

Referidos créditos são *não negociais*, em função de terem se constituído de obrigações das quais não dispõem os consumidores de meios negociais para a preservação de seus interesses, possuindo garantia geral e não terem qualquer preferência deferida pela lei, sendo enquadrados na classe de crédito *quirografário.*

A condição de inserção do crédito do consumidor na falência como crédito quirografário, conforme já visto, destoa daquela outorgada a outros credores não negociais, que como ele não tem meios de limitar seus riscos, logo, submetidos a uma proteção diferenciada da ordem jurídica.

Dita realidade, associada ao fato de que as regras da falência são por demais gerais, apesar de, no plano instrumental e material, reservarem regras específicas que tutelam certas e determinadas categorias de credores, excluem, contudo o consumidor, de uma maneira geral.

Referida condição e sua repercussão no bojo da estrutura da defesa dos interesses dos consumidores na crise da empresa é que será abordada com mais pormenor neste trecho da tese.

6.1.1 A classificação do crédito do consumidor no direito estrangeiro

A proteção aos credores não negociais na insolvência do devedor, decorre de duas razões, já analisadas ao longo desta tese, no caso: pura e simplesmente, pela natureza da obrigação (*v.g.* crédito tributário e os créditos de indenização extracontratual), ou; pelas condições de *subordinação ou dependência* do credor em relação ao devedor, em especial o empresário, em função de não poderem negociar os termos de suas avenças, simplesmente aderindo aos termos pré-elaborados pela outra parte, bem como muitas vezes não têm como não querer se submeter a estes termos.

Atentando-se para a segunda razão de origem do crédito não negocial, ou seja, aquela que decorre da condição de *subordinação ou dependência* do credor em relação ao devedor, destaque-se aí, no bojo dos credores alcançados pelos efeitos da falência: os trabalhadores e os consumidores.

Em Portugal o CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) define em seu art. 47 os credores da insolvência e as classes de créditos sobre a insolvência, prescrevendo no sentido de que declarada a insolvência, todos os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, são considerados credores da insolvência, qualquer que seja a sua nacionalidade ou domicílio, dividindo-se estes em: garantidos, privilegiados, comuns e subordinados.[361]

Uma vez que inexiste na legislação portuguesa, tal qual na brasileira, distinção em relação ao crédito do consumidor, sob qualquer de suas formas de constituição, entende-se ele credor comum, nos termos do art. 47, 4, alínea *c*, tendo em vista o Código Civil português assim como a lei de defesa do consumidor de Portugal nada tratarem a respeito[362].

---

[361] Cf. PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março:** código da insolvência e da recuperação de empresas. Disponível em: <http://digestoconvidados.dre.pt/digesto//pdf/LEX/481/172004.PDF>. Acessado em: 20/03/2012.

[362] Cf. PORTUGAL. **Decreto-Lei Nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966:** Código Civil. Disponível em: < http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF >. Acessado em: 20/03/2012. PORTUGAL. **Lei n.º 24/96 de 31 de Julho:** estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Disponível em:< http://vlex.pt/tags/defesa-do-consumidor-143202>. Acessado em: 20/03/2012.

O mesmo sucede com a lei argentina de concursos (Lei 24.522/1995) que em seu art. 248, para o caso de créditos não negociais que, à exemplo da lei brasileira só destaca créditos trabalhistas e fiscais[363].

A lei concursal espanhola (Lei 22/2003), ao tratar da classificação de créditos na insolvência, em especial os credores do insolvente (créditos concursais, ou créditos da falência), formando a massa passiva, os divide em: privilegiados, ordinários e comuns, sendo certo que toda a categoria de credores que participa do processo de insolvência está tratada somente na lei concursal, unificando os critérios legais de sua identificação classificação.[364]

Dentre os privilegiados são eles divididos em: créditos com privilégio especial e com privilégio geral, estes últimos tratados no art. 91, 4º. que classifica como crédito com *privilégio geral*, aqueles derivados de responsabilidade civil extracontratual, no qual podem ser inclusos aí os créditos dos consumidores por acidente de consumo[365].

Desta forma, as demais expressões do crédito do consumidor ficam sujeitos à condição de credores ordinários, tendo em vista não previsão de privilégio na lei espanhola, como ocorre nas demais.

6.1.2 Classificação dos créditos não negociais no direito concursal brasileiro e o crédito do consumidor.

---

[363] ARTICULO 241.- Créditos con privilegio especial. Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: 1) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos; **2) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad, del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación; 3) Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos;** 4) Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante; 5) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida a la fecha de la sentencia de quiebra. El privilegio se extiende a la garantía establecida en el Artículo 3943 del Código Civil; 6) Los créditos indicados en el Título III del Capítulo IV de la Ley N° 20.094, en el Título IV del Capítulo VII del Código Aeronáutico (Ley N. 17.285), los del Artículo 53 de la Ley N. 21.526, los de los Artículos 118 y 160 de la Ley N. 17.418. (Cf. ARGENTINA. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS. **Ley de concursos y quiebras:** Ley 24.522: Sancionada: Julio 20 de 1995. Disponível em: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm. Acessado em: 23/11/2012.).

[364] Neste sentido: Cf. VALLE, Javier. Una experiência comparada reciente: la ley concursal española. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros, ano 43, v.134, pp.96-106. abr./jun., 2004. p. 102. Ver também: ESPANHA. **Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.** Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26905-26965.pdf>. Acessado em: 10/10/2007.

[365] "Artículo 91. Créditos con privilegio general. Son créditos con privilegio general: [...] 5º. Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4º. de este artículo." (Cf. ESPANHA. **Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.** Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26905-26965.pdf>. Acessado em: 10/10/2007.)

Cingindo-se na razão de origem do crédito não negocial que decorra da condição de *subordinação ou dependência* do credor em relação ao devedor, a análise a ser feita neste quadrante da tese, volta-se para os créditos dos trabalhadores e dos consumidores.

No que tange ao consumidor, especificamente na falência, de acordo com a lei 11.101/2005, seu crédito é considerado *quirografário*, tendo em vista estar desprovido de garantia ou privilégio legal, mesmo possuindo a mesma natureza do crédito trabalhista.

Como visto alhures, a situação do trabalhador era (e ainda é) a de um contratante sem vontade livre, situação essa decorrente do desenvolvimento da industrialização, o que também ocorre em contratos de outra natureza, principalmente no campo hoje referido pela noção de *relação de consumo*, eis que o consumidor também não contrata porque quer, com quem quer e do modo que quer[366].

A proteção ao crédito trabalhista advém de expressa previsão na Lei 11.101/2005, podendo segundo suas disposições ser enquadrado em quatro categorias de crédito, quais sejam, os extraconcursais (art. 67 e 84, I da Lei de Falências); os preferenciais (art. 83, I da Lei de Falências); os equiparados aos quirografários (art. 83, VI, *c* e §4º. da Lei de Falências)[367].

O crédito trabalhista, assim como o decorrente de indenização por acidente de trabalho, será *extraconcursal*, ou seja, receberá com precedência de qualquer outro, na forma do art. 149 da Lei 11.101/2005, sempre que resultar de trabalho realizado após o deferimento da recuperação judicial, caso venha ela ser convolada em falência (art. 67 caput c/c. 84, V), ou ainda, se decorrer de trabalho realizado após a decretação da falência, nos termos do art. 84, I

---

[366] Neste sentido: Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 12.

[367] Neste sentido: Cf. SOUZA, Marcelo Papaléo. **A lei de recuperação e falência e suas consequências no direito e no processo do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 262. O autor mencionado defende ainda o enquadramento dos créditos trabalhistas derivados das multas contratuais decorrentes da CLT, em especial as previstas no art. 467 e 477 da CLT, como créditos *subquirografários*, ou seja, aqueles a serem atendidos após a satisfação total dos credores quirografários. Segundo o autor: "Mesmo que não exista referência às multas trabalhistas na legislação concursal, mas somente nas penais, administrativas e tributárias, elas devem ser consideradas inseridas no contrato, equivalendo-se para efeito de falência, como multa contratual." (Cf. SOUZA, Marcelo Papaléo. **A lei de recuperação e falência e suas consequências no direito e no processo do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 266.) Em sentido contrário, ou seja, de que elas compõe o valor dos débitos trabalhistas a serem exigidos com preferência na falência, Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 304.

da Lei 11.101/2005[368], como ocorre na hipótese de continuidade das atividades da empresa, tal qual facultado pela norma do art. 99, IX da Lei 11.101/2005.

Na condição de *credor da falência*, o trabalhador tem seu crédito classificado como *preferencial*, nos termos do inciso I do art. 83 da Lei de Falências, limitados, porém, a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor.

O crédito trabalhista excedente ao valor mencionado no inciso I do art. 83 da Lei de Falências será classificado junto aos quirografários, na forma do art. 83 inciso VI, alínea c da Lei 11.101/2005, bem como na mesma condição ficarão os créditos trabalhistas cedidos a terceiros (art. 83 § 4º. da Lei 11.101/2005).

Prevê ainda a Lei 11.101/2005 em seu art. 151 que prescreve:

"Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa."

A medida objetiva minimizar os prejuízos dos trabalhadores da empresa falida decorrentes do não recebimento dos salários, bem como funda-se na natureza alimentar do crédito trabalhista, justificando pois a medida.[369]

Verifica-se assim, que ressalvado o caráter alimentar que soma ao amálgama do crédito trabalhista, em todo o resto ele se assemelha ao crédito do consumidor, na medida em que tal preferência creditícia serve, dentre outras coisas para proteção contra os riscos da empresa.

Paradoxalmente, a compreensão de que a legislação consumerista visa resguardar o consumidor da necessária transmissão dos riscos do negócio do fornecedor, o crédito do consumidor, via de regra, não possui proteção especial para o caso de falência negando assim a finalidade das regras de tutela a ele deferidas pela ordem jurídica.

Contudo, nem sempre é esta a sua situação, eis que, em alguns procedimentos concursais especiais existe a previsão de preferências creditícias estabelecidas em favor do consumidor.

---

[368] Segundo Gladson Mamede, ao comentar a regra do art. 84, I da Lei 11.101/2005 criando a preferência do crédito trabalhista dentre os demais créditos extraconcursais, seria em função de que: "A razão dessa precedência (ou prejudicialidade) extraconcursal – e, no âmbito dos créditos extraconcursais, dessa preferência – é o risco escancarado de se trabalhar para a massa. Se até a decretação da falência havia uma perspectiva plausível de que a crise econômico-financeira fosse superada, após a quebra, a insuficiência do ativo para atender o passivo torna-se patente, o que recomendaria não atuar a favor da massa." (Cf. MAMEDE, Gladson. **Direito empresarial brasileiro:** falência e recuperação de empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 4. p. 577.)

[369] Fábio Ulhoa Coelho considera referida medida como *antecipação de pagamentos*, tanto que defende que referido valor seja abatido do saldo final do crédito do trabalhador. (Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 502.)

A primeira hipótese neste sentido é a prevista no Decreto-lei 73/1966, que disciplina o Sistema Nacional de Seguros Privados regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.

A disciplina do procedimento de liquidação extrajudicial compulsória aplicável às seguradoras insolventes, tratado nos arts. 94 ao 107 do Decreto 73/1966, entre outras disposições, em seu art. 86, estipula para os segurados e beneficiários que sejam credores por indenização ajustada ou por ajustar, face a seguradora, *privilégio especial* sobre reservas técnicas, fundos especiais ou provisões garantidoras das operações de seguro, de resseguro e de retrocessão, consistindo em interessante precedente normativo de tutela do crédito dos consumidores, geralmente situados na vala comum dos créditos quirografários.

Por *privilégio especial* entenda-se aquele que: " [...] recai sôbre (sic) bens que a lei separa para a satisfação de certos créditos que com tais bens, em regra, se acham estreitamente ligados. Aproxima-se, assim, da preferência resultante de um direito real de garantia."[370]

Logo, as reservas técnicas, fundos especiais ou provisões garantidoras das operações de seguro, de resseguro e de retrocessão, servem justamente para segregar do patrimônio geral da operadora de seguros, um patrimônio especial voltado à garantia do cumprimento destas operações, junto a quem mais diretamente dela precisa, no caso, o consumidor/segurado.

Proteção semelhante advém da regra do § 2º. do art. 50 da Lei Complementar 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências, estipula que:

> Art. 50. O liquidante organizará o quadro geral de credores, realizará o ativo e liquidará o passivo.
> [...]
> § 2º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios terão privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo.
> [...]
> § 4º Os créditos referidos nos parágrafos anteriores deste artigo não têm preferência sobre os créditos de natureza trabalhista ou tributária.

O *participante* e o *assistido* não são outra coisa, senão o *consumidor* dos serviços da Entidade de Previdência Privada, tendo na hipótese de quebra do fornecedor seu direito de crédito alçado na condição de *privilegiado especial* sobre os ativos garantidores das reservas

[370] VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 2. p. 293.

técnicas, e, na sua insuficiência *privilégio geral* sobre as demais partes do patrimônio não vinculadas ao ativo, só ficando abaixo dos créditos trabalhistas e tributários, em ambas as situações.

