

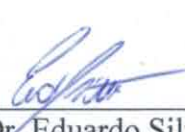
MARCUS VINÍCIUS PEREIRA PAIXÃO

**A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
ÀS RELAÇÕES EMPRESARIAIS:
CRÍTICAS AO FINALISMO APROFUNDADO SOB A ÓTICA
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, das Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 06 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Eduardo Silva Bitti
Universidade Federal do Espírito Santo
Faculdades Integradas de Aracruz
Orientador



Prof.ª Ma. Flávia Espinassé Frigini
Faculdades Integradas de Aracruz



Prof. Esp. Diego Crevelin de Sousa
Faculdades Integradas de Aracruz

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ

MARCUS VINÍCIUS PEREIRA PAIXÃO

**A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
ÀS RELAÇÕES EMPRESARIAIS:
CRÍTICAS AO FINALISMO APROFUNDADO SOB A ÓTICA
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

ARACRUZ

2018

MARCUS VINÍCIUS PEREIRA PAIXÃO

**A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
ÀS RELAÇÕES EMPRESARIAIS:
CRÍTICAS AO FINALISMO APROFUNDADO SOB A ÓTICA
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, das Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Dr. Eduardo Silva Bitti.

ARACRUZ

2018

MARCUS VINÍCIUS PEREIRA PAIXÃO

**A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
ÀS RELAÇÕES EMPRESARIAIS:
CRÍTICAS AO FINALISMO APROFUNDADO SOB A ÓTICA
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, das Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 06 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Silva Bitti
Universidade Federal do Espírito Santo
Faculdades Integradas de Aracruz
Orientador

Prof.^a Ma. Flávia Espinassé Frigini
Faculdades Integradas de Aracruz

Prof. Esp. Diego Crevelin de Sousa
Faculdades Integradas de Aracruz

O presente trabalho é dedicado à minha família e amigos por todo apoio, incentivo e compreensão ao longo desta etapa.

RESUMO

O princípio da autonomia da vontade é elemento basilar do direito contratual privado, com mais razão quando a relação constituída for entre empresários. Inobstante o reconhecimento do mencionado princípio, tem-se admitido no direito brasileiro a sua relativização com aquilo que a jurisprudência vem chamando de “Teoria Finalista Aprofundada”, ou mitigada. O presente trabalho visa estudar e aprofundar o estudo da teoria consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça. Buscaremos analisar se o entendimento externado pela Corte Superior se justifica no direito pátrio, bem como sob análise comparativa com ordenamentos jurídicos internacionais. O trabalho, após vasta pesquisa bibliográfica, propõe que a boa-fé objetiva, com cláusula geral e capaz de gerar a violação positiva dos contratos, é elemento alternativo para a solução das controvérsias entre empresários sem a necessidade de modificar a própria natureza da relação jurídica existente. Por fim, busca-se mostrar que as modificações nas relações contratuais empresariais com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor traz para dentro dos negócios mercantis uma insegurança jurídica, a qual deve ser repudiada de pleno direito.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Teoria Finalista. Mitigação. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

The principle of autonomy of the will is a basic element of private contractual law, especially when the relationship is between entrepreneurs. Despite the recognition of this principle, it has been admitted in Brazilian law its relativization with what the jurisprudence called "Deep Finalist Theory", or mitigated. This study aims to study and deepen the theoretical study consolidated by the Superior Court of Justice. We will try to analyze whether the opinion expressed by the Superior Court is justified in the country's legislation, as well as in the comparative analysis with the international legal systems. The work, after extensive bibliographical research, proposes that objective good faith, with a general clause and capable of generating a positive violation of the contracts, is an alternative element for the settlement of disputes between entrepreneurs without the need to change the very nature of law existing relationship. Finally, it seeks to show that changes in contractual business relations with the application of the Consumer Defense Code brings to the mercantile business a legal uncertainty, which must be repudiated by law.

Keywords: Business Law. Finalist Theory. Mitigation. Code of Consumer Protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.	9
2 A INFLUÊNCIA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA CONSUMERISTA FRENTE AO ORDENAMENTO EMPRESARIAL	12
3 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS	16
3.1 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	16
3.1.1 Elementos Subjetivos da Relação de Consumo	16
3.1.1.1 Consumidor	16
a) Teoria Finalista	17
b) Teoria Maximalista.....	18
c) Teoria Finalista Aprofundada.....	19
3.1.1.2 Fornecedor	20
3.1.2 Elementos Objetivos da Relação de Consumo	22
3.1.2.1 Produto	22
3.1.2.2 Serviço	24
3.2 HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE: NECESSÁRIA DISTINÇÃO.	26
4 CONTRATOS EMPRESARIAIS E CONTRATOS CONSUMERISTAS	32
4.1 NOÇÕES GERAIS	32
4.2 RELAÇÃO DE CONSUMO E RELAÇÃO EMPRESARIAL: DIFICULDADE DE DISTINÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.	36
4.3 TEORIA FINALISTA MITIGADA OU APROFUNDADA: CONSTRUÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	43
4.3.1 A Teoria da Finalista Aprofundada frente à Constituição da República de 1988	49
4.3.1.1 Considerações Propedêuticas.	49
4.3.1.2 Análise da Teoria Aprofundada frente à Constituição da República de 1988...	50
4.4 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	53

4.4.1 Autonomia Privada, Força Obrigatória dos Contratos e o Paternalismo Jurídico do Superior Tribunal de Justiça	53
4.4.2 Dirigismo Contratual e a Assimetria das Relações Empresariais.	58
5 A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DOS CONTRATOS MERCANTIS	65
5.1 A ORIGEM DA BOA-FÉ.....	65
5.2 A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL.	67
5.3 ANÁLISE CONCRETA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO ALTERNATIVA PARA O FINALISMO APROFUNDADO.....	70
6 AS IMPLICAÇÕES DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS POR EXCELÊNCIA	74
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

1 – INTRODUÇÃO

Com o crescimento do poder aquisitivo, ou, ao menos, melhores condições para a aquisição de produtos e serviços, o mercado de consumo passou a se tornar importante objeto de estudo nas ciências jurídicas.

A globalização, meios de comunicação em massa, e a quantidade de informações sobre produtos e serviços lançados no mercado fizeram com que este meio fosse levado para importantes discussões jurídicas nacionais e internacionais.

Em meio a tantas discussões, uníssono o entendimento de que o consumidor é a parte mais frágil de tal relação, pois este não possui conhecimento técnico, nem mesmo jurídico sobre o mercado, produto, ou o serviço, ao contrário do fornecedor-empresário, o qual possui o ônus de conhecimento de mercado.

Neste sentido, fez-se necessária a criação de mecanismos para a proteção do consumidor quando em conflito com o fornecedor-empresário, surgindo a partir daí o Código de Defesa do Consumidor, em âmbito nacional.

Diante deste cenário, o Código de Defesa do Consumidor inseriu no ordenamento jurídico pátrio um verdadeiro sistema protetivo, estabelecendo o conceito de fornecedor, consumidor, incluindo neste as pessoas jurídicas, e os direitos e deveres de cada indivíduo inserido na cadeia de consumo.

Inobstante os conceitos adotados pelo aludido diploma legal, em que pese ter adotado a teoria finalista para a definição do conceito de consumidor, este como destinatário final, adiantamos, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro a já pacificada Teoria Finalista Mitigada, ou Aprofundada para enquadrar a pessoa jurídica como consumidora ainda que diante de uma relação jurídica estritamente empresarial.

Neste viés, segundo a Corte Superior, é possível a proteção do empresário com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mesmo diante de relações puramente empresariais, quando verificada uma suposta vulnerabilidade.

Este trabalho, portanto, orienta-se no sentido de verificar a caracterização da pessoa jurídica como consumidora nas relações contratuais quando não verificada a relação de consumo entre

as partes, de modo a constatar as implicações que tal entendimento possa gerar no Direito Empresarial.

Conflitos entre empresários sempre existirão e os mesmos, ainda que indiretamente, decorrem da relação jurídica existente entre os conflitantes. Se uma relação jurídica nasce no âmbito do Direito Empresarial deve por ele ser regulada. Inexiste a mutação de uma relação pré-existente em outra em razão do surgimento de um desacordo.

A partir destas considerações, o objetivo geral do presente estudo é analisar a possibilidade jurídica de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações empresariais ainda que não verificada a relação de consumo.

O presente estudo partiu da hipótese de que inexiste, nas relações empresariais, a suposta assimetria contratual a justificar a mitigação da teoria finalista estampada nos artigos introdutórios do Código de Defesa do Consumidor. A mitigação da teoria finalista importa na mitigação do próprio direito empresarial.

Inegável que atualmente o Direito Empresarial, inobstante sua relevância nacional e internacional, é pouco estudado pelo sistema jurídico brasileiro de modo que é possível constatar a pobreza de inúmeras decisões proferidas pelas Cortes Superiores e Tribunais Pátrios.

Partindo-se dessa premissa, por meio desta pesquisa que, ressaltamos, é apenas um dos pontos bastante controversos no direito mercantil, buscamos elucidar que a boa-fé objetiva é uma alternativa inteligente para a resolução de conflitos entre empresários sem que, com isso, ocorra a transformação da própria natureza jurídica da relação, como vem ocorrendo no direito interno atual, sobretudo com a ratificação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

A relevância desta pesquisa contribui diretamente para estudos do direito de empresarial, principalmente no que se refere nas relações entre fornecedores e estes com os consumidores.

O estudo também tem como objetivo mostrar se existe a afirmada hipossuficiência e vulnerabilidade do empresário, bem como a compatibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais.

Ainda, buscaremos analisar os elementos da relação de consumos, seus componentes e os principais conceitos inerentes às relações desta natureza.

Por fim, estudaremos se o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de natureza empresariais mesmo quando inexistir a relação de consumo, é compatível com os ditamos da Constituição da República de 1988.

O tema, que de grande relevância, já vem sendo alvo de grandes discussões pelos mais renomados juristas brasileiros de modo que toda a atenção dispensada a tal discussão pode surtir grandes efeitos em um futuro próximo.

2 – A INFLUÊNCIA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA CONSUMERISTA FRENTE AO ORDENAMENTO EMPRESARIAL

Importante marco para os direitos trabalhistas, a Revolução Industrial do século XVIII, na Inglaterra, foi fator de igual importância para as relações empresariais e consumeristas, principalmente em razão de suas ideologias e consequências.

Não tão distante, na França do final do século XVIII, o desenvolvimento industrial também passou a ser fortemente discutido, principalmente em razão do movimento iniciado pelos ingleses, onde havia uma forte inquietação na burguesia francesa com o objetivo de ser implantado o liberalismo econômico.

Não sendo outro o destino histórico, os movimentos tomaram proporções consideráveis para os fins que se destinavam. Com isso, houve um significativo desenvolvimento no comércio com supedâneos liberais estimulados pelo aumento da produção em larga escala e diminuição dos preços unitários.

Com a Revolução Industrial, o sistema produtivo teve um profundo impacto. A capacidade produtiva do homem passou por um expressivo progresso, da produção manual, artesanal e familiar, para as grandes produções em massa, principalmente em razão da nova demanda.

O novo cenário foi propício para se inaugurar no sistema jurídico novos instrumentos contratuais: contratos coletivos, contratos de adesão, com cláusulas previamente estabelecidas pelo fornecedor de produtos ou serviços sem qualquer interferência do consumidor, entre outros instrumentos que viabilizavam a relação entre fornecedores e entre estes e os consumidores.

Com a massificação do mercado de consumo, e a democratização do acesso aos bens e serviços, como consequência esperada foi a reação da ciência jurídica para estes acontecimentos criando mecanismos de regulamentação.

Neste sentido, surgiram os primeiros códigos que, influenciados pelos ideais históricos das revoluções, foram marcados por princípios de liberdade e igualdade, principalmente pautados na liberdade contratual, momento receptivo para os princípios da autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*.

Como consequência do crescimento do mercado de consumo, sua democratização e o surgimento dos instrumentos contratuais utilizados para a sua viabilização, verificou-se que o ordenamento jurídico não estava preparado para regulamentar essas relações. Notou-se que havia uma disparidade de condições entre a figura do fornecedor e o consumidor, o qual foi exposto a condições abusivas e ilegais.

Neste sentido, ensina Sergio Cavalieri Filho (2014, p.3):

Destarte, à falta de uma disciplina jurídica eficiente, reestruturada, moderna, proliferaram, em ambiente propício, práticas abusivas de toda ordem, como as cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência e assim por diante, resultando em insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor.

Note-se, pois, que o direito foi intimamente influenciado pelos ideais da autonomia da vontade e obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), bases estas que até os dias atuais formam o corolário das relações privados, principalmente empresariais.

Inobstante todas as problemáticas surgidas com a Revolução Industrial e Francesa, somente no final do século XIX e início do século XX que se iniciaram os primeiros movimentos destinados a defender o consumidor, principalmente nos países em pleno desenvolvimento industrial, como a França, Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos. Entretanto, somente em 1960 que o consumidor foi elevado à condição de sujeito de direito protegido pelo Estado.

Tal fato teria ocorrido por iniciativa do então Presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, após protestos de consumidores contra Ford em razão de acidentes causados por seus veículos na época, encaminhou, em 15 de março de 1962, Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre Proteção dos Interesses dos Consumidores (*Special Message to the Congress on Protecting Consumer Interest*) (2014, p. 5), afirmando que:

Os consumidores, por definição, incluem todos nós. Eles são o maior grupo econômico da economia, afetando e afetados por quase todas as decisões econômicas públicas e privadas. Dois terços de todos os gastos na economia são de consumidores. Mas eles são o único grupo importante na economia que não é efetivamente organizado, cujas opiniões muitas vezes não são ouvidas (KENNEDY, 1962, tradução nossa).

Em que pese os movimentos ocorridos no exterior, no Brasil, a discussão sobre a importância da proteção do consumidor somente veio a ter início após a segunda metade da década de 1980, período marcado por hiperinflação e pelo Plano de Estabilidade Econômica de 1986.

Em 1988, não se esquecendo do caráter limitado da norma institucionalizada, a Constituição da República enfim prescreveu ser dever do Estado promover a defesa do consumidor.

A Constituição da República de 1988 estatuiu em seu artigo 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Não só, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 48, dispõe que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Verifica-se que a Constituição da República não só impôs ao Estado o dever de proteção do consumidor, como também criou um prazo para a regulamentação e defesa de tais direitos.

Com isso, fez surgir no Brasil, em 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, considerado por muitos como um marco na proteção do consumidor, pois reuniu no ordenamento jurídico brasileiro uma série de princípios e direitos em vista do consumidor em todas as relações de consumo.

A autonomia da vontade que antes era primada e protegida, com o código consumerista foi mitigada em razão do status de normas de ordem pública que hoje o sustenta.

O Código de Defesa do Consumidor veio para trazer proteção à parte vulnerável da relação contratual. A vulnerabilidade vem sendo medida tanto pela doutrina, quanto pela consolidada jurisprudência, sob o ponto de vista econômico, jurídico, informacional e técnico.

Conforme analisado, o que antes era marcado pela autonomia da vontade, característica das relações privadas, foi mitigada para a proteção do consumidor quando diante de sua vulnerabilidade.

Entretanto, tal fato vem trazendo inúmeras influências sobre o direito empresarial, sobretudo em razão da tese construída pelos Tribunais Pátrios baseada na possibilidade de se admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor mesmo quando não verificada a relação de consumo entre empresários.

O entendimento pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor mesmo quando diante de pessoas jurídicas que se utilizam do produto ou serviço para o desenvolvimento de sua atividade foi bastante debatido pelos Tribunais quando consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com isso, o que antes não passava de uma construção jurisprudencial pelos Tribunais de Justiça brasileiros, hoje se encontra pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça o surgimento de uma teoria denominada de Teoria Finalista Aprofundada que nada mais é do que a ampliação do conceito de consumidor para embarcar as pessoas jurídicas não qualificadas com consumidoras nos termos legais.

Historicamente, as relações jurídicas eram pautadas na igualdade e vontade de contratar, bem como na força obrigatória dos contratos, seja na esfera consumerista, ou empresarial.

Embora não se negue que os citados preceitos ainda vigoram no nosso ordenamento jurídico, deve-se admitir que foram rigorosamente relativizados, principalmente em função da defesa dos mais vulneráveis.

3 – CONCEITOS INTRODUTÓRIOS.

3.1 – ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Com o advento do Código Consumerista, o mesmo passou a regular todas as relações desta natureza, de modo que as demais seriam regulamentadas pelas demais leis existentes no ordenamento pátrio.

Dito de tal modo, para que se possa falar na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, primeiro faz-se necessária a identificação dos seus componentes, aqueles que integram a relação de consumo.

Os elementos subjetivos da relação de consumo dizem respeito justamente às partes que integram um dos polos destas relações, por sua vez, os elementos objetivos são os produtos ou serviços presentes no mercado de consumo.

3.1.1 – Elementos Subjetivos da Relação de Consumo

3.1.1.1 – Consumidor

O conceito de consumidor encontra-se previsto expressamente disposto no artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

De uma simples análise do conceito acima transcrito, observa-se que o mesmo não faz distinção entre consumidor pessoa física e pessoa jurídica, de modo que é plenamente possível a pessoa jurídica estar diante de uma relação de consumo, até porque se encontra expresso no mencionado artigo.

Importante destacar que o presente trabalho não busca negar que a pessoa jurídica possa ser ou não consumidora, haja vista a existência de previsão legal, mas o estudo do finalismo aprofundado consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, o conceito de consumidor não exclui a pessoa estrangeira de tal modo que esta pode valer-se do microssistema consumerista para a defesa dos seus interesses.

Para fins didáticos, importante destacar a exemplificação dada por Tartuce (2018, p. 89):

Admite-se que o consumidor seja pessoa nacional ou estrangeira. Em relação ao último, imagine-se o caso de um turista, em férias no Brasil, que fica intoxicado com um alimento consumido na praia ou em um restaurante, podendo demandar os agentes causadores do dano com base na responsabilidade objetiva prevista pela Lei 8.078/1990.

