

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 5

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2009

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

COORDENAÇÃO: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 5 (julho/dezembro 2009)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

**O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE E A
APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR NA PROTEÇÃO DO
CONSUMIDOR-EMPRESA**

**THE PRINCIPLE OF VULNERABILITY AND THE
APPLICATION OF CONSUMER CODE IN
PROTECTION OF THE ENTERPRISE**

Guilherme Magalhães Martins

Resumo: O artigo discute a evolução jurisprudencial do conceito jurídico de consumidor em face das empresas, chegando ao finalismo aprofundado, baseado no critério da vulnerabilidade.

Palavras-chave: Conceito de consumidor; empresa; vulnerabilidade.

Abstract: This paper discusses the case law evolution of the consumer concept applied to enterprises, arriving to deep finalism, based on vulnerability criterion.

Keywords: Concept of consumer; enterprise; vulnerability.

Sumário: 1. Introdução. 2. A evolução do conceito jurídico de consumidor e a empresa. 3. Os critérios da destinação final e dos bens de produção e de consumo na definição do sujeito. 4. Conclusão.

1 — Introdução

A verificação do campo de incidência das normas da Lei nº 8.078/90 depende, em primeiro lugar, do assentamento de uma noção de consumidor, de modo a dimensionar as relações jurídicas a serem tuteladas.¹

Mais do que delimitar a aplicabilidade daquele diploma legal, torna-se necessário repensar o papel representado pelo Código de Defesa do Consumidor no sistema de fontes normativas.²

Segundo a visão tradicional do finalismo, tal noção deveria abranger o não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional (comerciante, industrial ou profissional liberal), sendo insuficiente à plena compreensão da matéria a noção subjetiva de consumidor, que exclui os contratos concluídos entre dois profissionais, com fim lucrativo.³

Tornou-se histórica a polêmica entre os maximalistas e os finalistas, no tocante à abrangência do conceito jurídico de consumidor, que, para os primeiros, é o mais amplo possível, abrangendo indistintamente as pessoas naturais e jurídicas, independentemente da finalidade lucrativa.

Para os adeptos da corrente maximalista, deve ser interpretada extensivamente a definição do art. 2º do Código do Consumidor. Para que fique caracterizada a relação de consumo, basta que o bem não seja renegociado e reintroduzido no mercado, ou o serviço não

1 BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 728, fev. 1988, p.71.

2 TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento (Editorial). *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 22, abr./jun. 2005, p.iii.

3 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp.140/141.

constitua etapa no fornecimento de outro serviço ou produto.⁴ O maximalismo pretende estender a proteção contratual dos consumidores a toda a contratação de serviços ou produtos em que o adquirente possa ser considerado destinatário fático, ou seja, pessoa física ou jurídica que retira do mercado o produto e o consome.⁵

Já os finalistas, também denominados minimalistas⁶, propugnam por uma interpretação mais restritiva, considerando como consumidor somente quem adquire ou utiliza⁷ dado produto ou serviço para si mesmo ou para sua família, necessitando, portanto, de uma efetiva proteção.⁸

Os adeptos dessa corrente sustentam que o objetivo da lei é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade considerado mais vulnerável, evitando comprometer o nível de proteção alcançado em seu favor, caso viesse a ocorrer a aplicação indiscriminada das normas do Código a relações que não se caracterizam como de consumo.⁹

4 CARPENA, Heloísa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 176/177.

5 TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. *Temas de Direito Civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.127.

6 NETO LÔBO, Paulo Luiz. Responsabilidade por vícios nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, abr./jun. 1995, v.14, p. 36.

7 MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 68. Como bem salienta o autor, o consumo não se perfaz apenas com a aquisição dos produtos, mas sobretudo com a sua fruição e uso.

8 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, *ob. cit.*, pp.140/141. PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor *in* TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 338. Segundo a autora, "(...) por 'destinatário final' compreende-se não apenas o agente que promove o esgotamento econômico do produto ou serviço pelo gasto, destruição, fruição e uso, mas também o aproveitamento da utilidade que comporta. Retirá-lo do ciclo econômico não representa necessariamente sua modificação ou destruição, pois pode ou não sofrer alteração em sua substância, a exemplo dos bens não consumíveis".