Por fim, outro exemplo, no direito pátrio acerca da previsão de melhor classificação do crédito do consumidor na insolvência é a decorrente da regra do art. 24-C da Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, que prevê, para o caso de liquidação extrajudicial, ou falência/insolvência da operadora de planos de saúde, que os créditos decorrentes da prestação de serviços de assistência privada à saúde *preferem a todos os demais*, exceto os de natureza trabalhista e tributários.

Assim o que se verifica é a previsão de hipóteses especiais de uma melhor classificação do crédito do consumidor em caso de crise econômica do fornecedor, em procedimentos assemelhados ao da falência, como ocorre nas liquidações extrajudiciais acima analisadas, percebendo-se claramente, nestas previsões legais o intento de resguardar o consumidor dos riscos do negócio desenvolvido pela empresa fornecedora.

Para tanto, sugere-se neste trabalho a alteração da lei 11.101/2005, no sentido de dar ao crédito do consumidor uma classificação mais condizente com a sua condição.

Para isto, a exemplo do direito espanhol classificar como crédito com *privilégio geral*, aqueles derivados de responsabilidade civil extracontratual, no qual se inserem os créditos dos consumidores por acidente de consumo, vícios no produto ou serviço ou por repressão a prática ou cláusula abusiva[371].

Uma melhor classificação do crédito do consumidor na falência em geral significa não só o reconhecimento da sua condição especial também no âmbito concursal, como também presta-se à realização do seu crédito, direito fundamental de todo e qualquer credor, na medida em que concretiza o respeito aos bens e propriedade alheios[372], constituindo-se referida omissão negação desse direito e da condição de vulnerabilidade do consumidor.

Nas hipóteses de crédito do consumidor decorrentes do descumprimento de obrigação contratual de fazer, não fazer e dar coisa certa, convertidas em indenização, e multas

---

[371] Propõe-se assim a alteração legislativa da seguinte forma: "Art. 83 - .... V – créditos com privilégio geral, a saber: ..... d) os créditos derivados de indenização por responsabilidade civil extracontratual, inclusive, as indenizações por acidente de consumo, vícios no produto ou serviço ou ainda por repressão a prática ou cláusula abusiva em detrimento dos interesses dos consumidores."

[372] Acerca da condição de tutela do crédito como tutela de direito fundamental, pronuncia-se Marie-Jeanne Campana: "[...] a necessidade de o credor realizar o seu crédito faz parte dos direitos fundamentais; é o direito de cada um ao respeito pelos seus bens e pela sua propriedade e o direito de agir na justiça para obter o respeito por estes direitos." (CAMPANA, Marie-Jeanne. Apud, SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do proceso de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 168.)

decorrentes do seu incumprimento, justo seria sua classificação como crédito com *privilégio especial*, tendo em vista que o consumidor colabora essencialmente com a formação do patrimônio do fornecedor, razão que justifica a proposta que ora se apresenta[373].

6.1.3 O crédito do consumidor e sua subsunção à regra do art. 67 da Lei 11.101/2005.

Como visto anteriormente, o crédito trabalhista, pode em algumas situações alçar a condição de *crédito extraconcursal*, ou *crédito da massa*, ou seja, aquele que tem precedência de pagamento sobre os *créditos da falência*, na forma da Lei 11.101/2005 em seus arts. 84 e 149, sempre que resultar de trabalho realizado após o deferimento da recuperação judicial, caso venha ela ser convolada em falência (art. 67, *caput* c/c. 84, V), ou ainda, se decorrer de trabalho realizado após a decretação da falência, nos termos do art. 84, I da Lei 11.101/2005, como ocorre na hipótese de continuidade das atividades da empresa, tal qual facultado pela norma do art. 99, IX da Lei 11.101/2005.

Na primeira hipótese, ou seja, aquela derivada de verbas trabalhistas devidas ao empregado por serviços prestados após o deferimento da recuperação judicial (art. 67, *caput* da Lei 11.101/2005), cabe uma indagação: *seria possível a reclassificação do crédito do consumidor?*

A resposta para tal questionamento primeiro impõe uma análise da regra do art. 67 da Lei 11.101/2005, em todo o seu teor, para num segundo momento, concluir pela resposta.

O artigo 67 da Lei 11.101/2005, diz:

> Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.
> Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

[373] Propõe-se assim a alteração legislativa da seguinte forma: "Art. 83 - .... IV – créditos com privilégio especial, a saber: ..... d) os créditos de que seja titular o consumidor em função do descumprimento de obrigação contratual de fazer, não fazer e dar coisa certa, convertidas em indenização, e multas decorrentes do seu incumprimento, anteriores ao pedido de falência, ou que em função desta seja constituído."

Verifica-se pela leitura do texto legal que a Lei de Falências objetivou no *caput* do art. 67, a reclassificação dos créditos constituídos após o deferimento do pedido de recuperação judicial para a condição de *créditos extraconcursais* (art. 84, V da Lei 11.101/2005); bem como dos *quirografários* anteriores ao pedido de recuperação judicial para a condição de *créditos com privilegio geral*, se continuou a conceder crédito ao devedor em recuperação judicial (parágrafo único do art. 67 c/c. art. 83, V, alínea b da Lei 11.101/2005).

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho afirma que: "[...] há que se reconhecer que esses credores, ao abrirem crédito a empresário declaradamente em crise, deram decisiva colaboração para a tentativa de superação desta, assumindo riscos consideráveis."[374]

Logo, todos aqueles que após o deferimento da recuperação judicial, de alguma forma conceder crédito ao empresário em recuperação, serão considerados *credores extraconcursais*, na hipótese de convolação da recuperação judicial em falência para o caso de obrigações contraídas ao longo da recuperação judicial e não pagas[375].

Já o *credor quirografário* sujeito à recuperação judicial que continuar a fornecer bens ou serviços anteriormente contratados ao devedor, após o pedido de recuperação judicial, terá *privilégio geral* de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação (parágrafo único do art. 67), ou seja, do seu crédito originalmente habilitado, parte será reclassificado como de *privilégio geral*, se continuar com o fornecimento normal dos bens e serviços de que necessita o devedor em recuperação judicial, no limite do valor destes bens e serviços fornecidos durante o período da recuperação e receber para tanto, sendo a outra parte mantida na condição de crédito quirografário, caso sobrevenha falência[376].

---

[374] COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.

[375] Jorge Lobo ao comentar o art. 67 da Lei 11.101/2005, não faz distinção entre as categorias de créditos passíveis da reclassificação nos termos do caput do citado artigo de lei. (Cf. LOBO, Jorge. Comentários ao art. 67. *In:* ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 171). No mesmo sentido: NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa:** recuperação de empresas e falência. 7. ed. São Paulo, Saraiva: 2012. v. 3. P. 236. Em sentido contrário manifesta-se Fábio Ulhoa Coelho, de modo a que a reclassificação dos credores quirografários, só seria possível nos termos do parágrafo único do art. 67. (Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262.)

[376] Neste sentido, Ricardo Negrão traz um exemplo em sua obra: "A, fornecedor de laticínios ao devedor B, empresário do ramo de supermercado, habilita-se na recuperação pela dívida quirografária de R$ 48.000,00. Durante o período de recuperação mantém o contrato de fornecimento e entrega de produtos a B no montante de R$ 35.000,00, recebendo normalmente a quase totalidade do preço dessas mercadorias. Decretada a falência, seu crédito original de R$ 48.000,00 será reclassificado: a) o montante de R$ 35.000,00 será considerado crédito com privilégio geral; b) os restantes R$ 13.000,00 continuarão classificados como quirografários. Do montante que A forneceu na recuperação, os valores ainda não recebidos serão considerados créditos extraconcursais, ou seja, têm prioridade no recebimento, anterior às classes indicadas no art. 83." (Cf. NEGRÃO, Ricardo. **Manual**

Por outro lado, contratos novos entabulados pelo credor quirografário e o devedor em recuperação judicial, enquadrar-se-ão como *créditos extraconcursais* na forma do *caput* do art. 67, eis que o parágrafo único excepciona apenas os contratos de fornecimento de bens e serviços a prazo anteriores à recuperação e mantidos por consequência do deferimento desta.

A partir do pressuposto acima enunciado, referida reclassificação alcança somente os *créditos negociais*, ou seja, provenientes de negociação, ficando afastados os créditos fiscais, bem como aqueles decorrentes de responsabilidade civil por ato ilícito ou responsabilidade objetiva[377].

Isto posto, ficariam excluídos desta reclassificação, os créditos do consumidor decorrentes de indenização pelo fato do produto ou serviço, tendo em vista o descumprimento do seu dever de segurança e/ou qualidade, para o fornecimento dos mesmos no mercado de consumo.[378]

Contudo, o que falar daqueles créditos dos quais o consumidor é o titular e que têm origem contratual, ou seja, que derivem da inexecução contratual por parte do fornecedor[379], que podem ser convertidos em indenização, face ao incumprimento de obrigação contratual de fazer, não fazer e dar coisa certa, e multas daí decorrentes, em especial, se este decorrer do próprio fato da falência do fornecedor - o que não lhes retira a condição de créditos *não negociais*, tendo em vista o fato de o *ato negocial* ter sido praticado estando uma das partes, no caso, o consumidor, em condição de subordinação e/ou dependência da outra parte, no caso, o fornecedor.

Ao contrário dos credores negociais e à semelhança do crédito trabalhista, o consumidor não é capaz de medir os riscos de participar ou não da recuperação do fornecedor que lhe deve obrigações, visto estar submetido ao poder de controle do mesmo, bem como o

---

de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas e falência. 7. ed. São Paulo, Saraiva: 2012. v. 3. p. 236.)

[377] Neste sentido, Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.

[378] Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços baseia-se no *dever de segurança*, previsto na legislação consumerista (art. 8º. e seguintes do CDC) ao tratar acerca da qualidade e segurança dos produtos e dos serviços, razão esta pela qual o autor afirma que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu: "[...] o *dever de segurança* para o fornecedor, verdadeira cláusula geral – o dever de não lançar no mercado produto com defeito -, de sorte que se lançar, e este der causa ao acidente de consumo, por ele responderá independentemente de culpa." (Cf. CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 500.)

[379] Segundo Claudia Lima Marques esta inexecução pode ser: "[...] parcial ou total, descumprimento do dever principal de fornecer o produto, de transferir a propriedade, descumprimento dos novos deveres cogentes (antigos deveres acessórios), anexos de adequação do produto, de informação sobre o produto ou serviço, de informação sobre a periculosidade específica e outros baseados na boa-fé, como o de esclarecimento sobre o uso do produto, cooperação, auxílio, manutenção e assistência técnica." (Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1.058.)

fato de ser mero expectador, e tem como única meta o efetivo cumprimento do negócio quando contratado.

Nessas hipóteses, importante cortejar a circunstância de que a manutenção destes contratos pode decorrer justamente do deferimento da recuperação judicial, por anuência do próprio consumidor, assim como, podem os consumidores do fornecedor em recuperação judicial, assumirem tal condição justamente após o seu deferimento (à semelhança do ocorre com o crédito trabalhista).

Exemplificando: no caso de uma sociedade empresária que mantenha uma instituição privada de ensino, ou de ter por objeto social negócios relativos à incorporação imobiliária, pedir recuperação judicial e ter seu pleito deferido, seus contratos junto aos seus consumidores são mantidos, caso em que: *i)* os consumidores anteriores ao pedido continuam o contrato, na expectativa do seu exato cumprimento em função da recuperação e das expectativas que depositam no negócio (a conclusão do curso ou etapa do curso, ou; a aquisição do imóvel pelo qual vêm pagando), ou; *ii)* novos contratos são celebrados, tendo em vista a manutenção dos negócios da empresa e perspectiva de sua recuperação econômica.

A ausência de disposição expressa faz crer que tal hipótese resta afastada, contudo, o que se observa em ambas as hipóteses é justamente o consumidor concedendo crédito ao fornecedor em recuperação judicial, colaborando para a continuidade do seu negócio e, a certo modo, atuando em prol da preservação de seu próprio interesse.

Buscando subsídios na lei estrangeira, não ser verifica destaque para os contratos de consumo, contudo, não há redação que os exclua.

Em Portugal, o CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), em seu art. 51 enumera as *dívidas ou encargos da massa insolvente*, que correspondem aos "créditos sobre a massa", detidos pelos "credores da massa", que são, grosso modo, as constituídas no decurso do *processo de insolvência* (nomenclatura adotada para o processo concursal único lusitano)[380], e que equivalem aos nossos créditos extraconcursais.

No inciso 1, alíneas *e, f* e *g* do art. 51 do CIRE, resta previsto que:

> Artigo 51.º
> Dívidas da massa insolvente
> 1 - Salvo preceito expresso em contrário, são dívidas da massa insolvente, além de outras como tal qualificadas neste Código:
> [...]

[380] PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março:** código da insolvência e da recuperação de empresas. Disponível em: <http://digestoconvidados.dre.pt/digesto//pdf/LEX/481/172004.PDF>. Acessado em: 20/03/2012.

> e) Qualquer dívida resultante de contrato bilateral cujo cumprimento não possa ser recusado pelo administrador da insolvência, salvo na medida em que se reporte a período anterior à declaração de insolvência;
> f) Qualquer dívida resultante de contrato bilateral cujo cumprimento não seja recusado pelo administrador da insolvência, salvo na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte anteriormente à declaração de insolvência ou em que se reporte a período anterior a essa declaração;
> g) Qualquer dívida resultante de contrato que tenha por objecto uma prestação duradoura, na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte e cujo cumprimento tenha sido exigido pelo administrador judicial provisório;
> [...]