Neste interim, a despeito da existência de uma nacionalidade diversa da brasileira, quando no Brasil, pode o estrangeiro valer-se do Código de Defesa do Consumidor para a defesa dos seus direitos quando violados por condutas vedadas pelo referido Código.

Feitas essas considerações, o principal elemento de identificação do consumidor consiste em enquadrá-lo como destinatário final do bem ou serviço.

O enquadramento do indivíduo como consumidor como destinatário final passou a ser uma importante fonte de estudo para a doutrina consumerista de modo que possibilitou o surgimento de inúmeras teorias para a sua qualificação as quais passamos a estudar com enfoque para a doutrina da Claudia Lima Marques (2006, p.302-319) que, por ser uma das maiores referências do direito do consumidor no país, é utilizada como fundamento teórico nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

a) Teoria Finalista

Conforme tratado anteriormente, a definição do conceito de consumidor é fundamental para a definição da relação de consumo possibilitando a identificação da parte vulnerável com o objetivo de possibilitar o uso do microssistema consumerista.

A teoria finalista, segundo Marques (2006, p. 303), apresenta uma interpretação restritiva do termo “destinatário final” presente na parte final do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo a autora, para os adeptos da teoria finalista, “o destinatário final é o destinatário fático e econômico do bem ou serviço” (2006, p. 304) significa dizer que não basta a sua mera retirada do mercado de consumo, mas sim que mesmo não seja incorporado para uso profissional, pois nestes casos não haveria o rompimento da atividade econômica.

Importante destacar que a referida teoria não afasta a possibilidade da pessoa jurídica ser consumidora, mas sim que o consumidor, em tais casos, seja o destinatário final fático e econômico, excluindo-se o consumidor intermediário.

Flavio Tartuce (2018, p.89) ao tratar do conceito acima analisado, buscou conceituar os termos “destinação final fática” e “destinação final econômica”.

Para o autor, o consumidor destinatário final fático é “o consumidor é o último da cadeia de consumo, ou seja, depois dele, não há ninguém na transmissão do produto ou do serviço”. Noutro sentido, o consumidor destinatário econômico seria aquele que “não utiliza o produto ou o serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa”.

Portanto, para a teoria finalista, será consumidor, seja pessoa jurídica ou física, e, por consequência, vulnerável e merecedor da tutela com base na legislação consumerista, aquele que retira o bem ou o serviço da cadeia de consumo não o utilizando para fins profissionais e lucrativos.

b) Teoria Maximalista

Ao contrário da corrente finalista, que buscava a identificação do consumidor com base na destinação do bem ou serviço, os maximalistas possuem um campo de abrangência irrestrito de modo a afirmar que o Código de Defesa do Consumidor seria o novo instrumento geral que regulamentaria o mercado de consumo, mesmo para consumidores profissionais (fáticos e não econômicos).

Sobre o tema, aponta Lima Marques (2006, p. 304):

Os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código Geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores.

Percebe-se que para essa teoria, o consumidor seria aquele destinatário fático de modo que não é preciso perquirir se o bem ou serviço é reincorporado na cadeia de consumo para fins lucrativos, bastando apenas que o mesmo seja, em primeiro momento, o produto seja retirado da cadeia de consumo.

c) Teoria Finalista Aprofundada

A teoria finalista aprofundada é fruto dos estudos de Claudia Lima Marques que, conforme destacado anteriormente, é uma das maiores referências em matéria de Direito do Consumidor na doutrina brasileira.

A mencionada teoria seria uma espécie de aperfeiçoamento da teoria finalista acima estudada, um estudo mais aprofundado do conceito de destinatário final contido no artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que difere da objetividade da teoria finalista.

Para a autora (2006, p. 319), quando o contrato é celebrado por profissionais parte-se do pressuposto de que em tal relação existe um equilíbrio contratual, ou seja, por serem todos iguais, inexistem, no campo das teses, uma vulnerabilidade a ser minimizada.

Todavia, continua afirmando que, inobstante o contrato seja celebrado entre profissionais, o que restaria excluída a aplicação do Código de Defesa do Consumidor pela Teoria Finalista, a mesma entende que ainda assim seria possível a aplicação da legislação em comento quando verificada uma situação de “vulnerabilidade” decorrente de um desequilíbrio contratual.

Neste sentido, são os ensinamentos da jurista:

Como observamos, por vezes o profissional é um pequeno comerciante, dono de bar, mercearia, que não pode impor suas condições contratuais ao fornecedor de bebidas, ou que não compreende perfeitamente bem as remissões feitas a outras leis no texto do contato, ou que, mesmo sendo um advogado, assina o contrato abusivo do único fornecedor legal de computadores, pois confia em que nada ocorrerá de errado. Nestes três casos, pode haver uma exceção à regra geral, o profissional pode também ser “vulnerável”, ser “mais fraco” para se proteger do desequilíbrio contratual imposto.

Sendo assim, para os que comungam deste entendimento, a despeito da relação ser de natureza comercial, por exemplo, seria possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso quando verificada a situação de vulnerabilidade.

Nesse contexto, conforme preceitua Tartuce (2018, p. 95), “Há, portanto, um tempero na teoria maximalista (teoria maximalista temperada, aprofundada ou mitigada), conjugando-a com a teoria finalista”.

Importante frisar que a referida teoria encontra-se consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça em seus diversos julgados envolvendo a matéria, inclusive os mais recentes, conforme estudaremos no presente trabalho.

3.1.1.2 – Fornecedor

O conceito de fornecedor encontra-se previsto no *caput* do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, cujo conteúdo transcrevemos:

Fornecedor é 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.

Importante destacar que ao tratar de fornecedor, o Código o utiliza como em *lato sensu* de modo a englobar em um único termo o fornecedor de produtos quanto o prestador de serviços. Com a lição, Flavio Tartuce ensina que (2018, p.81) “a palavra *fornecedor* está em sentido amplo, a englobar o *fornecedor de produtos* – em sentido estrito – e o *prestador de serviços*”.

Verifica-se que o Código ao tratar de forma genérica o conceito de fornecedor, o fez de modo a impossibilitar a exclusão de qualquer variável de pessoa jurídica, conforme ensina Rizzatto Nunes (2018, p. 134):

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.

Podemos verificar que o Código de Defesa do Consumidor utilizou do termo genérico de fornecedor para designar o maior número possível de integrantes da relação de consumo, com o objetivo de viabilizar a parte mais vulnerável, consumidor, a defesa dos seus direitos com mais facilidade.

Percebe-se do artigo acima transcrito que, apesar de que por uma razão lógica tendemos a relacionar a figura do fornecedor à de uma pessoa jurídica, o artigo 3º expressamente prevê que a pessoa física pode ser considerada fornecedora para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

No que respeita à pessoa física, tem-se, em primeiro lugar, a figura do profissional liberal como prestador de serviço e que não escapou da égide da Lei n. 8.078. Apesar da proteção recebida da lei (o profissional liberal não responde por responsabilidade objetiva, mas por culpa — cf. o § 4o do art. 14, não há dúvida de que o profissional liberal é fornecedor.

Há, ainda, outra situação em que a pessoa física será identificada como fornecedora. É aquela em que desenvolve atividade eventual ou rotineira de venda de produtos, sem ter-se estabelecido como pessoa jurídica (2018, p.137).

Para a caracterização do fornecedor seja possível, é importante que a atividade desenvolvida seja típica, ou ao menos eventual, de modo que não se enquadrando em tais casos, o negócio jurídico existente deverá ser regulado pelo direito civil ou comercial (NUNES, p. 2018, 135).

Têm se, então, atividade típica e atividade eventual. Assim, o comerciante estabelecido regularmente exerce a atividade típica descrita em seu estatuto. Mas é possível que o mesmo comerciante exerça uma atividade atípica, quando, por exemplo, age, de fato, em situação diversa da prevista, o que pode dar-se de maneira rotineira ou eventual. E a pessoa física vai exercer atividade atípica ou eventual quando praticar atos do comércio ou indústria (2018, p.134).

A título de exemplificação, mencionamos um contrato de compra e venda assinado por uma pessoa física comum e um terceiro, cujo objeto é a venda de um carro que outrora pertencia ao primeiro. Neste caso, inexistente a figura do fornecedor, haja vista que a venda de um carro não está inserida na atividade do alienante (2018, p.135).

Destacamos ainda outro exemplo dado pela doutrina de Rizzatto Nunes (2018, p. 135):

Se uma loja de roupas vende seu computador usado para poder adquirir um novo, ainda que se possa descobrir no comprador um “destinatário final”, não se tem relação de consumo, porque essa loja não é considerada fornecedora. A simples venda de ativos sem caráter de atividade regular ou eventual não transforma a relação jurídica em relação jurídica de consumo.

Entretanto, ressalva o autor que a mesma situação consiste na venda de um computador pela loja de roupas pode ser configurada como sendo de consumo quando a pessoa jurídica passar a fazer da venda de computadores uma atividade regular com o objetivo de aferir lucros.

Para Claudia Lima Marques (2006, p. 393), identificar a figura do fornecedor com base na habitualidade é medida acertada, haja vista que, para a autora, o Código consumerista, ao criar direitos para os consumidores, de modo reflexo, criar deveres para os fornecedores.

Neste sentido, parece-nos consolidado na doutrina a identificação da figura do fornecedor com base na habitualidade da atividade exercida pela pessoa física ou jurídica a partir da qual

se chegará à conclusão se estamos diante de uma relação de natureza consumerista, civil ou empresarial.

3.1.2 – Elementos Objetivos da Relação de Consumo

3.1.2.1 – Produto

Conforme visto, os elementos subjetivos da relação de consumo consistem nas partes que integram a relação negocial, seja a figura do fornecedor de produtos, prestador de serviços, seja a figura do consumidor, sujeito vulnerável e carecedor da proteção especial.

Por outro lado, os elementos objetivos da relação de consumo dizem respeito ao objeto do negócio, isto é, o produto ou o serviço.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, parágrafo primeiro, traduz como sendo produto qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Percebe-se que, em primeiro momento, a lei estabelece que produto pode ser qualquer bem móvel, ou seja, passível de transporte sem que a sua integridade seja comprometida. Ademais, o 79, do Código Civil de 2002, esclarece que “são os bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

Sobre o tema, ensina Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 297):

Esse conceito, verdadeiro em outros tempos, vale hoje para os imóveis propriamente ditos ou bens de raiz, como o solo e suas partes integrantes, mas não abrange os imóveis por determinação legal, nem as edificações que, separadas do solo, conservam sua unidade, podendo ser removidas para outro local (CC, arts. 81, I, e 83). O avanço da engenharia e da ciência em geral deu origem a modalidades de imóveis que não se ajustam à referida definição.

Além dos bens imóveis previstos no artigo 79, do Código Civil, quais sejam, o solo e tudo a ele incorporado, seja de forma natural ou artificial, o artigo 80, do mesmo diploma legal, prescreve que os direitos reais sobre imóveis, as ações que os asseguram, bem como o direito à sucessão aberta, também são bens imóveis para efeitos legais.

Desse modo, além dos assim considerados para os efeitos legais, são bem imóveis, segundo o atual Código Civil, o solo e tudo quanto se

lhe incorporar natural ou artificialmente, ou seja, o solo e suas acessões, que podem ser naturais ou artificiais. Podem, portanto, os bens imóveis em geral ser classificados desta forma: imóveis por natureza, por acessão natural, por acessão artificial e por determinação legal (GONÇALVES, 2018 p. 297).

Por sua vez, os bens móveis encontram-se conceituados no artigo 82, também do Código Civil, segundo o qual os bens móveis “são aqueles suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

Sendo assim, a diferenciação basilar entre os bens imóveis e móveis, consiste na possibilidade de se transportar o bem, isto é, conduzi-lo de um lugar para outro sem que haja uma alteração em sua substância, ou de sua destinação econômica-social.

Por fim, a lei também trouxe os bens materiais e imateriais como sendo produtos da relação de consumo. Sobre tais bens, ensina Flavio Tartuce (2018, p. 112):

O produto pode ser um bem material (corpóreo ou tangível) ou imaterial (incorpóreo ou intangível). Como ilustração do primeiro, vejam-se as hipóteses agora há pouco mencionadas, de aquisição do veículo e do apartamento. Como bem imaterial, destaque-se o exemplo do lazer, que envolve uma plêiade de situações contemporâneas.

Interessante discussão é trazida por Alessandro da Cruz (2013) sobre os bens imateriais e o direito de arrependimento previsto no Código de Defesa do Consumidor quando se tratar de bens imateriais eletrônicos adquiridos pela internet.

Sabe-se que inúmeros produtos são colocados a disposição do consumidor pela internet. Dito isso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 49, prevê que aquele possui o prazo de 07 (sete) dias, a contar da assinatura ou do recebimento do produto ou serviço, para desistir do negócio sempre que a aquisição ocorrer fora do estabelecimento comercial.

Sendo assim, aduz o autor que o direito de arrependimento em tais casos não é absoluto, pois o uso do bem por 07 (sete) dias, em se tratando de bens imateriais, pode esgotar o fim a ele destinado. Citamos:

O mesmo se aplica ao caso de bens imateriais, como filmes, jogos, músicas etc. Ao final de sete dias após comprar uma música ou um filme, pode-se dizer que o consumidor já viu o filme e ouviu a música inúmeras vezes. Os jogos eletrônicos também já terão sido jogados por muitas vezes. Se aplicarmos o direito de arrependimento ao pé da letra, mesmo após utilizar o bem exaustivamente, o bem poderá ser devolvido e o dinheiro, ressarcido. Dessa forma, o consumidor pode comprar um filme, assistir e pedir seu dinheiro de volta e assim sucessivamente.

Não só filmes, jogos e musicas podem ser considerados como bens imateriais, como também programas de computadores e *softwares*, os quais também podem ser encontrados com extrema facilidade no meio eletrônico.

Sendo assim, além dos bens materiais, que em sua maioria, encontram-se inseridos nos bens móveis e imóveis, os bens imateriais também são considerados produtos para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.2.2 – Serviço

O Código de Defesa do Consumidor trabalha com o conceito de serviço no parágrafo segundo, do artigo 3º, segundo o qual “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Primeiro, destacamos que o Código de Defesa do Consumidor inclui os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária entre os quais são passíveis de aplicação do referido Código quando verificada a relação de consumo.

Em relação à expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor, leciona Rizzatto Nunes (2014, p. 191):

A norma faz uma enumeração específica, que tem razão de ser. Coloca expressamente os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, antecidos do advérbio “inclusive”. Tal designação não significa que existia alguma dúvida a respeito da natureza dos serviços desse tipo. Antes demonstra, mais uma vez, a insegurança do legislador, em especial, no caso, preocupado que os bancos, financeiras e empresas de seguro conseguissem, de alguma forma, escapar do âmbito de aplicação do CDC.

É bem verdade que inobstante a literalidade do artigo, inúmeros debates foram travados nos Tribunais Pátrios questionando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias.

De todo modo, em 2004 o Superior Tribunal de Justiça pôs fim a discussão firmando o entendimento segundo o qual “Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, nos termos da Súmula 294 do referido Tribunal.

Todavia, cuidados são necessários para a interpretação do enunciado acima transcrito, haja vista que a aplicação do mesmo não pode ocorrer considerando a mera literalidade dos seus termos, pois para que haja a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em tais casos é imprescindível que primeiro se verifique se há uma relação de consumo.

Neste sentido, inexistindo a relação de consumo, não haveria a subsunção das instituições financeiras ao Código de Defesa do Consumidor, isto é, a pré-existência de uma relação de consumo é condição *sine qua non* para a aplicação do Código, conforme bem adverte Marchi e Marques (2004):

O enunciado sumular pode ser usado de forma leviana para que o CDC fosse aplicado indistintamente e de forma genérica a toda e qualquer operação bancária, o que não pode ser admitido pelo STJ. A aplicação de súmulas deve ser restrita às hipóteses dos precedentes que a fundamentaram, sob pena de desvirtuamento da aplicação da Súmula, cuja mera citação pelo número correspondente, segundo a regra do artigo 124 do RISTJ, “*dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.*”

Os precedentes que levaram à edição da Súmula 297, em sua maioria, referem-se a operações bancárias (contratos de caderneta de poupança, contratos de abertura de crédito, etc), nas quais o banco e o tomador podem efetivamente ser considerados, respectivamente, “fornecedor” e “consumidor”. Entretanto, destaca-se um dos acórdãos mencionados como precedente jurisprudencial (RESP nº 175.795-RS) no qual o próprio acórdão recorrido menciona expressamente que o contrato de mútuo celebrado entre a instituição financeira e a indústria de roupas tinha por escopo a obtenção de capital de giro, o que afastaria a classificação legal desta como destinatária final, isto é, consumidora.

A verificação da destinação final do serviço bancário é imprescindível para a aplicação do enunciado o que não se verifica nos casos de capital de giro, conforme mencionado alhures, haja vista que em tais casos o valor creditado é investido na própria atividade desenvolvida pelo empresário de modo a viabilizar o seu desenvolvimento.

Voltando à análise do parágrafo segundo, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, constata-se que o mesmo ao traduzir a ideia de “serviço” o fez expondo que seria toda atividade fornecida no mercado de consumo, “mediante remuneração”.

Ao empregar o termo “mediante remuneração”, cria-se uma discussão no sentido de que, se o serviço fosse gratuito, o não seria regido pelo Código de Defesa do Consumidor, pois nessas situações haveria uma excludente inserida no próprio parágrafo.

Todavia, a interpretação não verdadeira, conforme bem assevera Flavio Tartuce (2018, p. 126):

De início, cumpre esclarecer que, apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista. Como primeiro exemplo, invoca-se o caso do estacionamento gratuito em lojas, *shoppings centers*, supermercados e afins, respondendo a empresa que é beneficiada pelo serviço, que serve como atrativo aos consumidores.

Desta forma, mesmo que o fornecedor em sentido amplo não tenha uma vantagem imediata, admite que o mesmo a receba indiretamente, em razão da persuasão que o serviço “gratuito” gera nos consumidores ao induzir a sua aquisição.

Portanto, conclui-se que serviço, conforme disposto na lei, é toda atividade fornecida no mercado de consumo de forma onerosa ou gratuita, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista, neste último caso, regidas por legislação especial, com destaque para a Consolidação das Leis do Trabalho.