9 CARPENA, Heloisa. *Ob. cit.*, p. 179.

A rigor, a mencionada controvérsia pode ser situada em função de três estágios principais no modo como a jurisprudência brasileira vem evoluindo na interpretação do conceito de consumidor.¹⁰

Num primeiro estágio, denota-se uma vocação expansiva do Código de Defesa do Consumidor como lei de regulação geral do mercado, identificando o destinatário final com o destinatário fático do produto ou serviço, e abrangendo de modo geral o consumidor empresário, seja pela interpretação do art. 2º ou do art. 29 da Lei nº. 8078/90.

Posteriormente, num segundo momento, surge uma interpretação mais restritiva do conceito de consumidor e da expressão destinatário final do art. 2º, prestigiando a teoria finalista.

Por fim, numa terceira etapa, a partir do papel construtivo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se o critério da vulnerabilidade para a identificação do consumidor, independentemente se destinatário final ou consumidor equiparado. Este último critério é denominado em sede doutrinária de finalismo aprofundado, pois, ao destacar o critério da vulnerabilidade, estimula sua interpretação em vista de novos significados.

2 — A evolução do conceito jurídico de consumidor e a empresa

Por ocasião da entrada em vigor da Lei nº. 8.078/90, que acaba de completar 19 anos de promulgação, justificava-se sobre a interpretação ampliativa do conceito de consumidor, pelo caráter renovador das regras do CDC em relação ao direito privado brasileiro centrado no Código Civil de 1916.

Nesse sentido, foi o direito do consumidor o principal elemento de renovação do direito privado, com a introdução de uma série de

10 MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, abr./jun. 2007, v.62, pp. 260/261.

inovações, como a boa-fé objetiva, a objetivação do abuso de direito, a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores, o caráter vinculante da oferta, a proteção do equilíbrio contratual, dentre outras.

Nas palavras de Gustavo Tepedino, o Código do Consumidor, quando de sua promulgação, era visto por muitos civilistas como uma lei estrangeira. Desempenhou aquele diploma, então, um verdadeiro repensar crítico no direito privado, criando nos anos 90 um movimento conhecido como *consumerismo*, que buscava se afastar ao máximo da dogmática liberal e patrimonialista do direito civil tradicional. Conclui o professor titular de Direito Civil da UERJ que¹¹

Nesse momento, desenvolveu-se a corrente *finalista*, em oposição aos *maximalistas*, na definição do âmbito de incidência do CDC. O grande temor dos *finalistas* era que, com a expansão exagerada do conceito de consumidor, ter-se-ia uma banalização da sua tutela, em detrimento das conquistas que se afirmavam gradativamente na jurisprudência. Sonhava-se com um mundo mais isonômico no mercado de consumo e se procurava exorcizar, a todo custo, a lógica individualista (que se supunha perene) do direito privado.

Mas a promulgação do CC 2002 retirou em parte a centralidade que, sobretudo por ação da jurisprudência brasileira, o CDC assumiu no cenário do direito privado durante a década de 90, vez que várias das normas previstas na legislação consumerista, especialmente em matéria de contratos e responsabilidade civil, foram incorporadas à nova legislação.

O Código de Defesa do Consumidor, deste modo, retornou à sua origem como lei especial de proteção ao consumidor destinatário

11 Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento (Editorial), *ob. cit.*, p.iii. Segundo a visão dominante nessa época, a concepção da “pequena empresa” como vulnerável frente à grande empresa implicaria a passagem do “direito do consumo” ao “direito do mercado”. Cf. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del consumidor*. 2ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 21.

final fático e econômico do produto ou serviço, conforme preconizado pela corrente finalista.¹²

De acordo com o finalismo então imperante, o simples fato de se utilizar um contrato preelaborado por um dos co-contratantes profissionais não deveria ser suficiente para presumir a vulnerabilidade do outro, fazendo-se mister a comprovação dessa circunstância no caso concreto.¹³

Emblemático desta época o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do caso *Teka versus Aiglon*, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa e julgado em 1º.12.1999, no sentido de que os bens e serviços usados diretamente na produção de outros bens e serviços, estes sim destinados ao consumidor final, assim como o comércio internacional de produção, não estariam abrangidos pelo CDC. Passa-se a transcrever um trecho da ementa do acórdão, que afirma:

Homologação de laudo arbitral estrangeiro. Inaplicação do Código de Defesa do Consumidor (...) 4. O Código de Defesa do Consumi-