À luz do texto de lei, *todo e qualquer contrato* que seja executado depois da declaração da insolvência, uma vez que gere crédito não adimplido será classificado como dívida da massa e seu credor como credor da massa.

Na lei espanhola (Lei 22/2003), o art. 84, 2, ao tratar da definição de credores da massa (extraconcursais na dicção do direito pátrio), em seu inciso 5º. define que todo o crédito gerado pelo exercício da atividade econômica do devedor, após a decretação do concurso, é considerado crédito da massa, e em, especial no inciso 6º. faz menção de que nesta condição também se inserem os créditos por obrigações bilaterais pendentes de cumprimento pelo devedor que continuem em vigor após a declaração do concurso, bem como as restituições e indenizações por consequência da resolução voluntária ou incumprimento por parte do devedor em concurso[381].

O mesmo se diga do direito argentino, que na regra do art. 20 da Lei 24.552/2005, ao tratar dos *contratos com prestação recíproca pendente* quando da abertura do *concurso preventivo* (instituto equivalente à recuperação judicial da lei brasileira), diz que o devedor pode continuar com o cumprimento dos contratos em execução, quando houver prestações recíprocas pendentes, desde que autorizado pelo juiz mediante prévia oitiva do síndico, caso

[381] "Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa. [...] 2. Tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto em el artículo 154: [...] 5º. **Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso**, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad professional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso. [...] 6º. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos com obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado." (Cf. ESPANHA. **LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal.** Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26905-26965.pdf>. Acessado em: 10/10/2007.).

em que o contratante pode exigir o cumprimento das prestações devidas a contar da data de apresentação no concurso sob pena de resolução[382].

O crédito resultante deste contrato será reclassificado como *privilegiado*, nos termos do art. 240[383] c/c. §1º. do art. 20 da lei portenha, categoria esta que equivale à categoria dos extraconcursais do direito pátrio.

No direito brasileiro os créditos que tradicionalmente são incluídos pela doutrina[384], na condição de submeter-se aos efeitos do art. 67 da Lei 11.101/2005 são aqueles derivados de obrigações oriundas de contratos de fornecimento de bens, com ou sem garantia; de prestação de serviços, bem como os empréstimos em dinheiro, sob suas mais variadas modalidades, estando sempre o devedor em recuperação na condição de *sujeito passivo* da obrigação decorrente da contratação destes produtos ou serviços, contudo, não sendo cabível aqui falar em exclusão de plano do crédito do consumidor, eis que a norma do art. 67 usa expressões gerais, tais como: "todos os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial [...]", ou ainda, "inclusive", ou seja, não excluindo, ao contrário, destacando.

No mais a recuperação da empresa, necessariamente passa pela observação das peculiaridades de cada empresa, e por óbvio do conjunto dos seus credores e da qualidade do crédito de que são titulares.

Desse modo, diante de uma empresa em crise, cuja maioria dos seus débitos é composta por credores cujos créditos não se submetem à recuperação judicial, tal qual os que

---

[382] "ARTICULO 20.- *Contratos con prestación recíproca pendiente.* El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes. Para ello debe requerir autorización del juez, quien resuelve previa vista al síndico. La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución.
Las prestaciones que el tercero cumpla después de la presentación en concurso preventivo, y previo cumplimiento de lo dispuesto en este precepto, gozan del privilegio previsto por el artículo 240. [...]" (Cf. ARGENTINA. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS. **Ley de concursos y quiebras:** Ley 24.522: Sancionada: Julio 20 de 1995. Disponível em: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm. Acessado em: 23/11/2012.).

[383] "ARTICULO 240.- Gastos de conservación y de justicia. Los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor salvo que éstos tengan privilegio especial." (Cf. ARGENTINA. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS. **Ley de concursos y quiebras:** Ley 24.522: Sancionada: Julio 20 de 1995. Disponível em: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm. Acessado em: 23/11/2012.).

[384] Cf. NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa:** recuperação de empresas e falência. 7. ed. São Paulo, Saraiva: 2012. v. 3. p. 236. COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261. LOBO, Jorge. Comentários ao art. 67. *In:* ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 171.

estão previstos na regra do § 3º. do art. 49 da Lei 11.101/2005, dificilmente um plano de recuperação judicial obterá êxito[385].

No caso, a resposta da questão acima posta é a de que diante do fato da crise da empresa que atua no *mercado de consumo*, ou seja, aquela cujo devedor é o fornecedor de produtos e serviços a este mercado, e seus credores são os *consumidores*, não resta excluída a hipótese de continuidade da relação contratual existente anteriormente ao pedido de recuperação judicial, bem como, também é provável que durante a recuperação, novos contratos de consumo sejam celebrados, inexistindo razão para excluir a incidência da norma do art. 67 aos consumidores, eis que concedem crédito ao fornecedor em recuperação judicial viabilizando sua recuperação e soerguimento[386].

A fim de eliminar a discussão ora posta, *de lege ferenda* estender os favores do art. 67 aos consumidores prestaria ao objetivo de sua proteção no mercado, assegurando-lhe guarida para o caso de convolação da recuperação judicial do seu fornecedor em falência[387].

6.2 DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO DO CONSUMIDOR NA FALÊNCIA

Uma das questões que merecem destaque no estudo dos direitos do consumidor na falência refere-se à exigibilidade do crédito do consumidor na falência, podendo o seu exercício variar conforme a situação fática.

Se o crédito do consumidor consistir no pagamento de prestação em dinheiro com valor definido e já plenamente exigível, tal qual ocorreria com o crédito de um consórcio

---

[385] Sobre este assunto, ver: KATUDJIAN, Elias. Pela (re) inclusão dos créditos excluídos da recuperação. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 29, v. 105, pp.48-53. set., 2009. COELHO, Fábio Ulhoa. A trava bancária. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 29, v. 105, pp.61-65. set., 2009.

[386] Nas palavras de Luís Claudio Montoro Mendes: "[...] a Lei veio contemplar alguns créditos como extraconcursais não com a finalidade de criar um favorecimento dentro do processo falimentar, mas com o fim de gerar os corretos incentivos para a tramitação dos processos e o atendimento a princípios legais. (Cf. MENDES, Luís Cláudio Montoro. O crédito extraconcursal previsto no art. 67 da Lei nº. 11.101/2005: as características do crédito extraconcursal e sua importância como elemento incentivador da continuidade da empresa. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 29, v. 105, pp. 93-99. set., 2009. p. 96.)

[387] Propõe-se assim a alteração legislativa da seguinte forma: "Art. 67 - .... §1º. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação. §2º. *No caso de recuperação judicial de devedor que atue junto ao mercado consumidor, seus consumidores, por contratos celebrados após o deferimento da recuperação judicial, terão seus créditos classificados na forma do caput deste, caso na falência seja recusado cumprimento ao seu contrato.*

financeiro pelo qual foi contemplado; a indenização por um seguro a receber, ou outro valor em condições assemelhadas, a habilitação do crédito do consumidor pode se dar, por sua iniciativa, nos termos do art. 7º. c/c. art. 9º. da Lei 11.101/2005, ou; ter ele incluído, pelo próprio administrador judicial, na forma do já citado art. 7º., tendo como base para tanto, os documentos do devedor, ou, por fim, pelo próprio devedor, nos casos de pedido de autofalência.

Por outro lado, referido crédito pode derivar justamente de direito à indenização de foro contratual ou extracontratual, cuja definição da obrigação de pagá-la, assim como a apuração do seu valor dependam ainda do julgamento de ação proposta pelo consumidor em face do fornecedor (demanda judicial de quantia ilíquida), cujo decreto de quebra é superveniente à propositura da citada ação, caso em que, referido feito continuará a tramitar perante o juízo competente a fim de liquidar-se o valor destas pretensões.

Nestes casos o processo não se interrompe pelo decreto da quebra (§1º. do art. 6º. da Lei 11.101/2005), assim como, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria (§3º. do art. 6º. da Lei 11.101/2005), bastando para tanto mero pedido junto ao juiz da causa que oficiará ao juízo da falência.

E por fim, o crédito do consumidor pode derivar da recusa do cumprimento dos contratos bilaterais que tinha firmado junto ao fornecedor falido, na forma do §2º. do art. 117 da Lei 11.101/2005.

Contudo, na conjuntura da classificação do seu crédito na falência, associada muitas vezes ao número elevado de credores na condição de consumidores e a deficiente publicidade do fato da falência para quem está na condição de consumidor, conduzem a uma realidade de fragilização dos seus interesses na falência, razões estas que impõem as discussões que aqui se farão.

6.2.1 Da defesa dos interesses coletivos dos consumidores na falência

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º. incisos VII e VIII trata do *amplo acesso à justiça pelo consumidor* e da *obrigação de facilitação de sua defesa*, que complementam o disposto sobre os direitos materiais dos consumidores e irradiam seus preceitos sobre as normas da parte processual que se estende ao longo dos arts. 81 a 104 do CDC, e mais alguns dispositivos que alteram a lei da ação civil pública (Lei 7.347/85), ao

disciplinarem justamente a operacionalização da tutela individual e/ou coletiva dos consumidores em juízo.

No plano dos procedimentos concursais, o que se vê, em especial na regulação da falência, é a disciplina dos interesses individuais dos consumidores, sem distinção alguma em relação aos demais credores do falido.

Porém, em muitas circunstâncias, o que se tem é a formação pelo fato da falência de verdadeiro *interesse individual homogêneo* dos consumidores configurado no fato do descumprimento da obrigação contratada junto ao consumidor.

Segundo a lei, no art. 81, III do CDC, *interesses* ou *direitos individuais homogêneos* seriam direitos ou interesses individuais que por circunstância dos fatos formam um conjunto homogêneo de pretensões tornando viável sua tutela de forma conjunta. Neste sentido Antonio Carlos Fontes Cintra esclarece que:

> Esses direitos subjetivos das esferas individuais, quando coexistirem por uma origem comum, darão vida ao direito individual homogêneo. [...] O que temos é um conjunto de direitos subjetivos, com correspondentes direitos objetivos, que permitem a tutela processual conjunta.[388]

Segundo o art. 81 do CDC, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo, esta última quando se tratar de: *i*) *interesses* ou *direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; *ii*) *interesses* ou *direitos coletivos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e; *iii*) *interesses* ou *direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A classificação dos interesses coletivos tal qual posta no CDC leva em conta o conjunto de direitos afetados, a possibilidade de determinação ou não do grupo de pessoas atingidas pelo fato ou negócio jurídico lesivo, destacando-se para os fins desta tese, os chamados *direitos individuais homogêneos*.

---

[388] CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade de coletivização dos interesses individuais. **Revista de direito do consumidor.** n. 72, ano 18, out/dez. 2009, pp 9-40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 13. João Batista de Almeida afirma que direitos individuais homogêneos seriam aqueles "[...] vinculados a uma pessoa, de natureza divisível e de titularidade plúrima, decorrentes de origem comum." (Cf. ALMEIDA, João Batista de. A ação civil pública para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. **Revista de direito do consumidor.** n. 34, ano 9, abr/jun. 2000, pp 88-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.)

A partir desta regra consolida-se na ordem jurídica pátria a defesa dos interesses coletivos *latu sensu* ou *transindividuais,* que na classificação acima indicada, divide-se em: difusos, coletivo ou *individuais homogêneos* – sendo que, os mecanismos para sua defesa em juízo são comumente denominados de *tutela coletiva*[389], sendo que no CDC está previsto o procedimento para as chamadas ações coletivas para defesa de *interesses individuais homogêneos* figura próxima das chamadas *class action* norte-americanas[390], nos termos dos arts. 91 ao 100.

Sua inserção no CDC presta-se a criar instrumentos de implementação da norma consumerista, na medida em que permitem levar ao poder judiciário o conhecimento de questões outrora impossíveis à luz do processo civil tradicional, em especial com a criação de legitimados especiais capazes de propor em juízo demandas que tenham como pretensão o resguardo dos bens coletivos a que se prestam proteger, com destaque para o Ministério Público por força do dispositivo constitucional do art. 129, III da CF/88

Imperioso, pois introduzir a questão da tutela coletiva dos consumidores na falência, sob as diversas facetas que pode ela assumir, em especial a partir da perspectiva da instrumentalização da defesa dos *interesses coletivos dos consumidores*.

Reitere-se que falência, muitas das vezes não afeta somente este ou aquele consumidor, mas todos os que se relacionam com o fornecedor em crise, bem como outros que tenham interesses na esfera de atuação do empresário em crise, denominados por Fábio Ulhoa Coelho como "bystanders", ou seja, "expectadores", expressão que aglutina todos aqueles que têm algum interesse diretamente ligado ao desenvolvimento da atividade econômica da empresa, no caso, os seus trabalhadores, o fisco, empresas que forneçam insumos (empresas-satélites), investidores não sofisticados e, os consumidores, que precisam ou querem os produtos e serviços por aquele empresário oferecidos[391].