3.2 – HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE: NECESSÁRIA DISTINÇÃO.

Vem-se falando no presente trabalho sobre a hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor e do empresário, de acordo com a teoria finalista aprofundada. Entretanto, questiona-se, seriam as duas expressões sinônimas? Resposta que se faz necessária.

Sabe-se, conforme já esposado alhures, o Código de Defesa do Consumidor veio para regular as relações existentes entre fornecedores de produtos ou serviços e seus respectivos consumidores. Em tais relações, recai sobre o consumidor uma presunção de sua vulnerabilidade, seja técnica, jurídica, econômica ou informacional.

Neste sentido, ensina o Flavio Tartuce (2017, p.38):

Sintetizando, constata-se que a expressão *consumidor vulnerável é pleonástica*, uma vez que todos os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário. Para concretizar, de acordo com a melhor concepção consumerista, uma pessoa pode ser vulnerável em determinada situação – sendo consumidora –, mas em outro caso concreto poderá

não assumir tal condição, dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso concreto.

O código consumerista, no mesmo sentido, em seu artigo 4º, inciso I, dispõe que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores tendo como princípio norteador o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

A vulnerabilidade é tratada pela doutrina em seu sentido amplo sendo subdividida em espécies: vulnerabilidade técnica, jurídica (científica) e a fática (socioeconômica).

A primeira vulnerabilidade (técnica) é tratada como a incapacidade do consumidor de ter conhecimentos pormenorizados sobre o produto ou serviço. Segundo Leonardo Garcia (2017, p. 41), o consumidor tecnicamente vulnerável é mais suscetível à ilusão no momento da contratação.

Continua o autor (2017, p.41) que a vulnerabilidade jurídica (científica) consiste inexistência, ou o conhecimento insuficiente sobre os aspectos jurídicos da relação. Porém, essa vulnerabilidade não se restringe apenas ao desconhecimento jurídico propriamente dito, haja vista que também pode ser estendido para as demais áreas do saber, como, por exemplo, contabilidade e economia.

Por sua vez, a vulnerabilidade fática, afirma Garcia (2017, p. 41) que esta está estritamente relacionada ao monopólio do fornecedor, à essencialidade do serviço prestado, ou, até mesmo, em razão da sua posição de superioridade.

Finalmente, a vulnerabilidade também é tratada em seu aspecto informacional. Tal vulnerabilidade também é defendida por Claudia Lima Marques, conforme afirma Leonardo Garcia (2017, p.41), nesses termos:

Recentemente, Cláudia Lima Marques ainda aponta outro tipo de vulnerabilidade: a informacional. Embora reconheça-a como espécie de vulnerabilidade técnica, a autora dá destaque à necessidade de informação da sociedade atual. Para ela, as informações estão cada vez mais valorizadas e importantes e, em contrapartida, o déficit informacional dos consumidores está cada vez maior. Assim, de modo a compensar este desequilíbrio, deve o fornecedor procurar dar o máximo de informações ao consumidor sobre a relação contratual, bem como sobre os produtos e serviços a serem adquiridos. Nesse sentido, hoje em dia, algumas informações não podem deixar de acompanhar a relação de consumo, seja sendo prestada de forma clara e precisa pelo fornecedor diretamente ao consumidor, seja acompanhando o produto nas embalagens.

Por outro lado, enquanto na vulnerabilidade se verifica no campo material, tal fato não ocorre quanto à hipossuficiência. A hipossuficiência deve ser compreendida em uma situação de fato, *in concreto*, isto é, pode-se afirmar que todo consumidor é vulnerável, todavia, nem todo consumidor é hipossuficiente.

A doutrina vem distinguindo a hipossuficiência entre fática e jurídica. A primeira diz respeito à capacidade socioeconômica do indivíduo, *in casu*, consumidor, ao passo que a segunda, hipossuficiência jurídica, baseia-se na capacidade do consumidor de produzir as provas necessárias para a defesa em juízo.

O reconhecimento judicial da hipossuficiência deve ser feito, destarte, à luz da situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor (hipossuficiência fática). Todavia, a hipossuficiência fática não é a única modalidade contemplada na noção de hipossuficiência, à luz do art. 4º da Lei de Introdução. Também caracteriza hipossuficiência a situação jurídica que impede o consumidor de obter a prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado (hipossuficiência técnica). Explica-se. Muitas vezes o consumidor não tem como demonstrar o nexo de causalidade para a fixação da responsabilidade do fornecedor, já que este é quem possui a integralidade das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço defeituoso. (LISBOA, p.90, apud TARTUCE, 2017, p.38.).

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, prevê, entre outros direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, quando verificada a verossimilhança de suas alegações ou a sua hipossuficiência.

Portanto, a hipossuficiência é regra de inversão do ônus processual devendo ser suficientemente comprovada na relação processual instaurada.

Sobre o tema, embora seja de importância considerável para as relações jurídicas regidas pelas leis consumeristas, a jurisprudência não faz maiores distinções entre os termos. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema na oportunidade do julgamento do Recurso Especial nº 1325487/MT, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28/08/2012, externando o seguinte entendimento:

A hipossuficiência a referida pela Lei 8.078/90 na parte em que trata da possibilidade de inversão do ônus da prova está relacionada, precisamente, com o exercício dessa atividade probatória, devendo ser compreendida como a dificuldade, seja de ordem técnica seja de ordem econômica, para se demonstrar em juízo a causa ou a extensão do dano.

Feito estas distinções, questiona-se, seria o empresário vulnerável ou hipossuficiência? Na infeliz sorte, a jurisprudência, nem mesmo a doutrina, fazem tal distinção para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações empresárias.

Conforme será estudado ainda no presente trabalho, Fabio Ulhoa Coelho desenvolve que o desequilíbrio nas relações empresárias não decorre de uma vulnerabilidade ou hipossuficiência, mas da “dependência empresarial”. Havendo uma sujeição de um empresário para com outro, haverá nesta relação uma sujeição empresarial.

Sendo assim, fazendo uso de tais premissas, não se pode afirmar que um empresário é vulnerável, haja vista que não existe tal presunção em relação ao mesmo.

Conforme dito, a vulnerabilidade decorre de uma presunção legal em benefício do consumidor, o que não se verifica nas relações empresárias. A premissa decorre do ônus de conhecimento de mercado que recai sobre o empresário, ou seja, deve o empresário conhecer todas as variantes existentes no mercado empresarial. Daí dizer que não existe assimetria nas relações mercantis.

Por outro lado, mesmo se cogitando na hipótese de existir empresário hipossuficiente, o próprio ordenamento jurídico prevê meios para suprimir a desigualdade processual.

No que se refere à hipossuficiência fática, isto é, econômica, o Código de Processo Civil, em seu artigo 98, que trata da gratuidade da justiça, expressamente fixou que tanto a pessoa natural, quanto a jurídica, seja ela nacional ou estrangeira, pode ser beneficiária da gratuidade da justiça quando comprovada a insuficiência de recursos para o pagamento das custas, honorários advocatícios e demais despesas processuais.

O Código de Processo Civil não faz distinção se a parte que recorre ao benefício é um empresário, ou consumidor, basta que o mesmo comprove a situação de hipossuficiência.

Já esclarecemos no presente que o empresário, quando verificado no caso concreto, pode ser considerado consumidor e passar a ter direito a todos os benefícios inerentes a este.

Noutro giro, quanto à comprovação das alegações em juízo, recai sobre o indivíduo o ônus da prova, isto quer dizer que o ônus da prova incumbe a quem alega. Assim, deve-se dizer que o ônus da prova é uma técnica de julgamento de modo que, ao proferir uma decisão de mérito, o

juiz deve verificar se as alegações foram suficientemente comprovadas sob pena de proferir decisão contrária a ela.

Inobstante o ônus da prova seja a regra, o Código de Processo Civil trouxe uma inovação legislativa ao estabelecer aquilo que a doutrina vem identificando como “distribuição dinâmica do ônus da prova”.

Pois bem, a distribuição dinâmica do ônus da prova consiste na possibilidade do juiz, por decisão fundamentada redistribui o ônus da prova para recair sobre aquele que tenha maior facilidade para a produção da prova (em contrário), quando verificada a impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo. Sobre o tema em debate, imperiosa a lição do professor Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 253):

Dito de outro modo, o que se tem aí é a previsão da possibilidade de uma redistribuição dos ônus probatórios por decisão judicial (*ope iudicis*), a ser feita sempre que o juiz verificar que o encargo recai sobre parte que não teria condições de produzir a prova (por ser impossível ou excessivamente difícil obtê-la). A questão é que em alguns casos é muito difícil ou até mesmo impossível para uma das partes produzir determinada prova e, como é dela o ônus probatório, a parte adversária estabelece como estratégia simplesmente nada fazer, nenhuma prova produzir, sabendo que a insuficiência de material probatório levará a um resultado que lhe será favorável (e, evidentemente, desfavorável à parte sobre quem recaía o ônus da prova).

Neste diapasão, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio possui mecanismos de proteção para o hipossuficiente quando restar manifestadamente comprovada a sua hipossuficiência.

Ao contrário do estudado, o Superior Tribunal de Justiça, quando consolidou o entendimento pela proteção do empresário sob o manto do Código de Defesa do Consumidor não se manifestou quanto a estas imperiosas distinções.

Em concordância com o aprofundado, não existe nas relações empresariais a vulnerabilidade do empresário, pois inexistente uma relação assimétrica em decorrência do ônus de conhecimento de mercado. Por outro lado, mesmo nas hipóteses de hipossuficiência do empresário decorrente da impossibilidade financeira ou probatória, o ordenamento jurídico brasileiro prevê técnicas para a sua superação.

Não é estranho o porquê do Código de Processo Civil, em seu artigo 98 prescrever que, tanto as pessoas naturais quanto jurídicas possuem o direito à gratuidade da justiça quando comprovada a insuficiência de recurso.

Tal circunstância também ocorre quando restar comprovada a impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo do ônus da prova ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, permitindo-se a distribuição de modo diverso ao disposto na regra geral.

Ora, sendo possível a concessão do benefício da gratuidade da justiça, bem como a inversão dinâmica do ônus da prova quando verificada, *in concreto*, a impossibilidade de quem originariamente o recairia, não há justificativas para a equiparação do empresário, quando adquire produtos ou serviços para viabilizar o desenvolvimento de sua atividade, ao conceito de consumidor e, via reflexa, a incidência do respectivo código protetor.

Importante consignar que decorre da aplicação do Código de Defesa do Consumidor inúmeras consequências, tais como a inversão legal do ônus da prova, ou seja, a inversão do *onus probandi* não decorre de uma decisão judicial devidamente fundamentada, mas sim da própria lei, dano moral *in re ipsa*, em determinados casos, dentre outras consequências derivadas do código que se justificam para as relações de consumo, não para as privadas mercantis.

Importante consignar que o Superior Tribunal de Justiça ao identificar a figura do empresário como consumidor mesmo na hipótese de inexistir relação de consumo o faz baseando-se em uma análise de vulnerabilidade e hipossuficiência, conforme vimos.

Todavia, sabe-se que a vulnerabilidade e hipossuficiência não são elementos de identificação da relação de consumo. Ao revés, para a caracterização da relação de consumo, imperiosa a análise do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Somente é possível afirmar a existência de uma relação de consumo quando verificada a figura do consumidor como destinatário final do bem ou serviço, tanto no seu viés fático quanto econômico.

O Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e aplaudido por parte da doutrina, não identifica a relação de consumo com base na vulnerabilidade e hipossuficiência, mas sim na identificação da figura do consumidor como destinatário final.

4 – CONTRATOS EMPRESARIAIS E CONTRATOS CONSUMERISTAS

4.1 – NOÇÕES GERAIS

Segundo FINKELSTEIN (2016, p.266), os contratos podem ser definidos “como um acordo de vontades que cria, modifica ou extingue relações jurídicas de conteúdo patrimonial”. Afirmar ainda que “contrato estabelece um vínculo entre as pessoas em virtude do qual são exigíveis prestações. É, portanto, fonte de obrigações”.

Assim como outras áreas do direito, o contratual não foge à regra existindo em sua teoria alguns princípios utilizados como norte para o seu desenvolvimento, como a autonomia da vontade, função social dos contratos, força obrigatória, bem como o princípio da boa-fé contratual.

Com o advento do Código Civil, houve no direito brasileiro uma uniformização do Direito Privado. Unificou-se em um único instrumento legal todo o tratamento envolvendo particulares, incluindo as relações empresariais.

Entretanto, não se deve cometer o erro de se imaginar a ausência de autonomia do direito empresarial. Inobstante o tratamento em conjunto em um mesmo código, o direito empresarial manteve a sua autonomia e tratamento especial em relação às demais matérias tratadas no Código Reale.

Não se pode esquecer que a aplicação do Código Civil já há muito tempo é admitida no direito empresarial quando ainda vigente o Código Comercial de 1850, ressalvada a segunda parte (Comércio Marítimo, ainda vigente).

O Código Comercial de 1850, em seu revogado artigo 121, dispusera e “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”.

Sobre o tema, importante destacar as lições de VENOSA e RODRIGUES (2016, p.04)

O Código Civil de 2002, seguindo o modelo italiano, unificou o direito privado, trazendo a regulamentação do então Código Comercial para seu bojo. Não nos parece que tenha sido a solução mais acertada, em época legislativa governada maiormente por microssistemas. Trata-se de unificação legislativa para fins didáticos,

não retirando a autonomia do velho direito comercial, hoje denominado direito de empresa.

Sendo assim, não pairam dúvidas acerca da autonomia do direito empresarial frente ao direito privado regulado pelo Código Civil incluindo as espécies contratuais previstas neste Código.

Entretanto, a distinção entre contratos empresariais e consumeristas é de suma importância para o estudo do direito, bem como para o presente trabalho.

Para configurar a existência de um contrato empresarial nos remetemos a própria teoria da empresa, que fundamenta toda a teoria do direito empresarial. Segundo ela, a caracterização do empresário e da relação empresarial dar-se-á pela forma de organização dos fatores de produção.

Neste sentido:

Pela teoria da empresa, toda atividade econômica exercida de forma organizada passa a contar com a tutela do direito comercial, abrangendo, inclusive, a atividade rural, a prestação de serviços, a atividade imobiliária e não obstante não regulamentado especificamente pelo Código Civil, o comércio eletrônico (VENOSA e RODRIGUES 2016, p.04).

O Código Civil de 2002, no mesmo sentido, adotou a teoria da empresa como elemento de identificação do empresário, nos termos do artigo 966, dispondo que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Fabio Ulhoa Coelho (2012, p. 94-100) ensina que a atividade econômica consiste na própria circulação do bem ou serviço com o fim de gerar lucro para quem a exerce. Daí decorre que o objetivo do empresário é o lucro.

Neste diapasão, com vistas à teoria da empresa, é a atividade empresarial o elemento de identificação das relações empresariais e a caracterização dos seus contratos. Se um indivíduo, empresário, celebra um contrato com o objetivo, ainda que indireto, de fazer circular um bem ou serviço, caracterizado está o contrato empresarial.

Por contrato empresarial há de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. (...) O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não subjetivo-objetivo. (FINKELSTEIN, 2016, apud AZEVEDO, 2008, p. 185-186).

De acordo com o Projeto de Lei nº 1.572/2011, que institui o Código Comercial, de autoria do Deputado Vicente Candido (PT-SP), em seu artigo 297, estabelece um conceito positivado para os contratos empresariais dispondo que “é empresarial o contrato quando forem empresários os contratantes e a função econômica do negócio jurídico estiver relacionada à exploração de atividade empresarial”.

No desenvolvimento da atividade empresarial, inúmeros contratos são celebrados visando à continuidade da empresa, cujos objetos são os mais variados a depender das necessidades do empresário contratante.

Para o exercício da atividade empresária, o empresário precisa de recursos que, muitas vezes, necessitam de serem adquiridos com outros empresários (fornecedores), como insumos, prestação de serviços técnicos e especializados e contratos de locações, por exemplo.

Quando celebrados, presume-se a igualdade dos contratantes. Explicamos, tem-se *a priori* que todos os contratantes possuem condições igualitárias em tais celebrações, possuem expertise necessária para avença, decorrente do ônus de conhecimento de mercado.

Neste sentido, nas relações contratuais no ramo do direito cível, aplicado também ao empresarial, prevalece o princípio da autonomia da vontade de contratar, isto é, as partes são livres para celebrarem os mais diversos contratos, típicos e atípicos, quando melhor lhes convierem.

O princípio da autonomia da vontade nos remete a outro não menos importante: o princípio da intangibilidade dos contratos¹ Decorre de tal princípio que nos contratos empresariais, as cláusulas contratuais vinculam os contratantes nos termos de suas disposições. “O Contrato faz lei entre as partes”.

Neste viés, nas relações empresariais, ninguém será obrigado a contratar, entretanto, uma vez optado por tal feito e cumpridas todas as formalidades legais, os contratantes estão vinculados aos seus termos, fazendo lei entre eles.

¹ “O princípio em epígrafe, também denominado princípio da intangibilidade dos contratos, representa a força vinculante das convenções. Daí por que é também chamado de princípio da força vinculante dos contratos” (GONÇALVES, CARLOS R. 2015, p. 48).

Se por um lado, prevalece a igualdade dos contratantes, o mesmo não se aplica ao direito do consumidor em sua plenitude, cujas relações são marcadas pela vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor-empresário.

Com o incentivo nas relações de consumo estimulado pela sociedade capitalista, viu-se a necessidade da criação de mecanismos de proteção do consumidor, haja vista que o princípio da autonomia das vontades, consagrado nas relações entre particulares, proporcionou a criação de um sistema contratual desigual.

Assim, o consumidor passou a ser considerado a parte vulnerável nas relações contratuais entre estes e os fornecedores de produtos ou serviços, o elemento mais fraco de toda a cadeia de produção, pois não possui a capacidade econômica, técnica, nem mesmo informacional quando comparado ao fornecedor-empresário.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, buscou proteger o consumidor, parte hipossuficiente das relações com os fornecedores, em razão de sua vulnerabilidade técnica, jurídica e fática (econômica, física e, inclusive psicológica) (MARTINS, 2016).