12 Conclui TEPEDINO, *ob. cit.*, p.iv: “Diante de tal tendência metodológica, longe de se entrever, no horizonte, uma redução da proteção dos consumidores, há de se constatar o reconhecimento pela Corte Superior da unidade axiológica da ordem civil-constitucional, que se manterá íntegra na medida em que se assegure sempre a dignidade da pessoa humana (consumidora ou não) e a prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais. E não é à toa que os arts. 17 e 29 do CDC pretenderam ampliar o espectro de incidência da tutela do consumidor. Mais uma vez é preciso afirmar a unidade do ordenamento e compatibilizar as normas relacionadas aos contratos de adesão, de seguro, de corretagem, de transporte, e assim por diante, com as normas do CDC. O critério da vulnerabilidade, norteador da atuação do STJ, mais uma vez deverá servir para estabelecer os limites de incidência de ambos os diplomas”.

13 MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In: NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.20. Segundo a professora, “a contratação por adesão entre profissionais, nacional e internacionalmente, não pode ser suficiente para presumidamente transformar todo o comércio em consumo, apesar das eventuais semelhanças! Aqui necessitamos manter a distinção entre comércio e consumo, e, ao contrário, aproximar inicialmente as noções de comércio às do direito civil. Parece-me que podemos aceitar, no máximo, a contratação por adesão intercomercial apenas como um indicio de vulnerabilidade, nunca uma presunção (relativa ou absoluta), sob pena de destruímos — com a banalização e a injustiça dos resultados concretos desta conclusão — o sistema de proteção dos diferentes, dos verdadeiramente mais fracos, o CDC”.

dor, conforme dispõe em seu art. 2º, aplica-se somente à pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (Sentença estrangeira contestada nº. 5847-1, j. 1º.12.1999).

Passou-se a uma interpretação restritiva, entendendo-se como tal aquele que ocupa um nicho específico na estrutura do mercado — o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de modo a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.

Chegou-se, num terceiro momento, à constatação de que se pode até discutir quem pode ser considerado como destinatário final, mas não se pode, em princípio, descartar a pessoa jurídica utilizando como único argumento o seu potencial econômico.¹⁴

Afirmou-se, então, que o *reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor*, afirmado pelo próprio CDC (art. 4º, I), deveria ser um requisito comum para que o intérprete afastasse eventual relação jurídica do âmbito do Código Civil e aplicasse a legislação protetiva.¹⁵

14 MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.99.

15 CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 356. Nas palavras do autor, “ainda em relação à Lei nº. 8.078/90 pode-se considerar que o princípio da vulnerabilidade é aquele que informa todas as demais normas nela estabelecidas. Assim, é a vulnerabilidade elemento essencial do conceito jurídico de consumidor, seja *stricto sensu* seja equiparado, podendo-se dizer que não existe o consumidor e, conseqüentemente, não se aplica a Lei nº. 8.078/90, se não se observar sua vulnerabilidade, em qualquer das três formas estudadas”. Recorde-se, igualmente, que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, *verbis*: “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I — reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. A mesma conclusão é endossada por Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 58). Mesmo no direito francês, onde o adquirente não pode ser profissional para ser considerado consumidor, existe uma preocupação com a inexistência de conhecimento adequado para a aquisição do bem. Para Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz (*Droit de la consommation*, 4ª ed. Paris: Dalloz,

A vulnerabilidade, considerada a espinha dorsal do Código de Defesa do Consumidor, ou a explicação das regras diferenciadas daquele diploma contratual, abrindo uma brecha nas bases voluntaristas e individualistas do direito privado, pode ser identificada da seguinte maneira, segundo a professora Claudia Lima Marques:

Ocorre a vulnerabilidade técnica quando o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto adquirido, podendo ser mais facilmente enganado quanto às suas características ou utilidade. A vulnerabilidade jurídica ou científica, por sua vez, se refere à falta de conhecimento específico, seja no campo jurídico, seja no âmbito da contabilidade ou economia. Por fim, a vulnerabilidade fática ou sócio-econômica decorre da posição de monopólio em que negocia o fornecedor, seja em razão do seu grande poder econômico, seja em virtude da essencialidade do serviço.¹⁶

A jurisprudência dominante no STJ começou a entender dessa maneira. Conforme o voto da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº. 476.428-SC, julgado em 19.04.2005, “recentemente, a segunda seção do STJ superou a discussão acerca do alcance da expressão ‘destinatário final’, constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor”.