A crise da empresa afeta os seus consumidores de maneira *uniforme* derivando o seu crédito, muitas das vezes, justamente de circunstâncias como a cessação do fornecimento do produto ou serviço de maneira indireta, a exemplo do caso de compradores de apartamentos em construção, cujas incorporadoras abandonaram as obras, ou; dos adquirentes de um pacote de viagem ao se deparar com o fato de ter pago por ela mas a empresa não ter cumprido com

---

[389] Sobre a nomenclatura acima mencionada: Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 47. No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

[390] Neste sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Da defesa do consumidor em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 6.ed.. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 768.

[391] COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial:** com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

os pagamentos junto as empresas aéreas, hotéis e outros, justamente, por estar em situação de quebra, já reconhecida ou não.

No mesmo sentido, a falência de forma direta constitui situação de descumprimento obrigacional quando da recusa da manutenção dos contratos bilaterais que tinham firmados os consumidores junto ao fornecedor falido, na forma do §2º. do art. 117 da Lei 11.101/2005.

Em muitas das situações acima indicadas, o antecedente da crise seria um passado de falhas gerenciais, irregularidades administrativas, improbidade de administradores e controladores, muitas vezes mascarados por uma publicidade falsa a transmitir uma imagem de sucesso e pujança que ocultam a real situação da empresa em crise (fraude), obstando, justamente ao consumidor, sujeito vulnerável na relação, identificá-los e prevenir-se dos riscos de contratar com empresas nesta condição[392].

Contextualizando as regras das ações para a defesa de interesses transindividuais, em especial os individuais homogêneos, com as regras do processo de falência, cediço, que ao longo do curso de uma ação coletiva pode sobrevir o decreto de quebra da empresa, caso em que, referido feito continuará a tramitar perante o juízo competente a fim de liquidar-se o valor da pretensão nele deduzida, não se interrompendo o processo pelo fato da falência (§1º. do art. 6º. da Lei 11.101/2005), assim como, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria (§3º. do art. 6º. da Lei 11.101/2005), bastando para tanto mero pedido junto ao juiz da causa que oficiará ao juízo da falência, caso em que aí se teria a habilitação coletiva e/ou as individuais nos termos do art. 99 do CDC[393].

Contudo, esta não é a única questão que surge pelo fato da falência, razão que merece abordagem neste quadrante do estudo ora desenvolvido.

Dentre os legitimados para a defesa dos interesses transindividuais do consumidor está o Ministério Público, na forma do art. 129, III da CF/88, art. 82, I c/c. art. 92 ambos do CDC, segundo os quais, sinteticamente, cabe ao *parquet* a defesa em juízo dos interesses difusos e

---

[392] Apenas como demonstração da ocorrência de situações de fraude em negócios que lesaram consumidores, pegue-se como exemplos os casos da Encol, Boi Gordo S/A, Gallus e Avestruz Master, que juntas, num período que vai de 1998 a 2004, lesaram juntas, cerca de 120.000 (cento e vinte mil) vítimas, em sua maioria consumidores, causando um prejuízo no valor de R$ 28.600.000,00 (vinte e oito milhões e seiscentos mil reais). (Cf. COSTA, Ana Paula Paulino da. **Casos de fraudes corporativas financeiras**: antecedentes, recursos substantivos e simbólicos relacionados. 176 f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas.) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em:<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/browse?value=Costa%2C+Ana+Paula+Paulino+da&type=author. > Acessado em: 25/03/2012.)

[393] "Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.° 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento."

coletivos, bem como ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, atuando como parte ou fiscal da lei.

Isto posto, uma vez que no caso de falência o que se têm é a constituição de situação de interesses ou direitos individuais homogêneos a primeira questão aqui a ser analisada é justamente, aquela que hoje paira na doutrina e na jurisprudência sobre a legitimação do MP para a propositura de ações que visem a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, para quem não cabe legitimidade ao Ministério Público na propositura de ações que tenham por objeto a defesa de interesses individuais homogêneos se não demonstrada a *efetiva conveniência social.*

Neste sentido manifestou-se Kazuo Watanabe afirmando que:

"[...] somente a *relevância social* do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis."[394]

Referida *relevância social* ou *efetiva conveniência social* a legitimar a atuação do MP são aferidas no caso concreto, restando sintetizadas as hipóteses de seu cabimento, nos termos da Súmula 07 do Conselho Superior do Ministério Público Paulista, nos seguintes dizeres:

> O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81º, III, c/c o art.82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art.21º da LAC 7.347/85, que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes.[395]

---

[394] WATANABE, Kazuo. Comentários aos arts. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6.ed.. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 735. Acerca da questão Leonardo Roscoe Bessa afirma que: "[...] em que pese a clareza do ordenamento jurídico quanto à legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, existiu, principalmente em meados da década de 90, inesperada resistência do Judiciário em aceitar essa legitimidade. Após intensas discussões nos tribunais, houve ampla aceitação jurisprudencial da legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações coletivas, com restrições pontuais, entre elas a exigência de verificação, em concreto, da *relevância social* do objeto da ação, quando se tratar de interesse coletivo ou *individual homogêneo*, considerando a destinação constitucional do órgão: defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF)." (MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 446.)

[395] BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo. **Súmula nº 7.** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acessado em: 09/07/2013. Neste sentido: Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 103.

Referida súmula leva em conta a dimensão social da relação de consumo relativizando circunstâncias em que efetivamente incabível a tutela coletiva através de iniciativa do MP, como por exemplo, atuar na defesa de "[...] meia dúzia de importadores de carros danificados no transporte: ainda que se trate de interesses individuais homogêneos não haveria expressão social a justificar sua atuação."[396]

No caso específico da defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores, não é difícil verificar a configuração da *efetiva conveniência social* para legitimação da atuação do Ministério Público, em especial pelo fato de que o interesse do consumidor é "[...] constitucionalmente eleito, oriundo do princípio da dignidade da pessoa humana, na perspectiva de um equilíbrio real e não meramente formal nas relações de consumo."[397]

O problema que se põe hoje acerca da aferição da condição de *efetiva conveniência social* para legitimação do MP é tornar-se um fator inibidor da sua atuação, o que muitas vezes pode ser a negação do legítimo interesse social envolvido na lide, tanto é que dentre as sugestões de alteração do Código de Defesa do Consumidor, apresentadas pela comissão de juristas constituída pelo Senado Federal, consta proposta no sentido de que a conveniência social seja *presumida*, redirecionando a discussão acerca da existência da conveniência social da atuação do MP como regra, e não como exceção tal qual ora se apresenta.

Neste sentido a o projeto prevê:

> Art. 81. .....
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela.
> [...]

---

[396] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 103.

[397] ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho. A legitimidade do ministério público para a defesa dos interesses individuais homogêneos do consumidor: um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista. **Revista de direito do consumidor.** n. 52, ano 13, out/dez. 2004, pp 66-91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 82. Neste sentido pronuncia-se a jurisprudência do STJ: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. 1. O Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação." (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 945.785 - RS (2007/0094569-7)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1239714&sReg=200700945697&sData=20130611&formato=PDF>. Acesso: 02/12/2013.).

> § 2° A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos **e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica**. (grifos nossos)[398]

Nas hipóteses do exercício destes direitos na falência, a conveniência social ressalta-se tendo em vista a maior fragilização imposta à massa de consumidores por ela afetados, justificando a atuação do *parquet.*

6.2.1.1 Falência, Ministério Público e defesa do consumidor

Vistas as condições para atuação do Ministério Público na defesa dos interesses coletivos ou individuais homogêneos dos consumidores, mister primeiro ver as condições de sua atuação no processo falimentar.

Ao contrário do revogado Decreto – lei 7.661/1945 que previa em seu art. 210 que:

> Art. 210. O representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra esta. Caber-lhe-á o dever, em qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da justiça, tendo o direito, em qualquer tempo, de examinar todos os livros, papéis e atos relativos à falência ou à concordata.

A atual lei de falências e recuperação de empresas previa originalmente em seu texto, no art. 4º. que:

> Art. 4º O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.
> Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.

Referido artigo da lei foi vetado, sob a justificativa de que reproduzia o texto da norma revogada; obrigava o Ministério Público a intervir em processos sem relevância social, bem como já estarem previstas na lei, diversas hipóteses pontuais de intervenção obrigatória

[398] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 282, de 2012**: altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106768>. Acessado em: 09/09/2013.

do Ministério Público, julgadas razoáveis, e suficientes, dispensando regra de cunho amplo como era a do artigo de lei vetado[399].

Assim, de um lado estão os que defendem os termos da participação do Ministério Público na falência e na recuperação judicial, tal qual estão formatados na atual legislação falimentar, a exemplo de Fábio Ulhoa Coelho[400], no sentido de que suas atividades devem circunscrever-se às hipóteses expressamente determinadas na lei.

Por outro lado a outros que defendem uma maior participação do MP no processo falimentar, argumentando em síntese que compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, consoante reza o art. 82, inciso III, *in fine*, do CPC, sendo certo, segundo estes que o interesse público é manifesto na falência, visto a repercussão gerada pelo decreto de quebra na vida dos empregados, dos credores e da economia local, da mesma forma ocorrendo com a recuperação judicial e a extrajudicial, mercê do fato da sobrevivência da empresa em crise repercutir no todo social[401].

---

[399] Segundo as razões do veto: "O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do parquet não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional. Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, [...]" BRASIL. Casa Civil da Presidência da República: Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Mensagem nº 59, de 9 de janeiro de 2005.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0059-05.htm#art4>. Acessado em: 18/02/2005.

[400] Neste sentido diz Fábio Ulhoa Coelho: "A participação do Ministério Público, como fiscal da lei e titular da ação penal, é compreensível somente após a instauração do concurso de credores, quando podem entrar em conflito, de um lado, os interesses dos trabalhadores, do fisco e de sujeitos de direito vulneráveis e, de outro, os credores cíveis, normalmente empresários e bancos. Mesmo assim, quando não ocorrerem as hipóteses descritas na lei, não haverá razões para envolver o promotor de justiça na demanda." (Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. P. 266). Na mesma linha Sergio Campinho fundamenta no sentido de que a atuação do MP fora dos ditames legais pode impor "[...] morosidade indesejável aos atos processuais, desnaturando a essencialidade e utilidade da sua intervenção." (Cf. CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação da empresa:** o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47.)

[401] Acerca dos interesses envolvidos na falência, assim como em qualquer procedimento concursal diz Catarina Serra, existir um interesse público associado ao crédito e à economia (interesse do crédito em sentido objetivo), eis que: "[...] a crise de uma empresa tem como efeito a diminuição da produtividade nacional, prejudica a sanidade do crédito e da circulação; com maior ou menor gravidade a economia nacional ressente-se e exige proteção." (Cf. SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 311-312.) . No mesmo sentido: SOUZA, Vinícius Menandro Evangelista de. **O papel do Ministério Público à luz da nova lei de recuperação e falência.** Disponível em: < http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CDIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ampac.org.br%2Fantigo%2Fartigos%2FO%2520papel%2520do%2520MP%2520%25C3%25A0%2520luz%2520da%2520nova%2520lei%2520de%2520recupera%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520e%2520fal%25C3%25AAncia.pdf&ei=jwOmUrP4F47SkQe_3ICgBw&usg=AFQjCNGoSSj4S4MXKZkM_0Vk29XISc3QOQ&bvm=bv.57752919,d.eW0>. Acessado em: 13/04/2013. ARRUDA Neto, Pedro Thomé. CARVALHO, Andréa Bernardes. A intervenção do Ministério Público no processo falimentar e de recuperação de empresas. **Boletim Científico**: ESMPU, Brasília, ano 6, n. 24/25, p. 175-191 – jul./dez. 2007. Disponível em:

Em Portugal o CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa), prevê a legitimidade do Ministério Público para a propositura do pedido de insolvência, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados (art. 20 do CIRE), sendo certo que segundo a legislação consumerista portuguesa o MP tem legitimidade para atuar na defesa de seus interesses, *in verbis*:

> Art. 20 - Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em acções administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogéneos, bem como de interesses colectivos ou difusos dos consumidores.

Segundo Catarina Serra, a legitimação do MP para propositura do pedido de insolvência decorre do imperativo legal de atuar ele na defesa dos interesses maiores que gravitam em torno da insolvência do empresário, no caso, aqueles ligados à confiança e a estabilidade nos compromissos jurídico-econômicos[402], e por que não dizer, especialmente, o dos consumidores.

E neste quadrante a constatação é que o interesse social na falência da empresa abrange dentre outros o interesse dos consumidores, na medida em que:

"Esses créditos, ainda que individualmente disponíveis, em seu conjunto significam lesão a interesses transindividuais, em defesa dos quais o MP está legitimado a atuar, desde que tenham caráter coletivo e expressão social."[403]

Destarte, cabível sim iniciativas do MP no sentido da defesa de interesses coletivos, sendo certo que apesar das limitações da lei 11.101 de 2005 à atuação do MP nos procedimentos concursais por ela disciplinados, existem previsões que abrem espaço para esta atuação, a saber no caso de ação revocatória, regulada nos artigos 130 e 132 do diploma falimentar e recuperatório, o que na visão de Pedro Thomé de A. Neto e Andréa Bernardes de Carvalho: "[...] pode-se afirmar que o Parquet, no processo concursal, defende interesses

---

<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-24-e-n.-25-julho-dezembro-de-2007-1/a-intervencao-do-ministerio-publico-no-processo-falimentar-e-de-recuperacao-de-empresas?searchterm=Minist%C3%A9rio+Publico+e+fal%C3%AAncia>. Acessado em: 13/04/2013.