Decorre de tal vulnerabilidade uma relativização dos termos contratados sempre que houver uma conduta configurada como abusiva em face do consumidor, possibilitando assim, a revisão contratual.

Assim, Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso V, permite a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou sua revisão na hipótese de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Diferente ocorre com os contratos empresariais, os quais, conforme já descrito alhures, prevalece o princípio da intangibilidade, que prima pela sua conservação nos termos contratados, é facilmente justificado com base na segurança jurídica que se estabelece quando da celebração dos respectivos instrumentos.

Não se descarta a possibilidade de a pessoa jurídica configurar como consumidora nos diversos contratos que celebra. Entretanto, frisamos, para tal enquadramento é imprescindível que a pessoa jurídica seja a destinatária final do bem ou serviço.

Tal conclusão é possível com base no fato de que, não rompendo com a cadeia produtiva, mas destinando o produto ou serviço para a viabilização de sua atividade empresarial, estes

possuem natureza jurídica de insumos, cujo tratamento não deve ser o mesmo dado aos consumidores.

Em que pese às inúmeras tentativas jurisprudenciais, não se pode negar, nem mesmo relativizar tais contratos, pois se o bem ou serviço é destinado para promover a atividade empresarial, a sua natureza não pode ser entendida como de consumo.

Não se pode cogitar a mutação da natureza empresarial dos contratos em nome de uma proteção do mais vulnerável que, nas relações empresárias, não se verifica.

A construção de uma hermenêutica empresarial, principalmente em matéria contratual, não pode por em risco a existência das próprias relações que o sustentam. Conforme já salientado, a transformação de uma relação empresarial para consumerista fragiliza a segurança jurídica que a primeira impõe sobre os contratos celebrados.

Ao contrário das relações consumeristas, nas empresariais não se pode partir da premissa de existir uma posição de vulnerabilidade ou hipossuficiência entre os contratantes, pois, em abstrato, presume-se que os empresários possuem o dever de conhecimento do mercado.

4.2 – RELAÇÃO DE CONSUMO E RELAÇÃO EMPRESARIAL: DIFICULDADE DE DISTINÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Nos dias que correm, umas das mais árduas tarefas dos Tribunais Pátrios é a efetiva caracterização da relação de consumo e a distinção desta das demais relações existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A aplicação da Teoria Finalista Aprofundada não possui respaldo no Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 -, nem mesmo há previsão legal em ordenamento diverso, dando espaço para a discricionariedade judicial, a qual vem sendo limitada na atual dinâmica jurídica brasileira principalmente com a edição da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar a teoria finalista aprofundada em favor dos empresários não estabeleceu parâmetros de distinção para a hipótese de sua aplicação, restringindo-se a dizer que a mesma incide nos casos de vulnerabilidade do empresário.

Por se tratar de uma hipótese jurídica suscetível de interpretação por não existir previsão legal, isto é, quando haverá vulnerabilidade ou não, a consequência lógica são decisões respaldadas na discricionariedade judicial.

A discricionariedade judicial consiste em um suposto poder-agir do julgador que “ante uma ação judicial que não possa ser resolvida por uma regra formal de direito clara, estabelecida de antemão, o Judiciário teria “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (FACCI, 2012).

Entretanto, com a nova sistemática do Código de Processo Civil vigente, embora o dever de fundamentação decorra da Constituição de República de 1988, ao tratar dos elementos e efeitos da sentença, limitou aquilo que há muito vinha sendo aplicado em decisões proferidas pelos Tribunais Pátrios, o chamado “livre convencimento motivado”.

Neste sentido, o artigo 489, parágrafo 1º, inciso II, do Código de Processo Civil, estabelece que a decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, não será considerada fundamentada quando empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

O artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015 é um meio pelo qual se pode chegar a respostas corretas, ou seja, respostas constitucionalmente adequadas para cada demanda em específico. Portanto, é através desse dispositivo que se pretende combater a discricionariedade e o arbítrio judicial no CPC/2015. Garantindo, assim, o cumprimento do texto Constitucional de 1988 (artigo 93, IX) e a segurança jurídica, que é compreendida como o direito fundamental do cidadão receber, por parte do Poder Judiciário, uma resposta de acordo com a Constituição para a sua demanda (SOARES e FONTANIVE, 2018).

A relação de consumo será caracterizada sempre que houver uma avença entre um fornecedor e um consumidor. O primeiro é definido pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, que assim dispõe:

Fornecedor é 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.

Por sua vez, para a definição do conceito de consumidor, o código consumerista, pautado na teoria finalista, em artigo 2º, expõe que será consumidor aquele que utiliza o bem ou serviço como destinatário final.

Neste sentido, dispõe a referida legislação: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Em que pese à técnica adotada pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a mesma não se revela em toda correta, ou suficiente. Embora definido como destinatário final, o termo não satisfaz todas as interpretações possíveis culminado na existência de inúmeras teorias e princípios para nortear a sua aplicação.

A preocupação na distinção entre os conceitos de fornecedor e consumidor não se restringe somente ao Brasil. O Conselho da união Europeia, por meio da *Directiva 93/13/CEE*, de 05 de abril de 1993, em seu artigo 2º, define como consumidor “*qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional*”.

Note-se que na legislação alienígena acima transcrita, consumidor será aquele que celebra um contrato para fins outros que não seja a incorporação em sua atividade profissional.

A locução “destinatário final” contida no Código de Defesa do Consumidor brasileiro e a expressão “*fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional*” são expressões que, em tese, exprimem a mesma ideia, pois o destinatário final de um produto ou serviço só pode ser aquele que não os utilizam para a sua atividade profissional.

Outro interessante conceito encontrado na legislação internacional é previsto na *Consumer Protection Act*, de 2002, da província de Ontário, Canadá, que em sua parte primeira, destinada a interpretação e aplicação da referida lei, esboça que consumidor deve ser interpretado como sendo aquele que age para fins pessoais, familiares ou domésticos excluindo, portanto, os atos comerciais².

² “In this Act, “consumer” means an individual acting for personal, family or household purposes and does not include a person who is acting for business purposes; (“consommateur”)”

Nota-se que diferente da legislação interna, que identificou o consumidor como o destinatário final do bem ou serviço, as legislações estrangeiras foram especialmente específicas, excluindo expressamente os atos comerciais ou profissionais.

A princípio, não há relevantes diferenças entre a legislação brasileira e as estrangeiras acima transcritas (*Directiva 93/13/CEE* e *Consumer Protection Act*, de 2002), haja vista que, embora não tenha o legislador pátrio excluído com a literalidade dos termos “os atos comerciais” e “atividades profissionais”, como fizeram os europeus e canadenses, o próprio conceito de “destinatário final” afasta os bens e serviços destinados aos atos comerciais.

Isso porque, o destinatário final previsto na legislação brasileira não significa o mero destinatário fático, mas sim o econômico de modo que seja rompida a cadeia produtiva. De modo diverso, não sendo rompido o ciclo econômico do bem ou serviço e os mesmos incorporados na cadeia de consumo pelo adquirente, o mesmo pode ser visto como insumo.

Verificada a figura do consumidor e caracterizada a relação de consumo, surgem inúmeras consequências jurídicas que visam, dentre outros objetivos, proteger o consumidor contra práticas abusivas do mercado de consumo.

Nas relações de consumo sempre haverá uma situação de desigualdade. O consumidor será considerando como a parte vulnerável da relação, havendo uma verdadeira presunção desta vulnerabilidade, justificando o propósito do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o de manter um equilíbrio entre fornecedor e consumidor.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade do julgamento do Recurso Especial nº 476.428/SC, de relatoria da Ministra Relatora Nancy Andrigli, julgado em 19/04/2005, publicado em 09/05/2005, no qual se discutia a amplitude do conceito de consumidor, reconhecimento da vulnerabilidade, e a inaplicabilidade da prescrição quinquenal prevista no Código Consumerista, entendeu que para a caracterização da relação de consumo não basta que o adquirente seja o destinatário final fático do bem ou serviço ofertados pelo fornecedor, mas também o destinatário final econômico.

Para a Ministra Relatora, o produto ou serviço contratado deve ser retirado do mercado, rompendo com a cadeia produtiva. Assim, não haveria a caracterização da relação de consumo se o bem ou serviço fossem destinados para o desenvolvimento de uma atividade empresarial, na forma de insumos, ainda que de forma indireta.

Noutro viés, nas relações empresariais não se pode presumir uma posição de vulnerabilidade ou hipossuficiência entre os contratantes, pois, em tese, não se pode partir da ideia de existir entre empresários uma disparidade de condições.

Ao contrário, aplicam-se no direito empresarial todos os princípios que regem o direito privado como a autonomia do contrato e sua força vinculante, a liberdade de contratar entre outros que visam trazer maior autonomia e segurança para esta área de atuação.

Quando o bem ou serviço são incorporados na cadeia produtiva, isto é, etapas ordenadas para o fim de produzir ou transformar produtos ou serviços até o destinatário final (consumidor), de uma determinada atividade empresarial, seja na forma de matéria prima, ou qualquer outro bem ou serviço que possa viabilizar o seu desenvolvimento, eles são denominados de insumos, cuja natureza é estritamente empresarial.

Esposamos, pois, o ponto crítico de distinção entre as relações empresárias e consumeristas. Enquanto a primeira adquire o bem ou serviço na forma de insumo para viabilizar o desenvolvimento de uma determinada atividade empresarial, a segunda adquire como destinatária final rompendo com a cadeia produtiva e tirando o bem ou serviço de circulação do mercado.

Não se pode negar que a pessoa jurídica possa figurar como destinatária final do bem ou serviço, pondo-se, portanto, como consumidora perante o outro fornecedor, entretanto esta relação jurídica deve ser criteriosamente analisada.

Nas relações entre fornecedores, embora pessoas jurídicas, estas podem ser caracterizadas como de consumo em detrimento das relações empresariais, desde que uma das partes seja a destinatária final do bem ou serviço rompendo com a cadeia produtiva.

Com base no conceito de vulnerabilidade, ainda na oportunidade do julgamento Recurso Especial nº 476.428/SC, julgado em 19/04/2005, que se discutia amplitude do conceito de consumidor e o reconhecimento da vulnerabilidade, já mencionado alhures, a Ministra Nancy Andrighi, manifestou-se no sentido de que a relação de consumo não se caracteriza pela existência de uma figura da pessoa física ou jurídica, mas sim pela presença de uma parte vulnerável.

Neste ponto, importante destacar a inteligência do julgamento do Recurso Especial acima identificado:

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

O que buscou dizer a Ministra Relatora foi que, mesmo nas relações contratuais constituídas por dois empresários, ou mais, haverá relação de consumo quando existir uma parte vulnerável.

Isto é, a princípio a relação existe entre dois empresários, entretanto, diante da vulnerabilidade de um deles, este pode ser equiparado ao consumidor, pois a relação de consumo não é formada pela existência de fornecedor e consumidor no sentido literal dos termos, mas sim pela verificação da vulnerabilidade.

Não é só. O Superior Tribunal de Justiça, em 16/11/2000, quando do julgamento do Recurso Especial nº 248.424/RS, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, onde se discutia a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de *leasing*, especialmente em razão da existência da Lei nº 6.099/74, além do fato de que as partes envolvidas não se enquadravam no conceito de consumidor, manifestou sobre a possibilidade de aplicação do referido código nos contratos de arrendamento mercantil – *leasing* – configurando-o como sendo uma relação e consumo.

No julgamento ficou assentado que nas operações de *leasing* está presente uma relação de consumo ressaltando, inclusive, que não importa a destinação do bem, mas sim a mera prestação do serviço.

Na operação de *leasing*, sem dúvida, está presente a relação de consumo, consubstanciada no arrendamento da coisa, com a promessa da arrendadora vender o bem nas condições avençadas. Não colhe sucesso, portanto, a alegação de que o Código de Defesa do Consumidor não engloba o intermediário. Na realidade, no caso, não

importa a destinação do bem. Existe a relação de consumo porque há serviço entre a arrendadora e a arrendatária, sendo este o objeto do contrato, remunerado, tudo a conferir a cobertura da disciplina legal em questão.

Em outra oportunidade, agora no julgamento do Recurso Especial nº 235.200/RS, o mencionado Ministro Relator, em 24/10/2000, reafirmou o seu atendimento pela caracterização da relação de consumo nos contratos de arrendamento mercantil pela mera existência de um serviço prestado pela a empresa arrendadora e arrendatária. Destacamos:

A primeira alegação é de contrariedade ao art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Para a empresa recorrente não se configura a empresa arrendatária como consumidora final porque presta serviço de transporte com o bem arrendado. Todavia, o fundamento não merece prestigiado. Na verdade, a empresa recorrente está confundindo a relação jurídica existente entre ela e a empresa arrendatária e entre esta e os usuários de sua atividade comercial. Na relação jurídica entre as partes, a empresa recorrente é a consumidora final porque a arrendadora fornece o serviço de arrendamento à arrendatária e com isso esgota-se a prestação devida. O contrato entre elas está submetido ao Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que o arrendamento é serviço remunerado de locação de coisa com alternativa de compra. O fato de o arrendamento destinar-se a bem que será utilizado pela arrendatária nas suas atividades comerciais não retira a configuração abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor. No caso, a arrendatária é a consumidora final do bem arrendado, que com ela permanece, sendo diverso o serviço que presta ao público como transportadora.

Verifica-se que nos casos citados sequer foi perquirida uma suposta vulnerabilidade entre as contratantes bastando a mera existência de um serviço prestado.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça voltou a tratar sobre o assunto na oportunidade do julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.285.559/MS, julgado em 06/09/2018, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, reiterando a jurisprudência defendida pelo Tribunal:

Esta Corte firmou posicionamento no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre nas categorias de fornecedor ou destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica, autorizando a aplicação das normas previstas no CDC.

Não é difícil concluir que o Superior Tribunal de Justiça vem empregando uma teoria que, mesmo que já há muito utilizada, não se coaduna com o próprio ordenamento jurídico da qual é extraída. A interpretação extraída do artigo 2º mostra-se manifestamente *contra legem*.

Não conseguiu o referido Tribunal Superior conceituar e distinguir os conceitos de “destinatário final” e cadeia produtiva de modo que fosse possível a real distinção da relação de consumo e relação empresarial.

Os dois termos são essenciais para a correta aplicação dos institutos consumeristas, ou empresariais, haja vista que com a existência do “destinatário final”, ou da incorporação do produto ou serviço na cadeia produtiva, o interprete é direcionado para duas conclusões distintas e excludentes.

Sendo o empresário o destinatário final do produto ou serviço, logo estes não são incorporados na cadeia produtiva, sendo possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois o empresário é o destinatário fático e econômico.

Por outro lado, incorporando o bem ou serviço na cadeia produtiva do empresário, o mesmo não pode ser considerado o destinatário final destes, pois não passariam de insumos para viabilizar a atividade produtiva. Portanto, não seria possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois o empresário, neste caso, seria um destinatário meio.

Conforme já narrado, não existe nas relações empresariais uma “paridade de armas” de modo a justificar o reconhecimento da relação de consumo apenas com base na vulnerabilidade, pois a existência de uma assimetria fática é inerente a tais relações. Entretanto, juridicamente, não verifica tal divergência, haja vista que, nas relações empresariais, presume-se a igualdade entre os contratantes.

4.3 – TEORIA FINALISTA MITIGADA OU APROFUNDADA: CONSTRUÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Conforme já estudado anteriormente, distintas são as relações que envolvem empresários e consumidores e sua constatação é imperiosa para a adequada análise dos fatos e aplicação dos preceitos jurídicos que delas emanam.

Para o estudo da teoria que envolve o presente capítulo, necessário fazermos uso de alguns termos já estudados.

Neste sentido, conforme já exposto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, dispõe expressamente que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Do citado dispositivo legal, extrai-se que consumidor será qualquer pessoa, física ou jurídica, observando a crítica construída no presente estudo, que utiliza o produto ou serviço como destinatária final rompendo com a cadeia produtiva, isto é, destinatária final fática e econômica. Têm-se, aqui, os fundamentos da teoria finalista.

No mesmo sentido, imperiosa a lição de Cláudia Lima Marques:

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário econômico do bem, 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 para adquiri-lo. Nesse caso, não haveria exigida ‘destinação final’ do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. (MARQUES, 2010, p. 85, apud TARTUCE e NEVES, 2017).

Noutro viés, oportunamente desenvolvida a teoria maximalista, a qual procura tonar ainda mais amplo o conceito de consumidor. Seus adeptos sustentam que as normas constantes no Código de Defesa do Consumidor não visam regular e proteger restritamente as relações envolvendo o consumidor não profissional, mas, ao revés, teria este diploma legal caráter de norma geral, cuja aplicação deveria se estender à todas as relações possíveis no mercado.

A interpretação do artigo 2º, já citado acima, deveria ser extensiva a todos os agentes do mercado, sendo desprezível a destinação dada ao produto ou serviço, ou mesmo se adquirido ou contratado por pessoa jurídica ou física.

Para muitos, a aplicação de tal teoria seria possível em razão dos chamados consumidores por equiparação, ou *bystander*, previsto no artigo 29, do CDC, segundo o qual, “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Por fim, mas não menos importante, criou-se na doutrina e ratificada pelos Tribunais Pátrios a teoria que ficou conhecida como “teoria finalista aprofundada ou mitigada”. Para seus defensores, trata-se de uma evolução da teoria finalista clássica segundo a qual, comprovada a vulnerabilidade daquele que adquire um produto ou serviço no mercado de consumo, independente dos fins que se destinam, ou seja, tenha ou não a intenção de perceber lucros, ou incentivar a atividade econômica por meio de insumos, o mesmo será considerado consumidor.

Aqui, o ponto de distinção entre o consumidor e o não consumidor não se baseia no fim destinado ao produto ou serviço retirado do mercado, mas sim na presença ou não da vulnerabilidade do seu adquirente. Nota-se que não há impedimento quanto à utilização do bem ou o serviço para o desenvolvimento de atividade econômica, bastando que esteja presente a vulnerabilidade.