No caso acima mencionado, uma rede de hotéis ingressou com ação indenizatória contra empresa distribuidora de gás GLP para obter ressarcimento dos prejuízos decorrentes da não-utilização das sobras de gás nos recipientes comercializados pela distribuidora, em face da impossibilidade técnica de fazê-lo.

1996, p. 08), pode ser o caso dos profissionais que agem dentro da sua competência, como o agricultor que adquire um seguro para a sua plantação, o comerciante que instala um sistema de alarme em sua loja, ou um advogado que compra um computador para as suas atividades profissionais. Nesses casos, embora aquelas pessoas não possam ser consideradas consumidoras para o direito francês, haveria uma situação de inferioridade comparável à dos consumidores.

16 *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, ob. cit., pp. 146/149.

Por tais razões, os recipientes eram devolvidos para a distribuidora com as respectivas sobras, importando a relação continua em danos sistemáticos para a usuária do produto.

Vale transcrever um trecho do voto da relatora, que considerou aquela empresa hoteleira como consumidora:

Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto. Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, D). (...) Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não. (...) De fato, os critérios jurisprudenciais têm avançado no sentido de se reconhecer a necessidade de mitigar o rigor excessivo do critério subjetivo do conceito de consumidor, para permitir, por exceção, a equiparação e a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários. Superada a questão da “destinação final” do produto, agora a jurisprudência é incitada à formação das diretrizes para o reconhecimento da vulnerabilidade ou da hipossuficiência (aspecto processual) no caso concreto.

Tal decisão confirma a ampliação da definição de consumidor, em vista da aplicação do princípio da vulnerabilidade para contemplar também a pessoa jurídica empresária, que, estando ou não no exercício de sua atividade negocial específica, coloca-se em posição vulnerável em vista do outro sujeito da relação contratual.

No mesmo sentido¹⁷, o voto do Ministro Jorge Scartezzini no julgamento do Recurso Especial nº. 661.145, de fevereiro de 2005, verificando um

certo abrandamento na interpretação finalista, na medida que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada *in concreto* a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais.

Hoje parece ser possível afirmar o acerto daquele entendimento, em especial se for considerada a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça. De fato, este Tribunal parece ter *relativizado* a infundável discussão em torno da expressão *destinação final*, — constante do art. 2º, *caput* —, procurando, ao contrário, reconhecer, em concreto, a *vulnerabilidade* de uma das partes da relação jurídica, o que determina a incidência do próprio CDC.

Por esta razão é que a doutrina mais atenta afirma ter o STJ consagrado um *finalismo aprofundado*, abandonando, em certo sentido, as distinções que lançaram em campos opostos *finalistas* e *maximalistas*¹⁸. E se tem destacado, igualmente, novas formas de vulnerabilidade do consumidor, muito embora pareça possível afirmar que

17 Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 541.867, julgado em 2004 e oriundo da 2ª Seção, entendeu inexistir relação de consumo entre uma administradora de cartão de crédito e um lojista. O relator do processo, Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, admitiu como consumidora dos serviços de cartões de crédito uma empresa de tintas, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, no que foi acompanhado pelos Ministros Humberto Gomes de Barros, Nancy Andrighi e Castro Filho. Porém, o Ministro Jorge Scartezzini considerou que a empresa de tintas “não se caracteriza, tampouco, como hipossuficiente na relação travada com a sociedade emissora de cartão de crédito, pelo que, ausente o conceito de consumidor, não há que se falar em relação merecedora de tutela legal especial”. Este voto prevaleceu, tendo sido acompanhado pelos Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior.

18 É o que se lê em MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 71: “Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002,

parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (art. 4º, D), que poderíamos denominar aqui de *finalismo aprofundado*. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade” (original grifado). Neste sentido, pode ser recordada a decisão proferida pela Terceira Turma do STJ (REsp. nº. 476.428/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 19.04.2005 e publ. no DJ em 09.05.2005), a qual entendeu como relação de consumo aquela estabelecida entre um hotel e uma fornecedora de gás em recipientes adequados. Em seu voto, a Ministra Relatora afirma: “Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto. Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, D). (...) Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não. (...) De fato, os critérios jurisprudenciais têm avançado no sentido de se reconhecer a necessidade de mitigar o rigor excessivo do critério subjetivo do conceito de consumidor, para permitir, por exceção, a equiparação e a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários. Superada a questão da ‘destinação final’ do produto, agora a jurisprudência é incitada à formação das diretrizes para o reconhecimento da vulnerabilidade ou da hipossuficiência (aspecto processual) no caso concreto”. Esta decisão mereceu interessante comentário de Bruno Miragem [Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal (STJ — REsp 476.428-SC; rel. Min. Fátima Nancy Andrighi; j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005)]. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 62, abr.-jun./2007, pp. 259/267.