[402] Cf. SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 413.

[403] MAZZILLI, Hugo Nigro. A legitimidade do Ministério Público para a ação revocatória da Lei 11.101/05. **Revista Síntese de Direito Processual Civil**, São Paulo: Síntese, ano 7, n. 38, nov./dez. 2005. p. 55.

denominados transindividuais (ou metaindividuais), direitos esses surgidos a partir do incremento das relações sociais e econômicas ocorrido nos últimos anos."[404]

Mesmo que efetivamente ocorra atuação do MP na defesa dos interesses dos consumidores na falência, bem como de outros sujeitos vulneráveis, deixar que isto ocorra na ausência de previsão legal é dar margem, nesta ou em outras circunstâncias ao abuso ou à omissão.

Correto seria uma delimitação mais adaptável da atuação do Ministério Público na falência, em especial em defesa dos interesses dos consumidores, deixando claras suas prerrogativas e inovando em bases a propiciar uma verdadeira e ampla defesa de seus interesses no plano concursal.

Para tanto, sugere-se no apêndice desta tese alteração no texto da atual lei de quebras, de modo a tratar mais diretamente a questão do consumidor diante da crise da empresa, cujo texto segue abaixo:

> "Art. 4º. O Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência, nos casos previstos nesta lei.
> Parágrafo único. Nos casos de recuperação judicial ou falência de devedor fornecedor de produtos ou serviços no mercado de consumo, o Ministério Público poderá intervir na defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores afetados por aqueles procedimentos, sendo-lhe facultado dentre outras medidas:
> I - promover a reserva de bens a que se refere o §4º. do art. 6º. desta Lei;
> II – requisitar ao juiz onde se processa a recuperação judicial ou a falência que o administrador judicial proceda a habilitação coletiva dos créditos dos consumidores afetados pela falência ou recuperação judicial, toda vez que a determinação do valor dos créditos individuais dos consumidores depender de informações em poder do devedor, a quem cumprirá efetivá-las, no prazo do §2º. do art. 7º. desta Lei;

[404] ARRUDA Neto, Pedro Thomé. CARVALHO, Andréa Bernardes. A intervenção do Ministério Público no processo falimentar e de recuperação de empresas. **Boletim Científico**: ESMPU, Brasília, ano 6, n. 24/25, p. 175-191 – jul./dez. 2007. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-24-e-n.-25-julho-dezembro-de-2007-1/a-intervencao-do-ministerio-publico-no-processo-falimentar-e-de-recuperacao-de-empresas?searchterm=Minist%C3%A9rio+Publico+e+fal%C3%AAncia>. Acessado em: 13/04/2013. p. 187. Segundo Manoel Justino Bezerra Filho: "Enfim, o melhor entendimento, que trará maiores garantias à sociedade, é o sentido de que os três procedimentos previstos nesta Lei (recuperação extrajudicial com pedido de homologação judicial , recuperação judicial e falência) envolvem sempre o interesse público e por isso, até por se tratar de situação de crise da empresa, poderá haver ameaça de lesão a esse interesse. Em consequência, sempre que necessário, o Ministério Público deve ser ouvido, zelando o juiz do processo para que os autos lhe sejam remetidos quando a situação, a critério judicial, assim recomendar." (Cf. BEZERRA Filho, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.)

> IV – interpelar o administrador judicial na falência acerca da manutenção e cumprimento dos contratos bilaterais de consumo, na forma do §1º. do art. 117 desta lei.
> III – promover a ação responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores de sociedade falida, prevista no art. 82 desta Lei, ou atuar como fiscal da lei naquelas que sejam de iniciativa de qualquer consumidor individualmente ou da massa falida, neste último caso, quando a maior parte do seu passivo constituir-se de créditos gerados a partir de relações de consumo.” (NR)

Com isso objetiva-se eliminar discussões acerca do cabimento da atuação do Ministério Público na falência e na recuperação judicial, impondo regra clara para sua intervenção e inovar no plano específico da defesa do consumidor implementando junto à Lei 11.101/2005, inserindo instrumentos de tutela coletiva, atuando na facilitação de sua defesa.

6.2.2 Da desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 28 do CDC: quanto o CDC fala em falência

Como visto na seção anterior, em todos os procedimentos concursais especiais há previsão de afastamento, indisponibilidade de bens e responsabilização de administradores e controladores de bancos, seguradoras, entidades de previdência complementar e operadoras de planos de saúde.

No caso da Lei 11.101/2005 há previsão do afastamento de administradores na recuperação judicial (art. 64, I a V da Lei 11.101/2005), bem como da possibilidade de apuração de responsabilidades de sócios, controladores e administradores da sociedade falida, nos termos do art. 82, *in verbis:*

> Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Prevê ainda o §2º. do citado artigo 82 que o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos

administradores , em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

Contudo, o cabimento desta ação pressupõe ao contrário das regras especiais citadas, a ocorrência dos fatores que, nos termos da ordem jurídica autorizem a responsabilização de sócios, controladores e administradores da sociedade falida[405].

Focando-se na proteção dos consumidores no juízo falimentar, a condição que lhes permitiria acesso ao patrimônio pessoal dessas pessoas resta prevista de maneira consolidada no art. 28 do CDC que trata da *desconsideração da personalidade jurídica*.

Numa perspectiva geral a desconsideração da personalidade jurídica consiste em medida que se presta a afastar episodicamente os efeitos da personalidade jurídica, de modo a atribuir a sócios, administradores e controladores destas pessoas a responsabilidade por certas e determinadas obrigações[406].

Seu fundamento reside no mau uso da pessoa jurídica por estas pessoas a partir da evidenciação a ocorrência dos pressupostos da confusão patrimonial ou do desvio de finalidade, tal qual previsto no art. 50 do CC/2002 e em outras disposições acerca do instituto, em especial o art. 28 do CDC.

Especialmente no que tange ao art. 28 do CDC consta do seu texto que:

> 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 desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a regra em questão traz no seu bojo uma série de disposições que na verdade não significam bem a superação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, mas sim, responsabilização direta de administradores e controladores da pessoa jurídica[407].

O CDC ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica faz menção direta ao fato da falência, segundo o qual permitiria a imputação da responsabilidade a administradores e controladores da pessoa jurídica, sempre que a falência, insolvência ou a mais comum das

---

[405] A mesma regra aplica-se ao titular da EIRELI, nos termos do art. 980-A do Código Civil.
[406] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: sociedades. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 35.
[407] Ibid., p. 37.

ocorrências, a *inatividade*, afetar direitos de crédito dos consumidores, bem como prescreve em seu §5º. o cabimento da medida face ao simples fato da personalidade jurídica for, de alguma forma, embaraço ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Interessante nesta seara trazer à baila as considerações feitas no acórdão do STJ que julgou o REsp 737.000/MG, onde se admitiu a desconsideração da personalidade jurídica face a inatividade de obra por empresa construtora sob o fundamento de que nos termos do art. 28, *caput* e seu §5º., para quem:

"[...] os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, por meio da *disregard doctrine*, a partir da caracterização da configuração do prejuízo de difícil e incerta reparação em decorrência da insolvência da sociedade."[408]

Contra tal interpretação manifesta-se Fabio Ulhoa Coelho no sentido de que a regra do § 5º. deve ser lida com restrição face ao fato de que sua interpretação literal eliminaria o instituto da pessoa jurídica[409].

Contudo, a leitura da regra deve ser feita de modo a congraçar o conjunto de interesses envolvidos, em especial os dos consumidores na falência.

Casos como o citado acima espelham uma realidade recorrente no mercado de consumo, qual seja o de empresas que se arvoram a oferecer produtos e serviços sem ter capacidade econômica, financeira ou patrimonial para tanto, evidenciando má administração.

Nestas situações a personalidade jurídica transforma-se em blindagem a favorecer quem ganha em prejuízo de pessoas que *por confiança* apenas esperam o cumprimento regular das obrigações contratadas, não sendo certo crer que isoladamente a insolvência seja pressuposto para a desconsideração eis que a jurisprudência tem associado a ela outros fatores a justificar a medida, mormente diante da ausência de outros instrumentos de tutela do consumidor na falência.

6.3 MECANISMOS PONTUAIS DE PROTEÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO NA FALÊNCIA

[408] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 737.000/MG.,** Apud, MIRAGEM, Bruno. Critérios para a desconsideração da personalidade jurídica no regime do Código de Defesa do Consumidor: comentários ao REsp 737.000/MG. **Revista de direito do consumidor.** n. 80, ano 20, out/dez. 2011, pp 433-444. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 436. Referida interpretação conforme noticia o acórdão e o texto estribam-se em outros precedentes da corte.

[409] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: sociedades. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 38. No mesmo sentido: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 29, v. 105, pp. 153-158. set., 2009. p. 157.

Como já ressaltado ao longo da presente tese, uma das deficiências presentes na legislação concursal nacional e internacional é justamente uma normatização diferenciada para o trato dos efeitos da falência sobre os contratos de consumo, em especial quando a norma abordada é a Lei 11.101/2005, em especial, na regulação que prescreve à falência.

Para os fins colimados neste quadrante da tese a abordagem desta questão se dará exclusivamente no que tange aos chamados contratos bilaterais, assim considerados aqueles que geram obrigações para ambos os contratantes.

A disciplina de como proceder com relação aos contratos bilaterais, encontra-se de uma maneira genérica, disciplinada no art. 117 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, cujo texto assim consta:

> Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.
> § 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato.
> § 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

Conforme observação de Fábio Ulhoa Coelho ao comentar a questão dos contratos de consumo no processo de falência, nem o Código de Defesa do Consumidor e nem ao menos a lei 11.101/2005 trazem regra alguma sobre os contratos de consumo na hipótese de falência do fornecedor, aplicando-se, portanto, a norma geral de rescindibilidade dos contratos bilaterais de execução não iniciada, quando presentes os seus pressupostos, cabendo a palavra final sobre a integridade ou a dissolução do vínculo contratual exclusivamente aos órgãos da falência, intérpretes dos interesses da coletividade de credores (expressa pela busca dos efeitos de redução ou não elevação do passivo ou de preservação do ativo)[410].

Ocorre que a norma em questão apesar de prestar-se à solução de uma situação específica – a manutenção dos contratos bilaterais do devedor falido – coloca-se de maneira genérica demais, ignorando, como já ressaltado, a peculiaridade de certas e determinadas obrigações, em especial aquelas envolvendo o consumidor, restando a estes a vala comum do

[410] COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 442.

crédito quirografário no caso de inadimplemento do contrato por parte do falido, e em certas hipóteses o recurso à desconsideração da personalidade jurídica para responsabilização de administradores, sócios ou controladores da sociedade empresária falida, quando derem causa ao estado de crise econômico financeira da empresa, nos termos do art. 28 do CDC.[411]

Analisando o direito concursal pátrio, verifica-se, no que tisna aos procedimentos concursais especiais, que a manutenção das obrigações do contratante insolvente, em especial aquelas derivadas de relações de consumo (contratos de depósito bancário, seguros, previdência privada e planos de saúde), decorre logicamente da manutenção da empresa em crise.

Aplicando-se referido preceito à generalidade dos fornecedores que atuam no mercado de consumo, tem-se que a recuperação judicial e até mesmo a extrajudicial, podem servir a este propósito, na medida em que, dentre outras servem referidos procedimentos a viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da atividade da empresa e os interesses dos credores que com ela se relacionam (art. 47 da Lei 11.101/2005), em especial, os consumidores.

6.3.1 O exemplo das incorporações imobiliárias

No que tange à falência, existe uma previsão especial relativa a contratos que serve justamente ao que ideal de proteção do consumidor na falência, consistente no caso da medida prevista no art. 119, IX, segundo a qual:

> Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:
> IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

[411] Neste sentido Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1.061. COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 443. Idem p/: KHOURI, Pauo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor:** contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. p. 205.

Trata-se da regra que estabelece o regime de *afetação*, criada pela lei nº 10.931/2004, preenche importante lacuna da Lei das Incorporações Imobiliárias (Lei 4.591/1964), que, apesar de conter mecanismos de proteção contratual, não contemplava meios de proteção patrimonial, circunstância que poderia deixar expostos a risco os adquirentes dos imóveis a construir ou em construção, além dos demais credores do empreendimento, em caso de frustração do empreendimento, especialmente, em razão de falência do incorporador.

Referida norma introduz os arts. 31A a 31F à Lei n° 4.591/64, permitindo a segregação do patrimônio vinculado a cada incorporação imobiliária, ao que se denomina *patrimônio de afetação*, possibilitando aos adquirentes substituir o incorporador na administração do negócio e prosseguir a obra, independente de intervenção judicial, constituindo-se num mecanismo de segregação de riscos, aplicável às incorporações imobiliárias, tendo sido ratificada na lei de falências por força do disposto no ser art. 119, IX[412].

Assim importante aqui um breve resumo sobre o *patrimônio de afetação*.