Apesar das inúmeras discussões sobre o tema, o entendimento até então consolidado pela doutrina e jurisprudência é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, ao dispor que consumidor é aquele adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, teria adotado a teoria finalista, já estudada.

Entretanto, não obstante a natureza jurídica diversa, tem-se discutido na jurisprudência pátria, e na doutrina, a mitigação da teoria finalista adota pelo Código de Defesa do Consumidor para buscar maior proteção ao empresário.

Pela mitigação da teoria finalista, inúmeros empresários vêm se beneficiando dos preceitos protetores da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, incluindo inversão do ônus da prova, dano moral *in re ipsa* e revisão contratual.

Humberto Theodoro Junior (2013, p.27) assinala que:

Reconhece a jurisprudência do STJ que o CDC não é de aplicação restrita ao consumidor pessoa física. Também as pessoas jurídicas podem se beneficiar de sua proteção, “desde que (i) sejam destinatárias finais de produtos e de serviços, e, (ii) ainda, vulneráveis”.

Nessa perspectiva, o STJ tem “mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade” (JUNIOR 2013, p.28).

Assim, para o autor, é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em benefício do empresário quando, embora não seja consumidor na ótica da teoria finalista, ele esteja em situação de vulnerabilidade, seja ela, técnica, jurídica ou fática.

Fabio Ulhoa Coelho (2012, p. 1801-1805), comercialista brasileiro, entende que o Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado em benefício dos empresários sempre que um for vulnerável em relação ao outro do ponto de vista econômico, pois, nestes casos, haveria uma clara situação de desigualdade.

Para o professor, vulnerabilidade econômica é vencida quando os empresários, contratante e contratado, podem dispor de recursos para, quando da assinatura da avença, estarem assistidos de advogados ou outros profissionais para auxiliá-los sobre os direitos e obrigações contraídos da relação que se instaurará.

“Os contratos mercantis podem estar sujeitos ao CC ou ao CDC, dependendo, uma vez mais, das condições dos contratantes. Se os empresários são *iguais*, sob o ponto de vista de sua condição econômica (quer dizer, ambos podem contratar advogados e outros profissionais antes de assinarem o instrumento contratual, de forma que, ao fazê-lo, estão plenamente informados sobre a extensão dos direitos e obrigações contratados), o contrato mercantil está sujeito ao CC; se *desiguais* os contratantes (ou seja, um deles está em situação de vulnerabilidade econômica frente ao outro), o contrato mercantil será regido pelo CDC”. (2012, p. 1801-1805)

Sobre o tema, destacamos uma recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0003768-33.2018.8.08.0024, julgado no dia 31/07/2018, no qual se discutia a validade da cláusula de eleição de foro em contrato de mútuo bancário para obtenção de capital de giro.

Nos autos supracitados, de relatoria da Desembargadora Janete Vargas Simões, a Primeira Câmara Cível do referido Tribunal entendeu pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em questão argumentando a hipossuficiência econômica e técnica das agravadas.

(...) na hipótese em apreço, a condição de pessoa jurídica tomadora de empréstimo para capital de giro não afasta a possibilidade de caracterização das executadas como consumidoras e a aplicação das disposições da legislação consumerista, notadamente diante da evidente hipossuficiência técnica das agravadas em relação à instituição financeira recorrente quanto às operações financeiras realizadas, tendo em vista a ausência de conhecimento específico a tal respeito.

Não se pode olvidar, ademais, o grande poderio econômico da sociedade empresarial agravante em relação às agravadas, o que evidencia a hipossuficiência econômica das recorridas, justificando o reconhecimento da incidência do CDC e adoção de medidas que melhor atendem à finalidade de proteção da norma consumerista, inclusive a mitigação da cláusula contratual de eleição de foro e determinação daquele que melhor atender o interesse do consumidor.

Importante destacar que o capital de giro é um recurso utilizado para financiar o funcionamento da atividade empresária utilizado, a título de exemplo, para pagamento de fornecedores, salários, entre outras possíveis destinações (NEWLANDS JR., 2015).

Entretanto, ousamos discordar, isso porque o mero desequilíbrio econômico entre pessoas jurídicas, seja na figura da contratante, ou na contratada, não é condição, de per si, para caracterizar a sua vulnerabilidade.

Consideramos acertada a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.299.422/MA, julgado em 06/08/2013, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a qual, frisa-se, comunga do entendimento da mitigação da teoria finalista, entendeu, naquela oportunidade, que “a superioridade do porte empresarial de uma das empresas contratantes não gera, por si só, a hipossuficiência da outra parte”.

Malgrado as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça quanto à vulnerabilidade da pessoa jurídica, esta Colenda Corte entendeu por afastar a vulnerabilidade da pessoa jurídica ao fundamento de que a diferença de porte empresarial entre contratantes não configura vulnerabilidade para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Percebe-se que a vulnerabilidade do empresário é de difícil constatação considerando os inúmeros julgamentos proferidos pelos Tribunais Pátrios, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, os quais são incapazes de construir um conceito para a caracterização da pessoa jurídica vulnerável.

Acreditamos que essa pobreza do conceito de empresário vulnerável inviabiliza o próprio aperfeiçoamento do direito empresarial e as relações regidas por este, haja vista que instaura no ordenamento jurídico um cenário de incertezas jurídicas.

Falar em empresário vulnerável para fins de aplicação de aplicação do Código de Defesa do Consumidor seria adotar em nosso ordenamento jurídico uma relativização dos contratos empresariais, tornando-os incertos no que tange à sua execução o que pode tornar o exercício

da atividade empresarial cada vez mais penosa e inviável, pois, onde em tese, existiria uma certeza jurídica contratual, passa a ser vista como um cenário de insegurança.

Noutro viés, a aplicação da teoria massificada pelo Superior Tribunal de Justiça revela-se uma equivocada interpretação do Código de Defesa do Consumidor e das relações empresárias que, antagônicas, necessitam de tratamentos distintos ainda que não se exclua a possibilidade da pessoa jurídica figurar em posição de consumidora.

Bem se vê que não se desconhece a possibilidade do empresário figurar no polo de consumidor no exercício de sua atividade empresarial, entretanto tais possibilidades devem ser analisadas no campo fático, haja vista a impossibilidade de sua constatação no estudo teórico.

Os conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade devem ser utilizados com cautela devido às consequências jurídicas advindas de sua aplicação. Ainda que compatíveis com outros ramos do Direito, vide o próprio Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho, onde é possível a visualização da superioridade entre o empregador e obreiro, ou fornecedor e consumidor.

No direito do empresarial esta superioridade não existe, ou é difícil sua constatação, haja vista a presunção de igualdade entre os empresários decorrente do ônus de conhecimento de mercado.

Importante destacar o Enunciado nº 20, da I Jornada de Direito Comercial:

“Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços”.

A fim de desenraizar do nosso ordenamento jurídico essa construção criada pelos Tribunais Pátrios, o projeto de lei da Câmara dos Deputados – Projeto de Lei nº 1.572/2011 – que visa instituir o novo Código Comercial Brasileiro, de forma clara e expressa, faz menção a esta problemática prevendo em seu artigo 298, *caput*, que, no que não for regulado pelo novo Código, aplica-se aos contratos empresariais o Código Civil. Continua ainda no parágrafo único do mesmo artigo “o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos empresariais”

Se aprovado, o novo Código estabelecerá expressamente a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações empresárias quando não verificada a figura do empresário como consumidor. É o que se espera, eis que não se pode admitir uma interpretação em sentido contrário.

Neste diapasão, a mitigação da teoria finalista adotada pelo Superior Tribunal de Justiça apresenta como uma interpretação contra lege, a qual não deve ser implantada no ordenamento jurídico brasileiro incorrendo na gravosa instituição de relatividade nos contratos mercantis e, via reflexa, a instauração de insegurança jurídica no direito contratual mercantil.

4.3.1 – A Teoria da Finalista Aprofundada frente à Constituição da República de 1988.

4.3.1.1 – Considerações Propedêuticas.

Para nós, a Constituição é a norma fundamental que todo o ordenamento jurídico brasileiro extrai a condição de validade. Vale dizer, um ato jurídico só é válido se não contrariar as disposições constitucionais.

Surge no direito, então, a premissa de supremacia da Constituição em razão da sua posição hierarquicamente superior às demais normas. Com este entendimento, lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 97):

A primeira e principal característica do direito constitucional reside na sua supremacia hierárquica, no sentido de que as normas constitucionais prevalecem em relação a toda e qualquer forma normativa (incluídas as leis elaboradas pelo Poder Legislativo) e todo e qualquer ato jurídico na esfera interna da ordem estatal. Tal característica corresponde ao postulado da supremacia da constituição e de que esta é a expressão da vontade de um poder constituinte, já que as normas constitucionais encontram seu fundamento de validade na própria constituição (razão pela qual se aqui fala em uma autoprímazia normativa), e não em alguma outra fonte normativa que lhes seja externa e superior, do que resulta não apenas a distinção entre direito constitucional e direito ordinário, mas também o postulado da constitucionalidade das leis e atos normativos infraconstitucionais, que não poderão, portanto, estar em desconformidade com a constituição. Assim, tal supremacia hierárquico-normativa é o pressuposto da função da constituição como ordem jurídica fundamental e implica que o direito constitucional não poderá, em hipótese alguma, ser revogado ou alterado pelas normas infraconstitucionais.

Na mesma linha de interpretação, também são os ensinamentos de Nathalia Masson (2016, p. 62), os quais valem a transcrição:

Referida premissa interpretativa estabelece que, em virtude de a Constituição ocupar o ápice da estrutura normativa em nosso ordenamento, todas as demais normas e atos do Poder Público somente serão considerados válidos quando em conformidade com ela.

A Constituição é a fonte de validade do ordenamento jurídico. As decisões proferidas pelos Tribunais devem retirar da Norma Fundamental a sua condição de validade. Importante frisar que uma decisão judicial é norma, isto é, uma norma individualizada retirada do campo abstrato e geral para surtir efeitos concretos.

Nesta perspectiva vale analisar se o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça possui validade quando confrontado com as disposições estabelecidas na Constituição da República de 1988.

4.3.1.2 – Análise da Teoria Aprofundada frente à Constituição da República de 1988

De uma simples leitura do artigo 1º, da Constituição da República de 1988, é possível constatar que a Lei Maior elencou a livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Não é só, em seu artigo 170, *caput*, podemos verificar novamente a figura da livre iniciativa considerada, agora, como um dos fundamentos da ordem econômica.

O enquadramento dúplice, pela Constituição, da livre-iniciativa, acaba por enfatizar ainda mais a relevância do princípio no ordenamento constitucional brasileiro. “Erigida à condição de fundamento da ordem econômica e simultaneamente princípio constitucional fundamental (CF, art. 1.º, IV, *in fine*), a livre-iniciativa talvez constitua uma das mais importantes normas de nosso ordenamento constitucional” (Araújo e Nunes Júnior, 2001: 374). (TAVARES, 2011, p. 234)

A livre iniciativa como fundamento da República e da ordem econômica decorre de uma liberdade maior prevista na Constituição, segundo a qual todos são iguais perante à lei,

garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros, entre outros, o direito à liberdade (artigo 5º, *caput*).

Entretanto, a livre iniciativa prevista na Constituição, justamente por derivar de uma liberdade maior, não se restringe à livre iniciativa econômica para a circulação de bens e serviços. Ao revés, a liberdade de iniciativa deve ser compreendida por uma interpretação extensiva de sua literalidade para que se possa extrair dela a própria liberdade contratual (2011, p.235).

Para André Ramos Tavares (2015, p. 13), a liberdade contratual não é sinônimo de liberdade para contratar, isso porque, segundo o autor, a primeira expressa a ideia de liberdade de negociar as cláusulas do contrato enquanto que a segunda denota a ideia de decidir a oportunidade para celebrar o contrato. Pode-se concluir, portanto, que a liberdade para contratar nem sempre pressupõe a liberdade contratual, como, por exemplo, estamos diante dos contratos de adesão.

Neste interim, é justamente no segundo caso, isto é, na liberdade contratual, que se situa a maior atuação do Estado, a depender da natureza jurídica do avençado, se de direito civil, comercial ou consumerista.

A principal consequência desse juízo classificatório genérico, reitero, reside na forma como o Direito e, em linhas mais gerais, o Estado tutelarão os interesses das partes envolvidas em contratos firmados a partir de uma, *prima facie*, ampla liberdade contratual lastreada na autonomia de contratar das partes interessadas. No caso dos contratos firmados sob o regime civil ou comercial/mercantil, as partes são vislumbradas, pela Constituição e pelo Direito, como isonômicas (...). Sua intervenção poderá ocorrer em perspectiva diversa daquela aqui analisada, ou seja, dentro do contexto de preocupações desenvolvimentistas, e não para fins de proteção de determinados sujeitos envolvidos em avenças que cotidianamente movem o setor empresarial e as relações econômicas privadas (2015, p.17).

A Constituição prevê em seu corpo normativo a proteção de todos os regimes contratuais acima identificados, seja o cível e comercial, quando trata do direito de liberdade e livre iniciativa, já mencionados, seja quando trata do consumidor, em seu artigo 5º, inciso XXXII.

O que vai definir o maior ou menor grau de intervenção do Estado nessas relações se baseia justamente nos agentes envolvidos. Quando diante de contratos cíveis e comerciais, existe uma presunção de igualdade que pode ser extraída da própria Constituição.

Noutro sentido, essa posição de igualdade não é verificada nas relações que envolvem fornecedor e consumidor, razão pela qual se viu a necessidade do Estado tutelar esse campo contratual prevendo que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Portanto, não se pode levar a outra conclusão senão na inconstitucionalidade das decisões preferidas pelo Superior Tribunal de Justiça por restar flagrante a violação do texto constitucional no que se refere à proteção da liberdade de iniciativa.

A teoria adotada pela Corte Superior cria um sistema de insegura jurídica comercial ao possibilitar a intervenção do Estado onde a própria Constituição da República limita a atuação. Segundo Tavares (2015, p. 17), “o Estado não deve ocupar e não ocupa, efetivamente, uma função de “paternalismo interventor universal””.

A igualação do consumidor – parte não empresária – ao fornecedor ou produtor – parte empresária –, infirma o art. 5.º, XXXII, da CB, imputa ao Estado a obrigação de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Da mesma maneira, a desigualação, em uma relação empresarial, do caráter igualitário das partes envolvidas poderá, ademais, resultar em violação à Constituição, mais precisamente à livre-iniciativa (art. 170, caput, da CB) e à livre concorrência (art. 170, IV, da CB). Como efeito secundário, essa intervenção indevida impede a formação de um mercado seguro, promovendo a substituição da vontade de partes livres por vontade estatal posterior e imprevisível.

Embora possa-se dizer que a livre iniciativa não é absoluta, e de fato não é, haja vista que a própria Constituição limita a sua atuação nos próprios incisos do artigo 170, no qual está incluída a própria defesa do consumidor (artigo 170, V).

Todavia, o consumidor protegido constitucionalmente deve ser entendido como aquele destinatário final fático e econômico do bem ou serviço que se encontra em posição de desigualdade com o fornecedor.

Conforme vimos, a vulnerabilidade e hipossuficiência desse consumidor decorrem da própria Constituição, o que não ocorre nos contratos empresariais, quando há de se presumir uma igualdade jurídica dos contratos decorrente da própria liberdade conferida pela Constituição Republicana de 1988.

Neste sentido, em última análise, é possível constar que a Teoria Finalista Aprofunda ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça contraria as disposições constitucionais ao

conferir um tratamento desigual onde há uma relação igualitária ferindo a livre iniciativa e suas dimensões, autonomia privada e a segurança jurídica comercial.

4.4 – A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.

4.4.1 – Autonomia Privada, Força Obrigatória dos Contratos e o Paternalismo Jurídico do Superior Tribunal de Justiça

O princípio da autonomia privada estabelece que os contratantes possuem ampla liberdade de contratar, podendo escolher com quem o contrato será celebrado e a sua abrangência sem qualquer intervenção estatal.

Tal assertiva decorre da clássica teoria do direito contratual que construída ao longo da história tendo o seu ápice após a Revolução Francesa, considerada como um importante acontecimento histórico que influenciou significativamente inúmeros ordenamentos jurídicos posteriores.

Conforme já dito, durante a Revolução Francesa primou-se pela liberdade e igualdade entre os indivíduos. Seguindo estes fundamentos, os negócios jurídicos baseavam-se no voluntarismo dos contratantes. Uma vez celebrado o contrato, havia uma estabilização de suas cláusulas criando um vínculo de obrigatoriedade.

Neste sentido, imperiosa a lição de Júnior et al. (2015, p. 431):

Referida autonomia incide na liberdade que o indivíduo dispõe de contratar ou não contratar, na escolha da pessoa com quem pretende contratar e, por fim, no próprio conteúdo, podendo inclusive adotar contratos típicos, como criar figuras contratuais não previstas em lei.

Em outras palavras, o princípio da autonomia privada pode ser compreendido como a faculdade atribuída aos indivíduos para que possam exercer livremente seu direito de contratar.

Uma vez celebrado o contrato, em tese, ocorre a imutabilidade das cláusulas pactuadas. Decorre daí o brocardo latino *pacta sunt servanda* que significa a intangibilidade dos contratos ou a forma vinculante dos mesmos, ou seja, o contrato faz lei entre as partes (MELO, 2014, p. 11).

Todavia, a ideia de um Estado absenteísta deixou de ser a regra diante do novo cenário mundial impulsionado, sobretudo, pelo desenvolvimento econômico e o aumento das demandas de mercado.

Diante desta nova perspectiva, os Estados, incluindo o Brasil, passaram a preocupar-se com as injustiças que poderiam ser causadas pela autoridade do princípio da autonomia privada clássica. Assim, os Estados, de meros espectadores, passaram a atuar ativamente nas relações privadas.

Surge a partir de então o dirigismo contratual que nada mais é a atuação do estado nos contratos celebrados na esfera privada com o objetivo de se evitar “injustiças” com a criação de normas de ordem pública, cuja observância passou a ser obrigatória.