Decisão recente da Quarta Turma (REsp. nº. 861.027/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julg. em 17.05.2007, publ. no DJ em 29.06.2007), no entanto, afastou a incidência do CDC na relação contratual celebrada entre uma empresa de táxi aéreo e uma distribuidora de combustível de aviação. Em seu voto, o Ministro Relator não tece nenhum comentário acerca da eventual aplicação do art. 29 do CDC, preferindo destacar que “verificada a inexistência de controvérsia acerca da utilização das mercadorias — combustível para aeronaves comerciais — no exercício

a jurisprudência do STJ continue a realçar o seu aspecto econômico, talvez por ser o mais facilmente observável (ou, ao menos, suposto) no caso concreto.¹⁹

da atividade empresarial dos embargantes, razão assiste ao recorrente em seu inconformismo. Na espécie, a relação jurídica estabelecida entre as partes litigantes não guarda natureza consumerista; ao revés, evidente o caráter mercantil, puro e simples, uma vez dedicada a empresa Jet Sul Táxi Aéreo Ltda., como sua própria denominação já o evidencia, à prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros e de cargas, na modalidade de táxi aéreo, com habitualidade e objetivo de lucro. (...) Em conclusão, utilizando-se a empresa de mercadorias ou de serviços de outra empresa, para incremento de sua atividade empresarial principal, tem-se típica e autêntica relação comercial, entendida no sentido de mercancia, com intuito de lucro e sentido de habitualidade, regulada essa relação pela lei civil, afastada a consumerista”.

19 Pode aqui ser recordado o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi por ocasião do julgamento do mesmo REsp. 476.428/SC citado na nota anterior. Afirma a Relatora, ao discorrer sobre a vulnerabilidade do consumidor, que “em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores. (...) Com essas considerações, seja por reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa jurídica empresária, em face da suprema necessidade do bem para o exercício da atividade hoteleira (vulnerabilidade fática), da natureza adesiva do contrato de compra e venda estabelecido (vulnerabilidade jurídica), e da impossibilidade de extração total do produto dos botijões (vulnerabilidade técnica); ou seja por equiparação, em razão da exposição da sociedade empresária às práticas comerciais abusivas, o CDC deve ser aplicado à hipótese, ainda que por fundamentos diversos daqueles esposados pelo acórdão recorrido”. O mesmo Tribunal, entretanto, afastou a abusividade da cláusula de eleição de foro prevista no contrato celebrado entre uma clínica médica e pessoa jurídica sediada no exterior para a aquisição de equipamento médico de elevado valor. Trata-se do REsp. nº. 684.613/SP (3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 21.06.2005 e publ. no DJ em 01.07.2005), no qual afirmou a Min. Relatora, em seu voto, que “na presente hipótese, entretanto, ainda que se considere a natureza adesiva do contrato firmado entre as partes, informam os autos que a empresa foi devidamente assessorada por profissionais qualificados, fato que, em tese, afasta qualquer indício de abusividade em relação à unilateralidade das cláusulas do contrato e por conseguinte, uma eventual vulnerabilidade técnico-jurídica. Além disso, mesmo em hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência deste STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes. (...). Dessa forma, comprovado o porte expressivo da contratação (US\$ 859.820,00 — oitocentos e cinquenta e nove mil dólares americanos), afasta-se, de plano, a vulnerabilidade econômica da recorrente, mesmo ao se considerar o valor do capital social da empresa (R\$

O direito estrangeiro mostra uma preferência pela proteção do consumidor não-profissional, critério que não foi seguido pelo CDC brasileiro, que admite o consumidor pessoa física ou jurídica, assim como promove a equiparação a consumidor no art. 29, quanto à aplicação das normas de proteção contratual, ao referir que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.²⁰

A consolidação do entendimento jurisprudencial, no STJ, em favor da interpretação finalista, representa uma tendência de especialização das normas do CDC em vista de sua aplicação à parte mais fraca da relação contratual.