Patrimônio é uma universalidade, um conjunto de bens, direitos e obrigações com expressão econômica e que "[...] pela doutrina clássica não é possível seu desmembramento, uma vez que é considerado indivisível"[413], indivisibilidade esta, fundada no princípio (não absoluto) onde a totalidade de bens da pessoa responde por suas próprias dívidas.

A *afetação* consiste na segregação de parte do patrimônio da pessoa de modo a que sirva para uma finalidade determinada, sem contudo, que haja transferência de titularidade de bens, nem cisão patrimonial, ou criação de um novo patrimônio distinto do patrimônio do titular, mas apenas a reserva de parte dele para o cumprimento de finalidade especifica no ato de sua instituição.

Seu cabimento é restrito às hipóteses permitidas na legislação, tal qual ocorre no caso das *incorporações imobiliárias*.

Por *incorporação imobiliária* entende-se a atividade econômica com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (parágrafo único, art. 28 da Lei 4.591/1964), e *incorporador*, a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno

---

[412] CHALHUB, Melhim Namem. **A afetação das incorporações imobiliárias:** lei nº 10.931/2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7595>. Acessado em: 21/04/2008.

[413] LYNCH, Maria Antonieta. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada. Ano 46, v. 148. São Paulo: Malheiros, out.-dez. 2007. p. 103.

objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas (art. 29 da Lei 4.591/1964).

Do outro lado da relação há os *adquirentes*, ou seja, aqueles que contratam a aquisição das unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, pelo incorporador, muitos destes na condição de *consumidores.*

Assim, por força do dispositivo previsto na regra do art 31-A. da lei Lei 4.591/1964, o incorporador, a seu critério, poderá submeter a incorporação ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Em caso de falência, por força da regra do inciso IX, do art. 119 da Lei 11.101/2005, o patrimônio afetado não é alcançado pelos efeitos da falência, não tendo os credores titulares de obrigações ligadas ao patrimônio afetado (sendo, pois, dispensados de se habilitar na falência), assim como os ativos que o compõem não serão arrecadados e nem sujeitos aos poderes de gestão do administrador judicial[414].

Aos próprios adquirentes em caso de quebra, caberá decidir independentemente do juiz ou dos demais credores sobre o destino das obras contratadas (§§s. 1º. e 11, do art. 31- F da Lei 4.591/1964), servindo referida regra, não só à continuidade da atividade econômica, assegurando a circulação de riquezas, a manutenção da fonte de renda dos trabalhadores e o cumprimento da função social do crédito, mas também tutelar o consumidor ante a situação de falência do seu fornecedor.

Importante aqui lembrar que a possibilidade de instituição de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias pela lei nº 10.931/2004 é fruto das discussões jurídicas e políticas decorrentes dos prejuízos gerados a consumidores de empresas de incorporação imobiliária que vieram a falir ao fim dos anos 90, com destaque para o caso Encol

A crise da empresa Encol redundou na sua falência em 1999, tendo se tornado a maior falência de uma empresa não bancária na América do Sul lesando 42.000 famílias, e causando a elas um prejuízo a essas calculado em R$ 2.500.000,00 (dois e meio bilhões de reais), sendo

[414] Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 425.

certo que a iniciativa de dos clientes organizados, advogados, do juiz da falência e do ministério público, serviram para a minimização destes prejuízos a um grande número de adquirentes, por meio da destituição do incorporador e desvinculação dos empreendimentos da falência em prol de associações de vítimas para continuação das obras que contrataram[415], mesmo antes da introdução do patrimônio de afetação em nosso ordenamento jurídico.

6.3.2 Os contratos de consumo em geral e sua situação face a falência do fornecedor

Para situações em que não tem mais cabimento procedimentos recuperatórios, por frustração dos seus resultados quando cabível, ou, por não mais haver possibilidade de sua aplicação o direito posto, no que tange a contratos bilaterais de consumo, pouco se manifesta.

Dentre estas hipóteses, importante destacar a medida prevista no art. 24 da Lei 9.656/1998, que regula os planos de saúde, no caso *a alienação da carteira de clientes*[416], nos termos da lei *in verbis*:

> Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, **a ANS poderá determinar a alienação da carteira**, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso. (grifos nossos)
> [...]
> § 5º A ANS promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação da carteira das operadoras de planos privados de assistência à saúde, no caso de não surtirem efeito as medidas por ela determinadas para sanar as irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira.

Seu objetivo, como salienta Maria Stella Gregori é garantir a continuidade da prestação dos serviços de assistência à saúde, por meio da alienação direta ou leilão da

[415] Sobre o caso Encol ver: CÃMARA, Hamilton Quirino. **Falência do incorporador imobiliário:** o caso Encol: doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. MOURA, Denia de. **Análise dos fatores de convencimento do juízo brasileiro quanto à ocorrência de fraude contábil:** um estudo de caso múltiplo da Gallus, da Encol e do Banco Santos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007. Dissertação (Mestrado Internacional). Disponível em:< bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/.../pronto.pdf?se>. Acessado em: 02/09/2013.

[416] Por carteira de clientes, nos termos do inciso III do art. 1º. da Lei 9.656/1998, entenda-se o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º. da lei em comento, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

carteira de clientes da operadora em crise, buscando o órgão regulador a manutenção dos serviços contratados pelo consumidor[417].

Inexiste dispositivo semelhante na Lei 11.101/2005, salvo na hipótese da regra do § 3º. do art. 140 que ao tratar da realização do ativo da empresa falida diz:

> Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:
> I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;
> II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;
> III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;
> [...]
> § 3º A alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, **que poderá compreender a transferência de contratos específicos.**

Ao se utilizar a norma da expressão "[...] transferência de contratos específicos", resta possível e viável a transferência dos contratos bilaterais de consumo, em especial, os de prestação continuada de serviço, a exemplo do contrato de plano de saúde, tal qual ocorre, com o de serviços educacionais, pacotes de turismo, eventos, e outros assemelhados, comumente lesados no caso de cessação da atividade econômica do empresário fornecedor – tendo em vista integrarem indissociavelmente a atividade da empresa em crise[418].

De mais a mais a alienação do estabelecimento empresarial, preconizada pela regra do art. 140 da lei falimentar, envolve, via de regra, a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem *caráter pessoal*, só sendo possível sua rescisão pela outra parte contratante, mediante justa causa e no prazo de noventa dias a contar da publicação da transferência do estabelecimento, nos termos do art. 1.148 do Código Civil[419].

Os contratos de consumo têm como sua característica serem impessoais, tendo em vista a forma massificada em que se dá a oferta de produtos e serviços no mercado, logo, suscetíveis de subsunção à regra em comento, em nome especialmente do ideal de

---

[417] GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde:** a ótica da proteção do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Biblioteca de direito do consumidor. v. 31. p. 83.

[418] Neste sentido: Cf. SZTAJN, Raquel. Comentários ao art. 140. In: *In:* ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 381.

[419] Neste sentido se pronuncia Alfredo de Assis Gonçalves Neto afirmando que a norma do art. 1.148 do CC, que prevê a continuidade dos contratos de natureza não pessoal em caso de alienação do estabelecimento, visa à preservação da aptidão funcional do estabelecimento. (Cf. GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis. **Direito de empresa:** comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 610.

conservação do contrato de consumo e redução dos danos decorrentes da falência do fornecedor junto aos seus consumidores, de forma a congraçar os ideais da defesa do consumidor e os objetivos do processo falimentar[420].

De *lege ferenda*, sugere-se que o art. 117 da Lei 11.101/2005, contemple hipótese de alienação dos contratos bilaterais de execução continuada que compreendam prestação de serviço ao consumidor, como forma de compatibilizar os ideais de defesa do consumidor constantes dos ditames da Carta Maior às regras da Lei de Falências em vigor, propondo-se seja esta a nova redação do art. 117 da Lei 11.101/2005, *in verbis*:

> "Art.117.....
> .....
> .....
> §3º. No caso de o contrato estabelecido configurar relação de consumo a declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao consumidor contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito com privilégio especial.
> §4º. O administrador judicial nos casos de falência de fornecedor de serviços no mercado de consumo, sempre que possível, e a fim de reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida, poderá alienar os contratos bilaterais de execução continuada que compreendam prestação de serviço ao consumidor, se tal medida já não estiver compreendida nas hipóteses previstas no §3º. do art. 140, I, II e III desta Lei."

Com isso objetiva-se aclarar o tratamento a ser deferido ao consumidor de maneira geral na falência, não ficando ele circunscrito a medidas tópicas, ou a circunstâncias gerais que desfavoreçam sua condição na relação de consumo.

---

[420] "A disposição do §3º. do art. 140 tem a preservação das operações em foco. A continuidade da atividade se estende à continuidade de certos contratos. O Código Civil traz dispositivo que destaca a função social do contrato. Trata-se do art. 421, cuja redação é: 'A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato'." (Cf. SZTAJN, Raquel. Comentários ao art. 140. In: *In:* ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 380.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os objetivos traçados para esta tese, ou seja, a análise dos instrumentos de defesa do consumidor face à crise de empresa, por meio de uma releitura do Direito Concursal brasileiro como um todo, de modo a fazer inserir dentre as suas pautas a questão relativa à defesa dos interesses dos consumidores no bojo de seus procedimentos, em especial, na falência do fornecedor empresário, podem ser tecidas algumas considerações finais.

O direito do consumidor e suas normas como visto na primeira seção correspondem à consagração da consciência acerca dos limites da autonomia privada das ações das empresas no meio social, assim como a necessidade constante da busca por um consumo racional e sustentável.

Percebe-se, contudo, que o surgimento do Direito do Consumidor, marca mais uma cisão no Direito Privado tradicional, composto pelo Direito Civil, num plano mais geral, com dois direitos especiais, um o Direito Comercial ou Empresarial voltado para as relações entre empresas no mercado, e; outro o Direito do Consumidor, voltado essencialmente para a proteção do consumidor, sujeito mais fraco da relação de consumo.

Assim, no passado o Direito Comercial ao surgir reviu e adaptou institutos tradicionais do Direito Civil, amoldando-os para as necessidades da atividade mercantil emergente, em temas como: obrigações, responsabilidade civil, contratos, insolvência e seus efeitos; ganhando feições peculiares em cada um dos ramos do Direito Privado a partir de agora, pela primeira vez cindido, além de fazer gerar e surgir novos institutos, tais como: cambiais, sociedades, etc, todos voltados à realidade das relações desempenhadas no âmbito do mercado.

O mesmo processo se deu a partir do surgimento e do reconhecimento do Direito do Consumidor como disciplina autônoma, que também inova na disciplina jurídica das obrigações, responsabilidade civil, contratos, entre outros que são comuns; ganhando feições peculiares, além de fazer gerar e surgir novos institutos, tais como: a força vinculativa da oferta, repressão à propaganda enganosa e a tutela coletiva dos interesses do consumidor, destacando um direito especial em relação ao direito comercial na regência das relações privadas de mercado, que estivessem abrangidas no conceito de relação de consumo.

Referida circunstância atende a uma lógica de adaptação do mercado, mas, antes de tudo, também decorre da necessária acentuação do princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser cortejado em qualquer contexto relacional, não se excluindo aí o das relações de mercado.

Contudo referida adaptação não foi plena, como se pode observar ao longo da tese desenvolvida, na medida em que o Direito do Consumidor não tratou da questão da defesa do consumidor diante da hipótese de quebra do fornecedor, de modo que, mesmo sendo esperado que num *procedimento concursal* não há certeza da plena satisfação dos interesses dos credores nele envolvidos, em especial o *consumidor*, tendo em vista a *inerência do risco*, no entanto, no mínimo, que todo o conjunto de instrumentos materiais concebidos para a defesa de seus interesses pelo ordenamento jurídico não se perca no vão de um processo de falência ou de recuperação judicial sob pena de inviabilizar a plenitude da tutela do consumidor.

Na sequência, abordou-se o mercado e suas normas, de modo a permitir a necessária confluência entre os direitos do consumidor e a falência.

Mercado este definido na segunda seção da presente tese como sendo instituição jurídica composta de agentes, meios e instrumentos geradores de negociações recíprocas entre sujeitos dispostos a oferecer bens e serviços e, sujeitos que demandam por estes bens e serviços, através de negócios jurídicos típicos, que viabilizam as trocas econômicas.

Trata-se o mercado de uma instituição que congraça agentes (Estado, empresários e consumidores), regulando as relações jurídicas de trocas econômicas, canalizando a atividade econômica das empresas no sentido da produção de bens e serviços de que necessite a sociedade, cumprindo esta função, através da construção de uma ordem jurídica plural e sistêmica que sirva para assegurar certeza e segurança aos seus agentes, servindo ao processo de trocas econômicas.

A mencionada segurança presente nas relações de mercado advém, portanto, do plexo normativo que visa a ***proteção*** do consumidor, assim como, das regras componentes da disciplina jurídica dos consequentes da declaração de falência do empresário-fornecedor.

Logo, destaque foi dado quando da análise do mercado e seu regime jurídico, a um dos principais instrumentos de que dispõe o mercado para poder fomentar as trocas econômicas, no caso o *crédito*.