Neste sentido, importante destacar:

O dirigismo contratual pode ser sintetizado como o movimento do Estado em direção à justiça dos contratos, em que a autonomia da vontade passa a ser, em muitos casos, dirigida pela lei, como uma resposta da sociedade aos contratos injustos e desequilibrados. Substituiu-se, então, a preocupação excessiva em assegurar aos cidadãos a liberdade de contratar pela preocupação com a justiça contratual (KHOURI, 2013, p.10).

Com isso, a própria força obrigatória dos contratos passou a ser relativizada em nome de um ideal de justiça criado no mundo das obrigações, isto é, a intervenção do Estado sobre o interesse privado se justifica para se manter a solidariedade social mediante a busca pela satisfação da função social dos contratos com a observância das normas de ordem pública.

Todavia, a justiça não é um valor absoluto que, em razão da sua abstração, surge à ideia de paternalismo jurídico visando, entre outros objetivos, a proteção da parte mais fraca. Podemos extrair disso que o paternalismo jurídico visa à proteção da parte vulnerável.

Embora o paternalismo jurídico seja verificado no exercício da função legiferante do Estado, ora concedendo direitos, ora impondo deveres, como ocorre, por exemplo, com o próprio Código de Defesa do Consumidor, também é possível a sua constatação no âmbito dos Tribunais.

Para Rodolpho Barreto Sampaio Júnior (2009, p.43), “o paternalismo jurídico reflete uma das formas de intervenção do Estado e se manifesta durante o processo legislativo, ocasião em que se estabelece uma série de restrições ou de imposições à conduta privada”.

Contudo, chama a atenção o autor para o denominado paternalismo pretoriano que se reflete na jurisprudência pátria quando, ao decidir, o juiz volta-se para a ideia de humanidade das suas decisões, o senso de justiça social.

No Brasil contemporâneo, o paternalismo jurídico se verifica como uma das modalidades de intervenção do Estado, fazendo-se presente em inúmeros textos legais. Contudo, também na jurisprudência, independentemente da instância ou da natureza do litígio, observa-se que há uma tendência em conferir excessiva proteção a certas categorias de pessoas, negando-lhes a possibilidade de agirem de acordo com a sua própria vontade e, em alguns casos, subtraindo-lhes *ex post factum* a capacidade de terem agido em determinadas situações, permitindo-lhes arrependem-se de seus atos sem terem que arcar com qualquer consequência (2009, p. 45).

Sendo assim, o paternalismo não se restringe ao processo legislativo, mas também no exercício da função jurisdicional em diversas decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros visando à proteção da parte mais “fraca”.

Ao adotar tal entendimento, não se discutiu que, na verdade, ao proferir uma decisão baseada no ideal de justiça muitas vezes priva o indivíduo de arcar com as consequências dos seus próprios atos.

Todavia, nestes casos, quando se admite esse posicionamento transfere para a outra parte “não injustificada”, interpretação do paternalismo pretoriano, o ônus do desconhecimento do outro contratante.

Isso ocorre justamente nos contratos empresariais quando, partindo-se do pressuposto de que os empresários possuem o ônus de conhecimento de mercado, o Superior Tribunal de Justiça, após modificar a natureza jurídica da relação contratual, transfere para o outro empresário as consequências da inabilidade de mercado do outro contratante em nome de uma vulnerabilidade.

Interessante caso tratado pelo autor de modo a exemplificar o paternalismo pretoriano (2009, p. 46), diz respeito à ação indenizatória nº 1999.001.141054-2, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgada em 31/08/2006, pela 33ª Vara Cível.

No caso em questão, os autores ingressaram com a ação visando o ressarcimento de danos materiais e indenização por danos morais em razão da perda de 95% (noventa e cinco por cento) de um montante aplicado em um fundo investimento.

Em síntese, os Requerentes alegaram propaganda enganosa, má gestão do fundo e omissão quanto ao dever de informar aos riscos que o investimento significaria para a vida financeira dos investidores.

Afirma Sampaio Junior (2009, p.46) que, entre as teses apresentadas na peça defensiva, chamava a atenção a afirmação de que o fundo de investimento em questão esteve entre os cinco melhores no quesito de retorno do investimento, no percentual de 112% (cento e doze por cento) nos dois anos anteriores. Concluía, então, que o retorno elevado tinha por consequência um risco elevado.

Em primeiro grau, foi proferida a seguinte sentença pela 33ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

[...] sem dúvida alguma os grandes lucros resultam de uma ‘aposta’ arriscada, porém a perda da aposta poderia significar apenas perda total de rendimentos ou um rendimento menor do que o esperado e não uma perda tão expressiva.[...] Os réus insurgem-se contra o pedido autoral alegando que os autores tinham conhecimento do risco que assumiram e que o fato ocorreu devido a alterações na política econômica. Creio que a questão não pode ser tratada de forma tão singela, em que pese os entendimentos em contrário. São três as questões suscitadas pelos autores: propaganda enganosa, má gestão e gestão fraudulenta. Eu não diria que houve propaganda enganosa, mas é inquestionável que os autores fizeram os investimentos acreditando que os Fundos administrados pelo Banco Marka e geridos por Marka Nikko apresentavam as condições de segurança e rentabilidade necessárias. Não resta dúvida de que os réus ‘venderam uma boa imagem’ com o fim de angariar investidores. Nesse sentido, podemos concluir que a propaganda veiculada foi decisiva para os autores no momento de escolher o Fundo de Investimento. O entendimento de que os autores são pessoas esclarecidas, com nível superior de formação, que procuraram um Banco de Investimento para fazer uma aplicação de risco não pode significar que eles sabiam da extensão do risco e, tampouco, pode servir de subsídio para isentar os réus de responsabilidade. O envio de extratos e de REPORT informando os altos rendimentos dos Fundos também não é suficiente para comprovar que os autores tinham ciência do risco que estavam assumindo. Retorno elevado não pode significar risco de perda total, mas apenas que a perda pode ser maior do que a que ocorre em aplicações mais conservadoras. O fato do prospecto conter uma seta indicativa de risco elevado não significa que os investidores soubessem que estavam sujeitos a perder todo ou quase todo o capital investido. Nem as setas nem o aviso constante do material enviado aos investidores, alertando que ‘rentabilidades passadas não eram garantias de rentabilidades futuras compatíveis’, podem ser considerados informativos do risco de perda total. Este aviso, ao meu sentir, apenas esclarece que a rentabilidade pode ser bem menor ou até mesmo não haver rentabilidade, jamais poderia significar perda do capital investido. Esse foi o entendimento dos autores. Risco elevado não pode significar risco total. Quem entregaria seu dinheiro a um administrador sabendo que ele poderia ocasionar a perda total de seu investimento? A alegação de que o regulamento do fundo previa a

perda do capital investido não pode prevalecer, não só porque o regulamento não foi entregue aos investidores, mas também pelo fato do regulamento conter cláusula idêntica para todos os tipos de fundo, inclusive o DI 60, que é do tipo conservador. Como seria admissível que um fundo conservador pudesse ocasionar a perda total do capital? (JUNIOR, 2009, p. 46-47)

É bem verdade que da referida sentença foram interpostos os respectivos recursos de Apelação objetivando a reforma da decisão de modo a julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

A apelação Cível foi registrada sob o nº 2007.001.05059, relatada pelo Desembargador Benedicto Abicair, julgada em 27/06/2007, o qual conheceu dos recursos e votou no sentido de dar-lhes provimento para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos constantes na inicial.

Dentre os argumentos expostos pelo desembargador, destacamos:

Não obstante, a sentença desconsiderou o teor dos regulamentos, que previa, expressamente, a possibilidade de perda do capital investido, por entender que não havia prova de sua entrega, o que, data máxima venia, não é pertinente, uma vez que, à época dos fatos, a emissão de comprovante ou recibo de entrega do regulamento não era exigida.

Ademais, concluiu a sentença que os ditos materiais informativos, com setas indicativas do risco elevado, não significam a possibilidade de perda de todo ou quase todo o capital investido. Ocorre que, conforme se depreende do depoimento do ex-presidente do Banco Central, Gustavo Franco, a perda de 95% em um fundo de investimento é viável em situação de crise econômica. Além disso, a opção de investir em Fundos agressivos, objetivando ganhos muito maiores do que os investimentos conservadores, foi dos autores. Em momento algum se garantiu aos autores um retorno certo do capital investido, até porque, se assim fosse, não haveria motivo para assentar os fundos dentre os agressivos (grifos no original).

Para Sampaio Junior (2009, p.47), a situação descrita se enquadra perfeitamente na ideia esposada alhures no que se refere ao paternalismo pretoriano que, apesar de espontaneamente ter decidido investir em um fundo de risco elevado e ter perdido o valor correspondente foi-lhe oportunizado a devolução da integralidade do seu patrimônio com o acréscimo de danos morais.

Inobstante as especificidades do caso acima transcrito, a sua essência não difere do que vem sendo decido pelo Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos empresários mesmo inexistindo qualquer relação de consumo.

Muitos empresários, sem a devida assessoria optam por fazer parte em negócios jurídicos sem o conhecimento de todos os riscos decorrentes de tais atos. Todavia, diferente do que ocorre em relação ao consumidor, o empresário tem o ônus de conhecimento de mercado.

Não significa dizer que o empresário não é merecedor de proteção, contudo quando verificado que o dano decorre de uma negligência empresarial de um dever posto (conhecimento), não pode o Poder Judiciário minimizar o dano em nome de uma vulnerabilidade hipotética de modo a asfixiar a própria relação empresarial.

Dirigindo para a conclusão, destacamos novamente Rodolpho Barreto Sampaio Júnior (2009, p.45) aduzindo que o magistrado ao julgar baseado nessas convicções “põe por terra a lógica do sistema privado, que confere liberdade à pessoa para agir de acordo com a sua vontade, mas, concomitantemente, exige que ela responda por seus atos”.

Portanto, o paternalismo pretoriano traz um grande abalo ao sistema do direito privado, sobretudo no direito empresarial aqui estudado, haja vista que ao tirar do indivíduo as consequências dos seus atos consequentemente a outra parte passa a suportar a lesão.

Tal pensar jurisprudencial abala não só as relações privadas baseadas na autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos, ainda que relativizada em determinados casos, como também a própria segurança jurídica inserida no direito contratual.

4.4.2 – Dirigismo Contratual e a Assimetria das Relações Empresariais

Embora com objetivos semelhantes, qual seja, proteger o contratante mais fraco, na doutrina consumerista é consagrada a ideia de vulnerabilidade baseada na condição técnica, jurídica, esta semelhante ao direito empresarial no que se refere ao desconhecimento dos direitos e deveres decorrentes do contrato, fática e informacional (MARQUES, 2006, p. 320-333).

Entretanto, se a intervenção do Estado no direito do consumidor se justifica pela existência de uma presunção de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, tal intervenção não se justificaria, em tese, nas relações empresariais.

Isto porque, nas relações empresariais não se pode presumir a existência de uma desigualdade contratual, pois não se pode partir da ideia de que existe entre empresários uma relação de vulnerabilidade ou hipossuficiência.

Sem embargo, em que pese falar em dependência econômica, não se verifica no direito brasileiro uma figura específica deste tipo de dependência. Neste sentido, ensina Fran Martins, (2016, p. 61) que a dependência econômica se verifica pela perda da autonomia decisional com a imposição, por uma parte, de circunstâncias relevantes e condições à outra, a qual aceita com o fim de manter o negócio em celebração.

Ainda nas palavras do renomado doutrinador:

No Direito brasileiro, não há figura específica para a dependência econômica, o que remete o intérprete para pautas de interpretação como a vedação de lucros arbitrários (art. 173, § 4º, da CF e art. 36, inciso IV, Lei nº 12.529/2011), previsões esparsas como a vedação de cláusulas potestativas (art. 122 do CC), enriquecimento sem causa (art. 884, CC), lesão (art. 157, CC), abuso de direito (art. 187, CC), resilição unilateral (art. 473, CC) e a salvaguarda da boa-fé.

André Santa Cruz (2016) sustenta que o dirigismo contratual deve ser menor nos contratos empresariais ao argumento de que, em tese, nem toda relação empresarial se revela assimétrica, haja vista que não se poderia concluir antecipadamente pela existência de uma vulnerabilidade ou hipossuficiência.

De acordo com Fabio Ulhoa Coelho (2012, p. 49-53, apud Cruz, 2016), o desequilíbrio contratual nas relações empresariais não decorre de uma suposta vulnerabilidade ou hipossuficiência, mas daquilo que ficou conhecido como “dependência empresarial” que se caracteriza quando “um empresário tem que organizar sua atividade segundo diretrizes emanadas por outro empresário”.

Para Fabio Ulhoa Coelho quando verificada a dependência empresarial estaria justificada a intervenção estatal no direito empresarial com a consequente proteção do contratante mais fraco em detrimento do outro.

Neste sentido, citamos:

No campo das relações empresariais, a assimetria não deriva nem da hipossuficiência nem da vulnerabilidade daquele empresário contratante mais débil. (...) O que marca a assimetria nas relações contratuais entre empresários é a dependência empresarial. De modo esquemático, a dependência empresarial está para o empresário mais fraco, assim como a hipossuficiência está para o trabalhador e a vulnerabilidade para o consumidor.

Por dependência empresarial entende-se aquela situação de fato, no contexto de um contrato empresarial, em que a empresa de um dos

empresários contratantes deve ser organizada de acordo com instruções ditadas pelo outro. (COELHO, 2012, p. 110).

Nesta perspectiva, Ulhoa e Nunes (2011, p. 45-47) traduzem a ideia da proteção do empresário mais fraco como um princípio do direito contratual dos empresários consistente no reconhecimento da desigualdade entre contratantes submetidos ao Direito Empresarial, em virtude de disparidade tecnológica, econômica, conhecimento industrial e intelectual.

Sobre o tema, destacamos:

Trata-se de um princípio que reconhece a desigualdade ou assimetria entre contratantes submetidos ao mesmo regime jurídico – o comercial. Sustenta-se, portanto, no reconhecimento de que os empresários, bem como as sociedades empresárias, não são iguais entre si, vez que há diferenças de conhecimento industrial e intelectual, tecnologia e porte econômico, dentre outros, os quais podem, e frequentemente produzem, efeitos tão nefastos quanto àqueles decorrentes da desigualdade entre consumidores e empresários. (ULHOA e NUNES 2011, p. 46)

Para os autores citados, a defesa do princípio da proteção do empresário mais fraco visa amenizar a dependência econômica existente entre as partes o que não seria verificado quando, por exemplo, a relação estiver sendo entabulada por empresários iguais, assim entendidos como aqueles com condições suficientes para negociarem com pleno conhecimento dos deveres e direitos decorrentes daquela relação (2011, p. 46).

Portanto, conclui-se das informações lançadas que a assimetria do empresário consiste na submissão de um contratante aos ditames de outro em condições de superioridade, quando verificado o desconhecimento tecnológica, econômico, industrial, intelectual, além condições técnicas para conhecer todos os direitos e deveres decorrentes da relação contratual.

A bem da verdade, as condições de dependência empresarial e a vulnerabilidade do consumidor ensinadas por Fabio Ulhoa Coelho e Cláudia Lima Marques, respectivamente, em muito se assemelham. Não há uma diferenciação significativa, senão o campo de sua incidência.

Nesta mesma linha de raciocínio, durante a I Jornada de Direito Comercial³, realizada em março de 2013, foi aprovado o Enunciado nº 21, dispondo que “nos contratos empresariais, o

³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Comercial. Enunciado 21. Disponível em < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/46>>. Acesso: 12/07/2018.

dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

Embora desprovidos de força obrigatória, os enunciados são importantes instrumentos de referência doutrinária, os quais criam um norte de interpretação para os inúmeros institutos jurídicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Noutro viés, no projeto de lei do novo Código Comercial, que tramita perante a Câmara dos Deputados – Projeto de Lei nº 1.572/2011 – há previsão de dirigismo contratual em matéria empresarial trazendo, inclusive, algumas consequências para essas relações tidas como assimétricas em seu artigo 272, *caput*.

No citado artigo, o projeto de lei menciona que as obrigações contraídas pelo empresário somente podem sofrer interferência do poder judiciário, isto é, revistas em juízo, quando verificada a existência de fatos supervenientes e imprevisíveis excluindo dentre as possibilidades, as argumentações de onerosidade excessiva ou vantagem excepcional da outra parte.

Neste sentido, dispõe o artigo 273, do Projeto em estudo: “não é suficiente para a revisão judicial de qualquer obrigação contraída por empresário a onerosidade excessiva de seu cumprimento ou a vantagem excepcional da outra parte”.

Não obstante, deve-se ter cautela ao interpretar o mencionado dispositivo. Importante ter em mente que a onerosidade excessiva ou vantagem excepcional não são, *de per si*, fundamentos para a revisão judicial do contrato empresarial, entretanto, somando-se a outros elementos, não há óbice para tanto.

O que se busca evitar, evidentemente, é o auspício do Poder Judiciário sobre as relações empresariais pautadas em meras alegações de onerosidade ou vantagem excepcional. Importante destacar, ainda, o parágrafo 2º, do artigo 306, do mesmo Projeto, dispondo que “mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição de obrigação”.

O Projeto em estudo ainda trouxe importantes observações sobre a assimetria contratual existente nos contratos empresariais. Já em seu artigo 306, a proposta traz que a suposta

assimetria não pode ser aplicada para preservar o empresário das consequências econômicas, financeiras, patrimoniais, nem mesmo administrativas, das decisões tomadas no exercício da atividade econômica.

O empresário quando no desenvolvimento da atividade econômica atrai para si aquilo que já identificamos no presente estudo como o “ônus de conhecimento de mercado”.

Decorre de tal ônus que o empresário deve saber, ou ao menos, prever todas as interferências, vantagens e desvantagens que podem influenciar a empresa. Leia-se empresa como a própria atividade desenvolvida.

Sendo assim, a ideia de assimetria contratual não pode ser utilizada como pressuposto para a interferência do Poder estatal quando a própria disparidade decorre de ingerência do empresário.

Sobre o dever de conhecimento, importante mencionar relevantes decisões proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça sobre os contratos de franquia.