A compreensão do crédito serviu não só para observação da relevância deste instituto na seara das relações de mercado, mas essencialmente, prestou-se à ligação das normas de defesa do consumidor com aquelas que disciplinam a falência e os demais procedimentos concursais, como também, ligou a ideia de defesa do consumidor, com a ideia de *defesa do*

crédito do consumidor, e seu contexto perante o juízo concursal, compreendendo-se a natureza dos direitos creditícios do consumidor face ao empresário fornecedor, direito de crédito este de matriz *não negocial* decorrente da condição de subordinação do consumidor ao fornecedor por conta de sua vulnerabilidade.

Seguindo, mister foi compreender, a natureza e o objeto das normas de direito concursal, desde já inserindo a questão das normas de defesa do consumidor em seu contexto, destacando-se que as relações de mercado são relações de confiança (crédito no sentido objetivo), e uma vez inexiste dos agentes de mercado - empresários, Estados e consumidores - confiança no cumprimento dos compromissos contratados o colapso se instaura, servindo o direito concursal não só à defesa do *direito de crédito* (crédito no sentido subjetivo), como também ao resguardo da confiança nas obrigações e nos negócios que lhe dão origem (crédito no sentido objetivo).

Assim sendo as normas jurídicas de direito concursal, prestam-se à finalidade de auxiliar, cada uma a seu modo, a construção da estabilidade e da segurança nas relações de mercado, das quais não se pode ignorar as relações de consumo.

Isto posto, não há como se falar em obrigação da *promoção da defesa do consumidor pelo Estado*, ou *ampla prevenção e repressão aos danos morais e materiais* causados ao consumidor pelo fato do produto ou serviço, assim como o *amplo acesso à justiça pelo consumidor* e *obrigação da facilitação de sua defesa* se inexistem normas especiais de proteção ao seu crédito junto à falência do empresário fornecedor.

Sua condição de credor não negocial, como visto é fruto da sua subordinação em relação ao fornecedor, expressão, pois de sua vulnerabilidade que no plano do direito concursal não está reconhecida pela ordem jurídica para a generalidade dos casos, onde seu crédito resta classificado como quirografário, ao lado de créditos negociais, cujos titulares, ao contrário do consumidor, têm condições de resguardar-se dos riscos da falência.

Vista a questão sob a ótica do princípio informativo constitucional da ordem econômica, que impõe a defesa do consumidor face aos fornecedores de produtos e serviços em geral no mercado como um de seus paradigmas (art. 170, V da CF/88), cortejando-o com os princípios específicos regentes no direito concursal, impõe a crer que a ausência de proteção ao crédito do consumidor junto à falência do empresário fornecedor significa transferência dos riscos da empresa ao consumidor, negando a lógica protetiva concebida no CDC, a partir do preceito constitucional citado.

Ou seja, todo o plexo normativo concebido pelo CDC e outras legislações que gravitam em torno da ideia de proteção ao consumidor e suas prescrições normativas tendem

a esvair-se face a insolvência do fornecedor, carecendo a ordem jurídica posta ser integrada *pela defesa do crédito do consumidor no juízo concursal*, de modo a garantir-lhe efetividade.

Constatou-se no direito estrangeiro, assim como no direito pátrio algumas regras tópicas de tutela do consumidor em face a crise do empresário.

Destaque-se aquelas previstas nos procedimentos concursais especiais, *v.g.* aquelas presentes: no art. 86 do Decreto 73/1966; no § 2º. do art. 50 da Lei Complementar 109/2001; no art. 24-C da Lei 9.656/1998, entre outras abordadas ao longo da tese, bem como na falência *v.g.* aquelas do art. 119, IX e no art. 82 da Lei 11.101/2005, bem como do próprio CDC, ao tratar no art. 28 do seu texto a desconsideração da personalidade jurídica por falência decorrente de má administração; todas prevendo situações de proteção ao direito dos consumidores no bojo de um procedimento concursal, porém, em situações específicas, longe de poder-se afirmar, compor de forma sistêmica o que se pode chamar de regras de *defesa do crédito do consumidor no juízo concursal.*

Outra consideração importante sobre estes procedimentos é o reconhecimento em suas normas dos efeitos nocivos da crise econômico-financeira dessas empresas no cumprimento de suas obrigações, especialmente sobre a maioria do seu público, no caso, os consumidores.

Ao final foi possível observar que a par das normas protetivas acima mencionadas, inexiste uma proteção sistêmica do consumidor em geral na falência, carecendo a Lei 11.101/2005 ser alterada para albergar referida tutela a exemplo do que faz com o trabalhador, credor na falência, titular de crédito não negocial em condições semelhantes às do consumidor.

Isto posto, a elaboração de normas que propugnem: *i*) uma melhor classificação do seu crédito no contexto do quadro geral dos credores na falência; *ii*) mecanismos de facilitação de sua participação no processo falimentar, inclusive pelas vias coletivas, e; *iii)* uma normatização diferenciada para o trato dos efeitos da falência sobre os contratos de consumo, são um imperativo da a complementação do microssistema do CDC, daí a apresentação ao longo desta tese de sugestões de alteração legislativa que prestem-se a cumprir tal tarefa, proposta esta consolidada no apêndice desse trabalho.

Enfim, conclui-se não ser possível falar em ampla defesa dos direitos dos consumidores, se não for tratada a questão da *defesa do crédito do consumidor* nos procedimentos concursais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **A continuação do negócio na falência.** São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975.

_____. **Direito bancário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e concordata.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALMEIDA, João Batista de. A ação civil pública para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. **Revista de direito do consumidor.** n. 34, ano 9, abr/jun. 2000, pp 88-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALMEIDA, Julio Gomes de. BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Como recuperar o vigor: a perda da competitividade industrial não é resultado apenas das mudanças estruturais da economia contemporânea. **Carta Capital**, São Paulo/SP, n. 687, ano 17, pp. 37-41, 7, mar. 2012.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho. A legitimidade do ministério público para a defesa dos interesses individuais homogêneos do consumidor: um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista. **Revista de direito do consumidor.** n. 52, ano 13, out/dez. 2004, pp 66-91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A MÃO visível. **The Economist:** licenciado para **Carta Capital**, São Paulo/SP, n. 684, ano 17, pp. 36-48, 15, fev. 2012. Reportagem especial sobre Capitalismo de Estado.

ANDRIGUI, Fátima Nancy. O Código de Defesa do Consumidor 20 anos depois: uma perspectiva da Justiça. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 31, v. 114, pp.74-80. dez., 2011.

ARAÚJO, Angela Maria. **A regulação do mercado de saúde suplementar no Brasil:** barreiras à entrada e à saída de operadoras de planos privados de assistência à saúde. 176 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública/ subárea Regulação de Saúde Suplementar.) – Escola Nacional de Saúde Pública –ENSP, Fundação Osvaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/DIS_A%20Regulação%20do%20Mercado%20de%20Saúde%20Suplementar%20no%20Brasil_ANGELA_MARIA_ARAUJO.pdf>. Acessado em: 06/07/2009. p. 50.

ARGENTINA. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS. **Ley de concursos y quiebras:** Ley 24.522: Sancionada: Julio 20 de 1995. Disponível em: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm. Acessado em: 23/11/2012.

ARRUDA Neto, Pedro Thomé. CARVALHO, Andréa Bernardes. A intervenção do Ministério Público no processo falimentar e de recuperação de empresas. **Boletim Científico**: ESMPU, Brasília, ano 6, n. 24/25, p. 175-191 – jul./dez. 2007. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-24-e-n.-25-julho-dezembro-de-2007-1/a-intervencao-do-ministerio-publico-no-processo-falimentar-e-de-recuperacao-de-empresas?searchterm=Minist%C3%A9rio+Publico+e+fal%C3%AAncia>. Acessado em: 13/04/2013.

ASCARELLI, Túllio. Origem do direito comercial. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros, ano 35, v. 103, pp.87-100. jul./set., 1996. Tradução: Fábio Konder Comparato.

_____. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros, ano 38, v. 114, pp.237-252. abr./jun., 1999. Tradução: Fábio Konder Comparato.

BALERA,Wagner *et al*. **Comentários à lei de previdência privada**: LC 109/2001. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar.** São Paulo: Saraiva, 1995.

BEZERRA Filho, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BOTREL, Sérgio. **Insolvência bancária.** Del Rey/Universidade FUMEC/FCH: Belo Horizonte, 2005.

BRASSEUL, Jacques. **História econômica do mundo:** das origens aos *subprimes*. Lisboa: Edições texto&grafia, 2012. Tradução: Hélder Viçoso.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Banco Central do Brasil:** fique por dentro. 4. ed. Brasília: BCB, 2008

_____. Banco Central do Brasil. **Panorama atual do Sistema Financeiro Nacional e necessidade de sua reordenação no ambiente da estabilização monetária.** Disponível em: www.bancocentral.gov.br. Acessado em: 21/09/2010.

_____. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 4.222, de 23 de maio de 2013:** altera e consolida as normas que dispõem sobre o estatuto e o regulamento do Fundo Garantidor de Créditos (FGC). Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2013/pdf/res_4222_v1_O.pdf. Acessado em 01/10/2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República: Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Mensagem nº 59, de 9 de janeiro de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0059-05.htm#art4>. Acessado em: 18/02/2005.

_____. Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo. **Súmula nº 7.** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acessado em: 09/07/2013.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 282, de 2012**: altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106768>. Acessado em: 09/09/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 945.785 - RS (2007/0094569-7)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1239714&sReg=200700945697&sData=20130611&formato=PDF>. Acesso: 02/12/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 97.181/MT - DJU - 19/2/200. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência.** Ribeirão Preto – SP, ano 1, n. 16, p. 77, abr. 2001. p. 77.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula 321.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia='DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR'.mat.#TIT3TEMA0> Acessado em: 13/10/2013.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CADIER, Christophe Yvan François. **Sistema financeiro nacional:** doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção Direito Econômico.

CÂMARA, Hamilton Quirino. **Falência do incorporador imobiliário:** o caso Encol: doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação da empresa:** o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANAVERDE, Juliana Souza Macedo. DAMASCENO Filho, Nelson Xisto. A impossibilidade de restituição dos valores representados por depósitos bancários, na falência da instituição financeira. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, ano 6, v. 19, jan/mar. 2003, pp. 179/191.

CARVALHO, Paulo Barros de. **Direito tributário, linguagem e método.** São Paulo: Noeses, 2008.

CHALHUB, Melhim Namem. **A afetação das incorporações imobiliárias:** lei nº 10.931/2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7595>. Acessado em: 21/04/2008.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade de coletivização dos interesses individuais. **Revista de direito do consumidor.** n. 72, ano 18, out/dez. 2009, pp 9-40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: empresa e estabelecimento: títulos de crédito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

_____. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: sociedades. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

_____. **Curso de direito comercial:** direito de empresa: contratos e recuperação de empresas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

_____. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: Dissertação de Mestrado, 1985.

_____. **Manual de direito comercial.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Princípios do direito comercial:** com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. A trava bancária. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 29, v. 105, pp.61-65. set., 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, v. 15-16, pp.89-105. 1974.

_____. A reforma da empresa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 22, v. 50, pp. 49-74. abr/jun. 1983.

COSTA, Ana Paula Paulino da. **Casos de fraudes corporativas financeiras**: antecedentes, recursos substantivos e simbólicos relacionados. 176 f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas.) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/browse?value=Costa%2C+Ana+Paula+Paulino+da&type=author. Acessado em: 25/03/2012.

CRISTIANO, Romano. **Empresa é risco:** como interpretar a nova definição. São Paulo: Malheiros, 2007.

DORIGO, Gianpaolo; VICENTINO, Cláudio. **História geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2001.

DOURADO, Robson Gonçalves. **Previdência privada fechada:** fundos de pensão e a relação de consumo. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/24693/previdencia-privada-fechada-fundos-de-pensao-e-a-relacao-de-consumo#ixzz2WTmb5Ask >. Acessado em: 06/10/2013.

ESPANHA. **LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal.** Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26905-26965.pdf>. Acessado em: 10/10/2007.

FABIANI, Ernani Ribeiro. **Direito e crédito bancário no Brasil.** São Paulo: Saraiva/Fundação Getúlio Vargas, 2011. (Direito em debate: direito, justiça e desenvolvimento).

FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise.** São Paulo: Saraiva/Fundação Getúlio Vargas, 2012. (Direito em debate: direito, justiça e desenvolvimento).

FAZZIO Jr., Waldo. **Manual de direito comercial.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FÉRES, Marcelo Andrade. Empresa e empresário: do código civil italiano ao novo código civil brasileiro. In: VIANA, Frederico Rodrigues (coord.). **Direito de empresa no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. Comentários aos arts. 1º. Ao 3º. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 6.ed.. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária.

_____. Ação civil pública consumerista. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública:** lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

FIUZA, Cesar. **Direito civil:** curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Malheiros. v. 130, pp.7-38. abr./jun., 2003.

_____. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Raquel. **Manual de direito comercial:** sociedade anônima e mercado de valores mobiliários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

_____. **Falência e recuperação da empresa em crise:** comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITO. **Quem somos?** Disponível em: http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci_menu=3 Acessado em: 20/10/2012.

GALGANO, Francesco. **História do direito comercial.** Lisboa: Editores, 1990. Tradução: João Espírito Santo.

GAMA, Anete Maria. *et al.* **O espaço da regulamentação dos planos e seguros de saúde no Brasil:** notas sobre a ação de instituições governamentais e da sociedade civil. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Artigo_Cebes_020529.pdf>. Acessado em: 06/07/2009.

GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no "processo do consumidor". **Revista de direito do consumidor.** n. 28, out/dez. 1998, pp 68-111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

GITMAN, Lawrence J. **Princípios de administração financeira.** 10. ed. São Paulo, Pearson Addisson Wesley, 2003. Tradução: Antonio Zoratto Sanvicente.

GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis. **Direito de empresa:** comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde:** a ótica da proteção do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Biblioteca de direito do consumidor. v. 31.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Comentários art. 91 ao 100. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6.ed.. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária.

_____. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** 21. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986. p. 218. Tradução: Waltensir Dutra.

INSTITUTO ANTONIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros. v. 145, pp.44-49. jan./mar., 2007. Tradução: Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade.

ITÁLIA. **Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267:** disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2888#titolo1>. Acessado em: 19 de janeiro de 2012.

KATUDJIAN, Elias. Pela (re) inclusão dos créditos excluídos da recuperação. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 29, v. 105, pp.48-53. set., 2009.

KÜMPEL, Siegrifier. A proteção do consumidor no direito bancário e no direito do mercado de capitais. **Revista de direito do consumidor.** n. 52, ano 13, out/dez. 2004, pp 319-346. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Trad. Peter Naumann.

LABAREDA, João. Providências da recuperação de empresas. **Direito e justiça.** Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. v. 9, pp. 51-112, tomo 2, 1995.

LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos.** 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. Tradução: Geraldo Gerson de Souza.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito.** Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. A natureza jurídica do fundo garantidor de créditos – FGC. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 40, v. 121, pp. 07-17. jan./mar. 2001.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Direito de restituição de dinheiro em falência de instituição financeira. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, ano 3, v. 9, jul/set. 2000, pp. 241/250.

LISBOA, Roberto Senise. A livre iniciativa e os direitos do consumidor. In: SIMÃO Filho, Adalberto. LUCCA, Newton. **Direito empresarial contemporâneo.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

_____. LISBOA, Priscila Senise. O direito ao desenvolvimento dos consumidores e a tutela coletiva dos seus interesses individuais. **Revista luso-brasileira de direito do consumo.** Editora Bonijuris, v. 1, n. 1, pp.15-42, mar., 2011.

LOBO, Jorge. **Direito concursal:** direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Comentários ao art. 67. *In:* ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LORDON, Frédéric. Por um sistema de crédito socializado. **Le Monde Diplomatique Brasil,** São Paulo, ano 1, n. 8, nov. 2011. Edição especial: O roubo do século. Disponível em: http://www.diplomatique.org.br/edicoes_especiais_editorial.php?id=8. Acessado em: 13/02/2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A descondificação e a possibilidade de ressistematização do direito civil. In: FIUZA, Cesar (Org.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Direito Civil:** atualidades I. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

LUNDBERG, Eduardo. Redes de proteção e saneamento bancário. **In:** SADDI, Jairo (Org.)**. Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional:** 25 anos da Lei

6.024/74. São Paulo: Textonovo, 1999. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/ftp/redeprot.pdf. Acessado em 23/11/2013.

LYNCH, Maria Antonieta. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada. Ano 46, v. 148. São Paulo: Malheiros, out.-dez. 2007.

MAMEDE, Gladson. **Direito empresarial brasileiro:** falência e recuperação de empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 4.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Manual do consumidor em juízo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Definição jurídica de consumidor: evolução da jurisprudência do STJ. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 26, v. 89, pp.107-113. dez., 2006.

MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito:** letra de câmbio e nota promissória. 13. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001. v.1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A legitimidade do Ministério Público para a ação revocatória da Lei 11.101/05. **Revista Síntese de Direito Processual Civil**, São Paulo: Síntese, ano 7, n. 38, nov./dez. 2005. p. 55.

MENDES, Luís Cláudio Montoro. O crédito extraconcursal previsto no art. 67 da Lei nº. 11.101/2005: as características do crédito extraconcursal e sua importância como elemento incentivador da continuidade da empresa. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 29, v. 105, pp. 93-99. set., 2009.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. 8. Livro V.

MIRAGEM, Bruno. Critérios para a desconsideração da personalidade jurídica no regime do Código de Defesa do Consumidor: comentários ao REsp 737.000/MG. **Revista de direito do consumidor.** n. 80, ano 20, out/dez. 2011, pp 433-444. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOURA, Denia de. **Análise dos fatores de convencimento do juízo brasileiro quanto à ocorrência de fraude contábil:** um estudo de caso múltiplo da Gallus, da Encol e do Banco Santos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007. Dissertação (Mestrado Internacional). Disponível em: < bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/.../pronto.pdf?se>. Acessado em: 02/09/2013.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa:** recuperação de empresas e falência. 7. ed. São Paulo, Saraiva: 2012. v. 3.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **O direito empresarial superando o arcaico sistema dos atos de comércio.** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2698. Acesso em: 27 de maio de 2005.

NERY Jr., Nelson. Visão sobre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 31, v. 114, pp.95-101. dez., 2011.

NUNES, António José Avelãs Nunes. **A crise atual do capitalismo:** capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Coleção direito europeu. v.3.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução 39/248/1985:** proteção ao consumidor. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/469/75/IMG/NR046975.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14/10/2012.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1.

PERIN Junior, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências.** São Paulo, Saraiva: 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Eficiência econômica e autonomia privada como fundamentos da recuperação de empresas no direito brasileiro. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coord.). **Direito Civil:** Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 291 – 313.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março:** código da insolvência e da recuperação de empresas. Disponível em: <http://digestoconvidados.dre.pt/digesto//pdf/LEX/481/172004.PDF>. Acessado em: 20/03/2012.

_____. **Decreto-Lei Nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966:** Código Civil. Disponível em: < http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF >. Acessado em: 20/03/2012.

_____. **Lei n.º 24/96 de 31 de Julho:** estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Disponível em:< http://vlex.pt/tags/defesa-do-consumidor-143202>. Acessado em: 20/03/2012.

RENTE, Eduardo Santos. **A autonomia da vontade à luz do direito internacional privado contemporâneo.** Disponível em: http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume9/arquivos_pdf/sumario/artigo%20Eduardo_Rente%20.pdf. Acessado em: 10/04/2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SADDI, Jairo. A reforma da lei de liquidação bancária. In: SADDI, Jairo. **Temas de regulação financeira.** São Paulo, Quartier Latin, 2010.

SALOMÃO Filho. Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros, ano 42, v. 132, pp.7-24. out./dez., 2003.

SANDEL, Michael J. Sociedade de mercado: tudo está a venda, critica o aclamado professor de Harvard, até as democracias contemporâneas. **Carta Capital**, São Paulo/SP, n. 717, ano 18, pp. 100-103, 3, out. 2012. Entrevista concedida a: Eduardo Graça.

SANDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI.** São Paulo: Record, 2005.

SERRA, Catarina. **A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito:** o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Fernando Melo. **O princípio da preservação da empresa em crise e os instrumentos para sua manutenção na atual lei de falências e concordatas.** Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP/Franca. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito).

SIQUEIRA, Francisco José de. Instituições financeiras: regimes especiais no direito brasileiro. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, ano 4, v. 12, abr/jun. 2001, pp. 44/71. p. 2. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/ftp/textoliquidSiqueira.pdf. acessado em: 19/10/2012.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Marcelo Papaléo. **A lei de recuperação e falência e suas consequências no direito e no processo do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SOUZA, Pedro Guilherme Gonçalves de. ZANCHIM, Kleber Luiz. Seguro: ato e atividade. *In:* FERNANDES, Wanderley. (coord.). **Contratos de organização da atividade econômica.** São Paulo: Saraiva/FGV-Direito GV, 2011.

SOUZA, Vinícius Menandro Evangelista de. **O papel do Ministério Público à luz da nova lei de recuperação e falência.** Disponível em: < http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CDIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ampac.org.br%2Fantigo%2Fartigos%2FO%2520papel%2520do%2520MP%2520%25C3%25A0%2520luz%2520da%2520nova%2520lei%2520de%2520recupera%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520e%2520fal%25C3%25AAncia.pdf&ei=jwOmUrP4F47SkQe_3ICgBw&usg=AFQjCNGoSSj4S4MXKZkM_0Vk29XISc3QOQ&bvm=bv.57752919,d.eW0>. Acessado em: 13/04/2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no código civil brasileiro. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 27, v. 96, pp.115-124. mar., 2008.

_____. Comentários ao art. 140. In: *In:* ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. FIUZA, Cesar (Org.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Direito Civil:** atualidades I. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THEODORO Jr., Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença.** 24. ed. São Paulo: Leud, 2007.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Comentários ao art. 2º.. *In:* ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas. **Revista do advogado.** São Paulo, AASP, ano 29, v. 105, pp. 153-158. set., 2009.

TORRES, Andreza Cristina Bagio. **Teoria contratual Pós-moderna:** as redes contratuais na sociedade de consumo. Curitiba: Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2005. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=411>. Acessado em: 27/08/2012.

VALLE, Javier. Una experiência comparada reciente: la ley concursal española. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros, ano 43, v.134, pp.96-106. abr./jun., 2004.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1.

_____. **Comentários à lei de falências.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 2.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 1.

_____. Considerações sobre o sistema financeiro: crises: regulação e re-regulação. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Malheiros, ano 48, v. 149/150, pp. 09-31. jan./dez. 2008.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos.** 16. ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

WARDE, Ibrahim. A fábrica de consensos: de onde vêm os derivativos?. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo/SP, n.8, ano 1, Nov. 2011. Edição Especial. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/edicoes_especiais_det.php?id=8>. Acessado em: 13/02/2012.

WATANABE, Kazuo. Comentários aos arts. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6.ed.. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária.

YONEMOTO, Hiroshi Wilson. MANCINI, Renata Foltran. **Risco e retorno financeiro nas decisões empresariais.** Disponível em: http:// intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2232/2393. Acessado em: 31/01/2011.

APENDICE 1 – SUGESTÃO DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

CAMARA DOS DEPUTADOS

Projeto de lei nº. ___, de ____.

Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Código Civil), para permitir a promoção da defesa do consumidor nos procedimentos de recuperação judicial, extrajudicial e falência por ela previstos.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei estabelece a promoção da defesa do consumidor nos procedimentos recuperação judicial, extrajudicial e falência previstos na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, nas condições que especifica.

Art. 2º. A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 4º. O Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência, nos casos previstos nesta lei.

Parágrafo único. Nos casos de recuperação judicial ou falência de devedor fornecedor de produtos ou serviços no mercado de consumo, o Ministério Público poderá intervir na defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores afetados por aqueles procedimentos, sendo-lhe facultado dentre outras medidas:

I - promover a reserva de bens a que se refere o §4º. do art. 6º. desta Lei;

II – requisitar ao juiz onde se processa a recuperação judicial ou a falência que o administrador judicial proceda a habilitação coletiva dos créditos dos consumidores afetados pela falência ou recuperação judicial, toda vez que a determinação do valor dos créditos individuais dos consumidores depender de informações em poder do devedor, a quem cumprirá efetivá-las, no prazo do §2º. do art. 7º. desta Lei;

IV – interpelar o administrador judicial na falência acerca da manutenção e cumprimento dos contratos bilaterais de consumo, na forma do §1º. do art. 117 desta lei.

III – promover a ação responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores de sociedade falida, prevista no art. 82 desta Lei, ou atuar como fiscal da lei naquelas que sejam de iniciativa de qualquer consumidor individualmente ou da massa falida, neste último caso, quando a maior parte do seu passivo constituir-se de créditos gerados a partir de relações de consumo." (NR)

"Art. 67 - .....

§1º. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação. (NR)

§2º. No caso de recuperação judicial de devedor que atue junto ao mercado consumidor, seus consumidores, por contratos celebrados após o deferimento da recuperação judicial, terão seus créditos classificados na forma do *caput* deste, caso na falência seja recusado cumprimento ao seu contrato."

"Art. 83 - .....

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

.....

d) os créditos de que seja titular o consumidor em função do descumprimento de obrigação contratual de fazer, não fazer e dar coisa certa, convertidas em indenização, e multas decorrentes do seu incumprimento, anteriores ao pedido de falência, ou que seja constituído pela recusa de seu cumprimento na falência, nos termos do § 3º. do art. 117 desta Lei.

V – créditos com privilégio geral, a saber:

.....

d) os créditos derivados de indenização por responsabilidade civil extracontratual, inclusive, as indenizações por acidente de consumo, vícios no produto ou serviço ou ainda por repressão a prática ou cláusula abusiva em detrimento dos interesses individuais ou coletivos dos consumidores."

"Art.117.....

§3º. No caso de o contrato estabelecido configurar relação de consumo a declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao consumidor contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito com privilégio especial.

§4º. O administrador judicial nos casos de falência de fornecedor de serviços no mercado de consumo, sempre que possível, e a fim de reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida, poderá alienar os contratos bilaterais de execução continuada que compreendam prestação de serviço ao consumidor, se tal medida já não estiver compreendida nas hipóteses previstas no §3º. do art. 140, I, II e III desta Lei."

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.