Sabe que em sua essência, os contratos de franquia possuem natureza de adesão, isto é, seus termos e condições são previamente estabelecidos pelo franqueador sem a interferência do franqueado, como ocorre nos demais contratos de adesão, mudando-se as partes. “A franquia, por definição, não pode fugir de cláusulas padronizadas, tendo em vista o interesse na formação de uma rede homogênea de franqueados”. (ULHOA, 2016, p. 04)

Desta feita, a natureza de adesão dos contratos de franquia não decorre por mera liberalidade do franqueador, mas sim da própria ideia de franquia, uma rede homogênea de franqueados.

Existe uma peculiaridade no contrato de franquia no sentido de que a natureza de adesão do mesmo decorre da própria vontade do franquiado em razão da necessidade de igualdade entre os franqueados e a própria segurança jurídica.

Ocorre que em um contrato de franquia a situação é distinta, isto porque as cláusulas e condições previamente redigidas assim o são justamente pela vontade das partes, não havendo que se falar em imposição, mas desejo tanto do franqueador como do franqueado de que a contratação da franquia ocorra sob as mesmas condições a todos os franqueados indistintamente. (ORENGA; FERREIRO, 2016)

Tendo em mente a ideia de que o contrato de franquia possui natureza de adesão, pelos motivos acima expostos, o Superior Tribunal de Justiça, partindo do mesmo ponto, vem relativizando os aludidos contratos quando verificada a hipossuficiência do aderente.

Neste sentido, aquela Corte Superior, no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 935.542, publicado em 23/02/2018, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, reafirmou o entendimento pela possibilidade de ser afastada a cláusula de eleição de foro em contrato de franquia quando verificada a hipossuficiência do franquiado.

Com efeito, o entendimento encampado pela Corte originária encontra ressonância na jurisprudência deste Tribunal Superior, que já decidiu ser possível o afastamento da cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de adesão a fim de que se mantenha o equilíbrio contratual, desde que comprovada a hipossuficiência da parte e a dificuldade de acesso à Justiça.

No caso em apresso, ônus de conhecimento de mercado recai sobre o próprio franquiado quanto aos elementos e natureza do contrato de franquia, não sendo possível falar, neste caso, a existência de uma assimetria ou hipossuficiência a justificar a relativização do contrato.

Por fim, inobstante a defesa de que, em tese, nos contratos empresariais não seria possível verificar a existência de relações assimétricas, haja vista a igualdade entre os contraentes inerente ao direito privado e o ônus de conhecimento de mercado, o projeto de Código Comercial que tramita perante a Câmara dos Deputados eleva a proteção do contratante mais fraco nas relações contratuais empresariais assimétricas como norma geral de interpretação dos contratos mercantis, segundo se infere do artigo 303, inciso III.

Por se tratar, até este momento, de um projeto de lei, não se pode antever como será a sua recepção, tanto pela doutrina, quanto jurisprudência, ou até mesmo se sofrerá alguma alteração no decorrer do processo legislativo, entretanto, o projeto se revela demasiadamente preocupado com a intervenção estatal nas relações empresariais, bem como no próprio relacionamento entre empresários.

Neste diapasão, podemos concluir que a intervenção no direito do consumidor é justificada em razão a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor havendo uma verdadeira presunção de sua existência.

Entretanto, a vulnerabilidade e hipossuficiência não devem ser perquiridas quando diante de relações estritamente empresariais, haja vista que nesta hipótese não há uma assimetria

obrigacional a ser reparada, pois, em muitos casos a desproporcionalidade é inerente à própria relação estabelecida.

5 – A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DOS CONTRATOS MERCANTIS

5.1 – A ORIGEM DA BOA-FÉ

Inobstante a preocupação contemporânea com a ideia de boa-fé e a sua influência sobre os negócios jurídicos, a sua noção é remota ao direito romano sendo encontrado indícios de sua existência desde a fundação da própria Roma até a Lei das XII Tábuas que, em tradução livre, dispunha que “se um patrono tiver cometido alguma fraude contra o seu cliente, que seja condenado”, explica Judith Martins-Costa (2015, p.45).

Ensina ainda que a origem etimológica da boa-fé está associada à palavra *fides*, cujo significado expressaria a ideia de confiança, lealdade, colaboração e auxílio mútuo. Destacamos:

Nascida com o mundo romano, a ideia de *fides* o dominou, ali recebendo notável expansão e largo espectro de significados. Expressão polissêmica, a *fides* será entendida, amplamente, como confiança, mas, igualmente, como colaboração e auxílio mútuo (na relação entre iguais) e como amparo ou proteção (na relação entre desiguais); como lealdade e respeito à palavra dada; como fundamento da justiça e da virtude cívica; como o liame que une entre si os membros da *societas inter ipsos*, e, ainda, como instrumento técnico-jurídico, de modo especial os *iudicia ex fide bona*, sua vigência se manifestando «de maneira fluida e elástica em todos os níveis jurídicos, políticos e sociológicos» da cultura romana, constituindo o seu valor ético fundante. (2015, p.45-46)

Importante dado histórico, até para melhor interpretação do disposto na arcaica lei romana, os clientes eram serviçais da família patrícia ligados por um vínculo de lealdade. Segundo Cláudio Ribeiro da Silva (2008), “eram a população livre do campo, que, sem gozar da qualidade de patrício, acabava por se colocar em estado de sujeição econômica, religiosa e jurídica”.

Com efeito, em razão da fidelidade e lealdade depositada pelos clientes no pátrio poder, a *fides* conservada na clientela era tamanha que incumbia ao patrono o dever de defende-los em razão dessa relação. Conforme observa Flávio Rubinstein (2004, p.24), “nenhum outro delito era considerado tão grave quanto o de não prestar apoio ao cliente”.

Entretanto, a *fides* romana evoluiu, deixando a ideia da moral protetiva, para a valorização da palavra, sem esquecer totalmente a primeira, haja vista que inerente ao povo romano, surgindo a *bona fides*. Esta evolução se deu, sobretudo, diante da transformação de Roma do século III a.C na principal potência comercial do Mediterrâneo, quando passou a necessitar de um regramento menos burocrático justamente para viabilizar os interesses dos comerciantes, diferente do que ocorria com o *ius civile*, necessariamente aplicado aos cidadãos romanos livres, excluindo os escravos e estrangeiros.

Isento do formalismo típico do *ius civile*, o *ius gentium* dará à *fides* uma fisionomia própria. A difusão dos negócios despidos de uma força vinculativa formal no Ordenamento romano e a própria inexistência da formalidade conduz a que a *fides* então se apresente como uma fides não-formal, pouco a pouco despida dos elementos religiosos e voltada à substância do negócio e do comportamento das partes, avaliados segundo a prática dos negócios comerciais. (...) A esta *fides* – que sustenta os acordos – é que virá a ser agregado o qualificativo «*bona*». E assim o é porque se trata de «uma *fides* que constringe a quem prometeu manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; não tendo em vista o texto da fórmula promissória, mas ao próprio organismo contratual posto em si mesmo: não seguindo um valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas fazendo do próprio concreto intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer». (MARTINS-COSTA, 2015, p. 51-52) (grifos no original)

Com a valorização da palavra-promessa, surgiu a chamada *bonae fidei iudicia* que consistia na possibilidade de se demandar perante justiça romana baseando-se na boa-fé, palavra dada, em detrimento da lei. Tratava-se de uma violação do dever acessório da *fides bona*.

No direito brasileiro, a primeira ideia de boa-fé apareceu de forma tímida no parcialmente revogado Código Comercial de 1850, o qual prescrevia que a interpretação dos contratos seria baseada na “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

Posteriormente, o Código Beviláqua de 1916, fortemente influenciado pelo direito francês e alemão, não trouxe em seus preceitos a ideia de boa-fé objetiva, somente a sua modalidade subjetiva baseada na consciência de que o sujeito tinha de agir segundo os ditamos legais vigentes à época, ainda que no campo fático não fosse possível esta constatação (GONÇALVES, 2018, p.57).

Somente com o Código de Defesa do Consumidor é que teoria da boa-fé objetiva restou positivada no ordenamento jurídico brasileiro, o qual, posteriormente, motivou a sua inserção no atual Código Civil, conforme será estudado.

5.2 – A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL.

Os contratos admitem a aplicação de alguns princípios que os norteiam, seja quando em fase de tratativas, quando da sua execução, ou até mesmo após o término de sua vigência.

Abordaremos, por ora, o princípio da boa-fé objetiva como condição de celebração dos contratos. Significa afirmar que, a intervenção judicial será possível quando verificada a violação do princípio da boa-fé objetiva contratual.

A ideia de má-fé na esfera subjetiva sempre foi alvo de repercussões no direito brasileiro. Não se podem admitir que condutas com o propósito geral de lesar alguém prevaleçam em um ambiente de cooperação e lealdade, como se deve presumir nas relações contratuais.

A repulsa à ideia da má-fé subjetiva fez surgir no direito, não só no brasileiro, uma nova percepção da boa-fé, agora pautada no objetivismo. Isto é, o seu campo de atuação volta-se objetivamente para a conduta do indivíduo e não para as suas intenções, que muitas vezes revelasse de difícil comprovação.

A boa-fé objetiva ostenta grande importância nas ciências jurídicas de modo que, com a implantação do Código de Defesa do Consumidor, bem como do Código Civil, passou a ser considerada um importante “princípio fundamental do direito obrigacional”.

Entretanto, importante enfatizar que, embora mencionada nos aludidos códigos, a boa-fé objetiva passou a ser entendida como princípio fundamental do direito obrigacional em todas as suas vertentes, independente do diploma legal que decorra a obrigação contratual. Portanto, a sua existência, obviamente, não se limita aos referidos códigos, considerando, ainda, que já havia sido mencionada no Código Comercial de 1850.

Na esfera contratual, a boa-fé objetiva passou a ser reconhecida como parâmetro de limite da autonomia privada, bem como norma principiológica de interpretação, conforme já mencionado alhures.

Conforme já esposamos no presente estudo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações empresariais com o fundamento na denominada mitigação da teoria finalista adotada pelos Tribunais Pátrios e ratificada pelo Superior Tribunal e Justiça, mostra-se uma interpretação imperfeita da teoria finalista professada por estes Órgãos Superiores contrariando os preceitos legais.

Embora não descartamos a possibilidade do empresário figurar como consumidor e usufruir das benesses advindas da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que seja possível a sua identificação como destinatário final do bem ou serviços, o empresário pode socorrer-se do poder judiciário para revisões contratuais e demais consequências jurídicas decorrentes da própria relação contratual.

Assinale que o princípio da boa-fé contratual se encontra introduzido no direito brasileiro com vigência do Código Civil, em seu artigo 422. Destacamos: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé contratual, como cláusula geral, cria para os contratantes deveres que, embora não previstos nos termos da avença, são tidos como anexos, a saber: dever de lealdade, fidelidade, cooperação e informação.

A violação dos deveres inerentes à boa-fé motiva o inadimplemento contratual, ainda que não seja caracterizada a mora, ou rompimento integral dos termos do contrato. Tal fato decorre daquilo que balizada doutrina vem chamando de violação positiva do contrato (GONÇALVES 2015, p.59):

A boa-fé objetiva enseja, também, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato. Desse modo, quando o contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato.

O Conselho de Justiça Federal, na oportunidade da I Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado de nº 24, que, no mesmo sentido do posicionamento acima adotado, dispõe que “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Nesta toada, sendo a boa-fé contratual um dever inerente aos contratantes, sendo que tal princípio não é estranho ao direito empresarial, podendo ser invocado como fundamento para intervenções judiciais sem a deturpação do direito empresarial e consumerista.

A uma distinção muito importante a ser feita, a boa-fé objetiva é cláusula geral que rege qualquer contrato, seja ele regido pelo Código de Defesa do Consumidor, ou Direito Empresarial, enquanto que a vulnerabilidade e hipossuficiência devem ser vistos em casos específicos.

Entendemos que a força vinculante dos contratos, do brocado jurídico *pacta sunt servanda*, sofre uma relativização em função da violação da boa-fé contratual. Entretanto, note-se que relativização aqui apontada não decorre de uma aplicação de legislação estranha ao direito mercantil, mas de ato ilícito cometido dentro dele mesmo, o qual é extirpado com os mecanismos inerentes ao próprio Direito Empresarial preservando a relação jurídica existente.

Do contrário ocorre com a aplicação do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que, em razão da fraqueza interpretativa, relativizou os contratos empresariais sem, ao menos, preservar a relação existente, haja vista os mesmos passam a ser ponderados sob a ótica de uma legislação inteiramente antagônica.

Assim, desnecessária a força interpretativa do Superior Tribunal de Justiça com a consolidação da mitigação da teoria finalista na jurisprudência pátria, quando, inobstante se prevaleça a força vinculante dos contratos, os mesmos podem ser revisados quando constatada a violação da boa-fé contratual sem, com isso, alterar a natureza da relação jurídica originária.

Até a elaboração do presente estudo, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.572/2011 que, se aprovado, institui o Novo Código Comercial brasileiro, unificando, novamente, a legislação comercial.

No citado projeto existe uma seção inteira destinada às cláusulas gerais de interpretação dos contratos empresariais, o dever de estrita boa-fé.

O projeto de lei, se aprovado, trará importantes inovações para o Direito Comercial, principalmente no que se refere à importância da boa-fé como princípio balizador das relações comerciais.

O parágrafo único, artigo 312, que prevê a sujeição do empresário ao estrito cumprimento do dever de boa-fé, estabelece que este último “deve ter consideração mais acentuada com os interesses legítimos da pessoa com quem contrata”. Certo é que a expressão de muito vaga necessitará de melhor interpretação pela doutrina e jurisprudência.

Noutra banda, o projeto de lei em comento também trouxe duas consequências importantes quando verificada a violação daquilo que ele estatui como “estrita boa-fé”.

A primeira delas, citamos, é a possibilidade de indenização por perdas e danos, conforme artigo 315, caput, do mencionado projeto. A segunda, não menos importante, é possibilidade de revisão de cláusulas contratuais, ou até mesmo a sua anulação quando verificado dolo, ou descumprimento do dever de estrita boa-fé, segundo se infere do parágrafo único, do também artigo 315.

O parágrafo único mencionado alhures nos remete a ideia já estudada no presente trabalho no que se refere ao dirigismo contratual em matéria comercial. Sabe-se que o dirigismo contratual no presente caso deve ser mais comedido quando comparado com outras matérias como, por exemplo, o Direito do Consumidor, onde o dirigismo contratual é bastante evidente.

Entretanto, vê-se uma abertura para a interferência do Poder Judiciário nos contratos empresariais quando comprovada a violação do estrito dever de boa-fé possibilitando, inclusive, a revisão de cláusulas contratuais ou até mesmo a sua anulação.

Note-se, pois, que a boa-fé é um importante instrumento balizador das relações empresariais que deve ser observada nos tempos de tratativas, execução e pós-contratual sob pena de sofrer interferência do Poder Judiciário como meio de se limitar a autonomia privada e a imposição das consequências mencionadas, quais sejam, condenação em perdas e danos, anulação ou revisão de cláusulas contratuais e entre outras hipóteses permitidas por lei.

5.3 – ANÁLISE CONCRETA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO ALTERNATIVA PARA O FINALISMO APROFUNDADO.

Conforme discursado no presente trabalho, buscamos analisar a teoria do finalismo aprofundado defendido pelo Superior Tribunal de Justiça e reforçado pelos mais balizados doutrinadores, oportunamente já citados.

Vimos ainda que a aplicação da aludida teoria, em nome de uma proteção do mais vulnerável, asfixia a natureza da relação jurídica empresarial de modo a transforma-la em uma relação de consumo com o objetivo de proteger a parte mais fraca.

Todavia, a aludida transformação, sem embasamento legal, haja vista que em tais casos não estamos diante de uma relação de consumo, cria inúmeras consequências jurídicas, sobretudo a insegurança nas relações empresariais e econômicas. Frisa-se, sem segurança jurídica não há desenvolvimento.

Inobstante a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor em tais casos, não significa que a autonomia privada é de toda ilimitada, haja vista que a mesma pode sofrer limitações quando houver a violação da Boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva, conforme estudado, cria deveres acessório para os contratantes na execução dos contratos consistentes na lealdade – inserindo-se, aqui, o dever de informação –, honestidade e confiança.

Para analisarmos a boa-fé objetiva nas relações empresárias, trazemos à colação o entendimento afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial 814060/RJ, relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 06/04/2010.

O identificado recurso especial consistia, em síntese, em uma controvérsia baseada em um contrato de seguro no qual somente havia previsão para prejuízos decorrentes de roubo e furto qualificado, sem fazer qualquer menção ao furto simples, o que teria ocorrido à época dos fatos.

A título de esclarecimento, a beneficiária do seguro consistia em uma microempresa no ramo de informática, cujo contrato de seguro visava à proteção do patrimônio utilizado para o desenvolvimento da empresa.

Nesta perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a relação existente entre as partes, a bem da verdade, tratava-se de uma relação de consumo, pois, segundo a Corte Superior, o bem protegido é o patrimônio pessoal da pessoa jurídica.

Em um breve parêntese ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, deixou a Corte de analisar que, se o seguro é utilizado para viabilizar a atividade da empresa de informática, o mesmo inegavelmente teria natureza de insumo, portanto a pessoa jurídica em questão embora destinatária fática, não era econômica, pois não rompia com a cadeia produtiva, haja vista que em tais casos inegavelmente, o seguro é repassado para o consumidor, ainda que indiretamente.

Feito o esclarecimento alhures, o Tribunal entendeu que a regra prevista no contrato de seguro feria o direito do consumidor, especificamente o direito à informação adequada e clara sobre o serviço, conforme previsto no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Fazendo-se uso do Direito Penal, sem adentrar ao minucioso estudo dos tipos penais, o furto simples está previsto no artigo 155, do referido diploma legal, definido como a subtração de coisa alheia móvel, seja para si ou para outrem.

Por outro lado, o furto qualificado está previsto nos incisos do parágrafo 4º, do artigo 155, do diploma incriminador, de modo a incidir a qualificadora quando praticado com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza, com emprego de chave falsa, ou mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Diante destas características, afirmamos a desnecessidade de buscar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso em comendo, via reflexa, não cabia discutir se a pessoa jurídica naquele caso era a destinatária final ou não do serviço de seguro.

Isso porque, conforme vimos, a boa-fé objetiva cria deveres contratuais que, embora não previstos, são gerais e inerentes às relações negociais, são eles o de lealdade, informação, honestidade e confiança.

A atuação do Poder Judiciário, neste caso, deveria consistir apenas em perquirir se houve a violação da boa-fé objetiva no dever de informação e lealdade, ou até mesmo o dever de honestidade e confiança, sobretudo porque se o seguro cobria o furto qualificado, seria compreensível imaginar que não seria diferente em relação ao furto simples, o qual ocorre com mais facilidade.

Neste sentido, restando configurada a violação da boa-fé objetiva, correta seria a intervenção do estatal de modo a igualar a relação jurídica existe. Em sentido oposto, inexistindo a violação permissiva da intervenção esta estaria eivada de inconstitucionalidade.

6 – AS IMPLICAÇÕES DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS POR EXCELÊNCIA

O presente estudo foi elaborado com vistas a criar uma análise crítica quanto ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça com aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre empresários sem a caracterização da relação de consumo.

Expomos que o Tribunal da Cidadania consolidou o entendimento, aplaudido pela doutrina, sobretudo por Claudia Lima Marques, no sentido que, a despeito da inexistência da relação de consumo, é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor de empresários vulneráveis e hipossuficientes.

Ao contrario do disposto no artigo 2º, do Código de Defesa do Consumido, do qual podemos extrair que a consumidor é aquele destinatário final, fático e econômico, do produto ou serviço, configurando assim a relação de consumo, o Superior Tribunal de Justiça faz de modo diverso.

Para aquela corte, nos casos envolvendo empresários, a configuração da relação será verificada quando evidenciada a vulnerabilidade (técnica, jurídica, informacional e econômica) ou hipossuficiência do empresário.

Sabe-se que com a aplicação do Código consumerista, o consumidor passa a ter direitos que são inerentes ao seu próprio *status* de vulnerabilidade, como a possibilidade de revisão de cláusulas contratuais com prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas (abusividade), além da reparação e prevenção de danos patrimoniais e morais decorrentes de atos ilícitos.

Entre os benefícios processuais, um importante destaque é a possibilidade de inversão do ônus da prova, quando verificada a verossimilhança das alegações, que muitas vezes são analisadas de forma genéricas pelos magistrados, e a gratuidade da justiça.

Na esfera processual, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações empresariais, a bem da verdade, não possui uma implicação concreta, haja vista que o próprio Código de Processo Civil possui mecanismos para a concessão da gratuidade da justiça,

quando comprovada a insuficiência de recursos, seja por pessoa física ou jurídica, e a inversão dinâmica do ônus da prova.

Todavia, importante destacar um instituto que, decorrente do direito material, possui aplicação no campo processual: a desconsideração da personalidade jurídica.

Para o estudo da desconsideração da personalidade jurídica, imperioso o destaque do artigo 50, do Código Civil de 2002, dispondo que:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto que relativiza a autonomia entre a pessoa jurídica e a identidade patrimonial dos seus sócios, de modo que em determinados casos é possível valer-se dos bens particulares dos sócios para saldar algum débito da pessoa jurídica.

Para o estudo da desconsideração da personalidade, Flavia Tartuce (2018, p. 589) trabalha com duas teorias: Teoria maior ou subjetiva e teoria menor ou objetiva.

Ensina que a Teoria Maior ou Subjetiva permite a desconsideração da personalidade jurídica quando verificados os requisitos do abuso da personalidade jurídica somado ao prejuízo ao credor, teoria esta adotada pelo artigo 50, do Código Civil.

Neste sentido, analisando o artigo 50, observamos que o abuso da personalidade jurídica consiste no desvio de finalidade ou na confusão patrimonial. Sendo assim, pelo Código Civil, o pressuposto da desconsideração da personalidade jurídica é o abuso da personalidade jurídica da mesma.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, nos votos do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, na oportunidade do julgamento do Recurso Especial nº 1729554/SP, em 08/05/2018, já se manifestou nos seguintes termos:

No caso em julgamento, como dito, é de amplo conhecimento que o Código Civil adota a chamada "teoria maior" da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, segundo a qual é imperiosa a demonstração objetiva de atos contrários à probidade e à legalidade, quais sejam o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, ambos caracterizadores do abuso de personalidade.

À luz da previsão legal, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não caracteriza, por si só, quaisquer dos requisitos previstos no art. 50 do Código Civil, sendo imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Noutro sentido, sobre a Teoria Menor ou Subjetiva aduz o autor que é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado apenas o prejuízo ao credor.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, traz a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica sempre que, 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”.

Sendo assim, a lei consumerista adotou, segundo Flavio Tartuce (2018, p. 590), a Teoria Menor para a desconsideração da personalidade jurídica bastando o mero prejuízo ao consumidor para a aplicação do instituto.

Neste interim, também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.106.072 – MS, em 02/09/2014:

Desse modo, possível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ré, com fundamento no art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, com base na teoria menor, segundo a qual, a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, é o suficiente para se "levantar o véu" da personalidade jurídica da sociedade empresária.

Destacamos também a decisão proferida no Recurso Especial nº 1111153 / RJ, julgado em 06/12/2012:

(...) cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se a utilização da chamada teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores", mercê da parte final do caput do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor (...).

Sendo assim, ao contrario dos pressupostos previstos no Código Civil, sendo o abuso da personalidade jurídica um pressuposto para a sua desconsideração, no caso do Código de Defesa do Consumidor o incidente é aplicado quando a personalidade jurídica se tornar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Além das implicações processuais, conforme visto, também é possível identificar consequências indiretas do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e aplaudido por parte da doutrina especializada.

O empresário ao iniciar uma relação jurídica presume que se a mesma iniciou amparada em uma norma, com uma natureza jurídica pré-estabelecida, a mesma terminará nos mesmos moldes que iniciada.

Sabe-se que o Estado deve editar normas claras e o Poder Judiciário interpreta-las de maneira uniforme e com vistas aos objetivos que foi posta criando-se uma estabilidade, segurança e confiança no direito pátrio.

Conforme visto, o objetivo do empresário sempre será o lucro. Ao ingressar em uma atividade, o empresário visa explorá-la para retirar dela a sua riqueza.

Conforme aponta Francis Fernandes (2005) o empresário ao busca o lucro de sua atividade leva em consideração dois aspectos antes de iniciar o exercício de sua empresa, quais sejam, o risco e o retorno do capital investido.

Entretanto, diante de um cenário de incertezas gerado não só pela transformação da natureza de uma relação empresarial, o empresário não consegue analisar com precisão os riscos do investimento.

Como consequência, inexistindo a possibilidade de se saber se os riscos da atividade e o retorno do capital investido são menores que o lucro, o empresário não investe, a economia não se desenvolve e a instabilidade econômica se instala.

Cria-se no sistema brasileiro uma insegurança jurídica a qual é muito bem exemplificada por Alexandre Sormani (*apud* FERNANDES, 2005):

Imagine-se uma competição cuja regra para vencê-la fosse chegar em primeiro lugar na corrida de obstáculos. Se durante a ocorrência do torneio a regra fosse suscetível de alteração, como, por exemplo, considerar o vencedor o último colocado, certamente afetaria a confiabilidade dos competidores na lisura da competição, frustrando-a.

Com desfecho, destacamos novamente as lições de Fernandes (2005):

A divergência radical de interpretações judiciais, analisada sob o enfoque do empreendedor, nada mais é do que a alteração

sistemática da regra do jogo durante a partida, traduzindo-se no que se denomina aqui de insegurança jurídica.

E nesse cenário, a inexistência da norma quanto ao setor que se quer investir é talvez mais benéfica do que a existência de uma norma interpretada ambigualmente, já que mais vale a certeza do risco radical do que a incerteza da estabilidade superficial.

Assim, sem segurança jurídica não existe um desenvolvimento econômico, pois a incerteza faz com que empresários possam desistir de determinadas negociações quando verificada que a natureza da relação jurídica pode ser asfixiada para o surgimento de outra.

Além das consequências geradas para os grandes empresários, pois não se tratam de ações isoladas, mas sim de demandas julgadas em todo o território nacional, os reflexos negativos podem ser sentidos pelos empresários de pequeno porte.

Isso porque, as chances de existir uma transformação da natureza da relação jurídica havida entre uma empresa consolidada e com grande rendimento com um pequeno negócio (micro e empresa de pequeno porte) é maior, pois a diferença pode ser entendida como uma suposta vulnerabilidade dando espaço para a aplicação da interpretação do finalismo aprofundado.

Entretanto, a despeito do porte empresarial ser diferente, o ônus de conhecimento de mercado é o mesmo, cabe tanto ao grande e consolidado empresário quanto ao pequeno medir as vantagens e desvantagens de um negócio jurídico empresarial.

Podemos assim dizer, então, que sem segurança jurídica o setor comercial não desenvolve afetando diretamente a economia, pois do setor empresarial extrai-se o emprego, a renda e melhores condições sociais.

Neste sentido, verifica-se que as consequências da aplicação do Código de Defesa vão muito além da mera presunção de vulnerabilidade no contexto do processo, ou das implicações processuais decorrentes da aplicação do referido Código. Em uma visão global, as consequências não são tão simplistas.

A segurança jurídica é um princípio basilar de um Estado Democrático de Direito a qual é utilizada como supedâneo de todas as instituições democráticas e relações, tanto entre o Estado e o administrado, quanto entre privados.

Não se deve negar que o empresário não possa ter o seu direito resguardado perante o Poder Judiciário quando verifica a sua violação, todavia deve ser respeitada a relação jurídica

existente, a segurança jurídica que dela decorre, a autonomia privada e o poder vinculante do contrato.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Com o notável desdobramento das relações de consumo, indene de dúvidas o crescimento de demandas judiciais decorrentes de tais relações era previsível. Decorreu de tal experiência, que ainda é constatada na atualidade, vide a massificação dos processos judiciais consumeristas, que o consumidor é, na prática, a parte mais vulnerável em relação ao fornecedor.

Com a aludida massificação, viu-se a necessidade do ordenamento jurídico brasileiro criar mecanismos para equilibrar as relações envolvendo consumidor e fornecedor surgindo, neste interim, o tão aguardado e aplaudido Código de Defesa do Consumidor.

É natural que, como reação ao novo diploma inserido no ordenamento jurídico, o próprio sistema passe a se adequar aos novos preceitos, incluindo aqui os Tribunais Pátrios, responsáveis pela exegese da *mens legis*.

Foi, então, a partir das interpretações externadas pelos Tribunais Pátrios, ratificadas pelos Tribunais Superiores, por menor, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos empresários, ainda que a relação decorra desta condição, quando verificada a vulnerabilidade ou hipossuficiência do mesmo.

Neste contexto, inúmeros foram os favoráveis ao entendimento atualmente pacificado pela Corte Superior, conforme exposto no presente estudo, ao qual remetemos o leitor.

Para o presente estudo, percebeu-se que o critério de vulnerabilidade ou hipossuficiência não foram debatidos nas instâncias superiores bastando apenas a sua aplicação genérica.

Todavia, a aplicação sem parâmetros adequados do Código de Defesa do Consumidor, por permitir uma relativização dos contratos e a intervenção incisiva do poder judiciário nos negócios jurídicos dessa natureza, acaba por instaurar nas relações empresariais uma indefensável insegurança jurídica.

Estudamos ainda que a igualdade entre empresários decorre da própria Constituição em razão da liberdade contratual extraída da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica nacional.

Conforme exposto, nas relações empresariais não se pode partir da presunção de vulnerabilidade ou hipossuficiência do empresário tal como ocorre, muitas vezes, nas relações de consumo.

A partir da análise realizada no presente trabalho, não podemos presumir a existência de uma assimetria nas relações empresariais, ao revés, a igualdade entre empresários deve prevalecer, até última análise, pois esta decorre do chamo “ônus de conhecimento de mercado”.

Parte-se do juízo de que o empresário, ao iniciar a sua atividade produtiva, possui expertise necessária para o seu desenvolvimento em igualdade de condições, seja conhecimento técnico, informacional, jurídico ou econômico.

Se a simetria contratual é a regra, pelo menos em tese, a assimetria é a exceção devendo ser verificada em casos específicos e a aplicação da lei ocorrer *in concreto* quando verificados todos os aspectos da relação e os instrumentos existentes no ordenamento jurídico que são passíveis de utilização, como a boa-fé objetiva e as novas regras processuais introduzidas com a vigência do Código de Processo Civil.

Conforme evidenciado no presente estudo não é a vulnerabilidade ou hipossuficiência os responsáveis pela configuração de uma relação de consumo, mas sim a destinação do produto ou serviço.

Partir de uma análise superficial, desconsiderando todos os pressupostos do Direito Empresarial, é ignorar a autonomia deste ordenamento e do próprio direito privado.

Importante frisar, contudo, conforme ressalvas já realizadas, que não se nega a possibilidade do empresário estar diante de uma relação regida pelo Código de Defesa do Consumidor e ser beneficiário das benesses decorrentes deste código. Contudo, deve-se averiguar se o produto ou serviço foi adquirido como destinatário final fático e econômico, rompendo com a cadeia produtiva, ou como mero meio de viabilização, ainda que indireta, da atividade empresarial.

Deve-se repensar o disposto no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, não para afastar a possibilidade da pessoa jurídica figurar como consumidora, mas sim para delimitar o campo de aplicação do Código.

Esclarecer a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para os casos em que a pessoa jurídica adquire o produto ou serviço para insumo é medida mais adequada para se buscar uma solução para o problema.

Dada à importância do assunto, torna-se necessário o estudo aprofundado das relações empresariais frente ao próprio ordenamento jurídico empresarial, autônomo que é, bem como frente ao Código de Defesa do Consumidor.

Sem embargo, deve existir uma comunicação entre as duas áreas para que não ocorram decisões conflitantes entre duas matérias autônomas entre si que, ao final, obstaculizam o desenvolvendo do próprio direito empresarial e consumerista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASÍLIA. **I Jornada de Direito Comercial, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>>. Acesso em: set. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; NUNES, Marcelo Guedes (Org.). **Princípios do Direito Comercial**. São Paulo: _____ [s.n.], 2011. 67 p. Disponível em: <<https://www.congressodireitocomercial.org.br/sites/wp-content/uploads/2016/12/gep2.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____; **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 16. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 110-112.

CRUZ, André Santa. **Contratos empresariais e dirigismo contratual**. 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/08/29/contratos-empresariais-e-dirigismo-contratual/>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CRUZ, Alessandro da. Bens imateriais não dão direito a arrependimento. In: **Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-09/alessandro-cruz-bens-imateriais-nao-dao-direito-arrependimento>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

FACCI, Lucio Picanço. **Discrecionalidade Judicial**: Considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação. In: Revista da AGU, [S.l.], jun. 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1915/1642>>. Acesso em: 27 set. 2018.

FARIAS, Ricardo Rodrigues. **A teoria da empresa e o empresário individual**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13175>. Acesso em jul. 2018.

FERNANDES, Francis. **O Direito e a segurança jurídica como fatores preponderantes na criação e desenvolvimento das empresas**. 2005. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI19827,91041O+Direito+e+a+seguranca+juridica+como+fatores+preponderantes+na>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Manual de direito empresarial**. 8. ed. rev., ampl. e ref. São Paulo: Atlas, 2016.

GARCIA, Leonardo; ROCHA, Roberval (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de direito comercial**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 469-472.

JÚNIOR, André Puccinelli et al. (Coord.). **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2015

KENNEDY, John F. **Special message to Congress on protecting consumer interest**. 1962. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 26 set. 2018.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

LUXEMBURGO. **Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993**. Relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex:31993L0013>>. Acesso em jul. 2018.

MARCHI, Théra van Swaay De; MARQUES, Maria Silvia L.A. **A panacéia da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça: possível aplicação indiscriminada**. 2004. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8116,21048A+panaceia+da+Sumula+297+do+S+uperior+Tribunal+de+Justica+possivel>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARTINS, Humberto. **Direito Civil Atual: Relações de consumo na visão do Superior Tribunal de Justiça (Parte 1)**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-15/direito-civil-atual-relacao-consumo-visao-superior-tribunal-justica-parte>>. Acesso em: set. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. As Raízes. In: **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 43-111. Disponível em: <http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2015/10/L-49_tira-gosto_A-Boa-fe-no-direito-privado_Judith-Martins-Costa.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: dos contratos e dos atos unilaterais: para concursos, exame da Ordem e graduação em direito: volume 3**. São Paulo: Atlas, 2014.

NEWLANDS JUNIOR, Carlos Arthur. **Sistema financeiro e bancário**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

RUBINSTEIN, F. A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 573-658, 1 jan. 2004. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>>. Acesso em: set. 2018.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da liberdade ao controle**: os riscos do novo direito civil brasileiro. 1. ed. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOARES, Guilherme Augusto De Vargas; FONTANIVE, Thiago. **O novo CPC e a Tentativa de um Processo Civil Democrático**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-10/diario-classe-cpc-tentativa-processo-civil-democratico>>. Acesso em: 27 set. 2018.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Direito Romano Arcaico - I Parte**. Sociedade e Antecedentes culturais. [online] Disponível em: <<http://www.ribeirodasilva.pro.br/direitoromanoarcaico-parte1-06.html>>. Acesso em set. 2018,

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC**: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ONTARIO. **Consumer Protection Act**, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sched. A. Disponível em: <<https://www.ontario.ca/laws/statute/02c30#BK4>>. Acesso em: jul. 2018.

ORENGA, Danilo; FERRERO, Maria Fernanda. **Entendimento de que todo contrato de franquia é de adesão é perigoso**. In: Revista Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-27/entendimento-todo-contrato-franquia-adesao-perigoso>>. Acesso em: 27 set. 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 6. Ed. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TAVARES, André Ramos, 1972-. **Direito constitucional**. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

_____; **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Entre a liberdade e o dirigismo contratual**: o caso da Lei Ferrari. Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP, São Paulo, v. 3, n. 1, p.10-31, 2015. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/viewIssue/1594/3>>. Acesso em: 29 set. 2018.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.