Observa Antonio Carlos Morato que um traço comum entre todos os adeptos da impossibilidade de ampliação do conceito de pessoa jurídica consumidora é o dado axiológico, nem sempre visualizável, segundo o qual haveria uma restrição implícita na própria norma, seja em virtude da expressão “destinatário final”, empregada pelo art. 2º. do CDC, seja em razão do critério econômico.²¹

20.000,00 — vinte mil reais), apontado nas razões de recurso”. É ainda Cláudia Lima MARQUES, na obra coletiva citada na nota anterior, quem afirma existir, atualmente, uma quarta espécie de vulnerabilidade — além das três anteriormente reconhecidas (técnica, jurídica e fática) — que se denomina “informacional” (p. 71). Esclarece a Autora, mais à frente (p. 75), que esta vulnerabilidade informacional “é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Hoje merece ela uma menção especial, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação. Nosso mundo de consumo é cada vez mais visual, rápido e de risco, daí a importância da informação. Efetivamente, o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária. Concorde-se com Erik Jayme, quando conclui que o consumidor/usuário experimenta neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o consumo pela internet, pela televisão, pelo celular, pelos novos tipos de computadores, cartões e *chips*), sim, uma nova vulnerabilidade. Também Antônio Herman Benjamin menciona o aparecimento de uma ‘hipervulnerabilidade’ em nossos dias”.

20 MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC..., *ob.cit.*, p. 262.

21 *Ob. cit.*, pp. 145/146.

3 — Os critérios da destinação final e dos bens de produção e de consumo na definição do sujeito

Em face do atual estado da arte, soa tranquilo afirmar que, adquirindo um bem de consumo, fora de sua área de atuação, a pessoa jurídica pode invocar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sem que qualquer óbice possa ser levantado.²²

A concepção restritiva que outrora buscou circunscrever o conceito de consumidor apenas às pessoas jurídicas sem finalidades lucrativas (clubes, entidades filantrópicas, associações, etc.)²³ terminou esvaziada pela jurisprudência e abandonada pela doutrina.

No entanto, para outra corrente doutrinária, que considera a pessoa jurídica consumidora em face da aferição da sua vulnerabilidade, é preciso que os bens por ela adquiridos sejam bens de consumo e que na pessoa jurídica esgotem a sua destinação econômica:

Não se confere à pessoa jurídica a condição de consumidora quando adquire produtos ou contrata a prestação de serviços como intermediário do ciclo de produção. Finalmente, tem-se repudiado a ideia de consumidora quando adquire bens de capital ou tipicamente de produção.²⁴

A matéria, no entanto, é polêmica, orientando-se o melhor entendimento à prevalência da vulnerabilidade sobre os critérios da destinação final ou da natureza do bem envolvido.

Esta última posição é defendida por Newton de Lucca:²⁵

22 MORATO, *ob.cit.*, p.157.

23 GOUVÊA, Marcos Maselli. As empresas e o conceito de consumidor. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, jan./jun. 1997, v.5, p. 163.

24 CAVALIERI FILHO, *ob. cit.*, p. 58.

25 *Direito do consumidor; aspectos práticos: perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 40.

É verdade que a nossa lei incluiu, na definição, as pessoas jurídicas, ponto sobre o qual muito se discute. De toda sorte, entendo que as pessoas jurídicas albergadas pelas normas tutelares não apenas devem ser destinatárias finais dos produtos e serviços por elas adquiridos — o que está expresso na lei — como também, embora não constante do texto legal, mas decorrente de todo aspecto teleológico dessa disciplina normativa, devem estar *equiparadas* aos consumidores pessoas físicas pela sua *vulnerabilidade* em relação ao fornecedor.

Após igualmente constatar que o próprio *caput* do artigo 2º da Lei nº. 8.078/90 inclui a pessoa jurídica no conceito jurídico de consumidor, Rizzato Nunes²⁶ indaga:

Ora, afinal o que é que uma pessoa jurídica pode consumir?

Pessoa jurídica não come, não bebe, não dorme, não viaja, não lê, não vai ao cinema, não assiste a aula, não vai a *shows*, não assiste a filmes, não vê publicidade etc.

Logo, para ser consumidora, ela somente poderia consumir produtos e serviços que fossem tecnicamente possíveis e lhe servissem como bens de produção e que fossem, simultaneamente, bens de consumo.

Se o mesmo produto ou serviço puder ser utilizado para fins de consumo, aplicam-se as regras do Código do Consumidor, ainda que se trate, em tese, de bem de produção.²⁷

26 NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.103.

27 A situação é ilustrada por Rizzato Nunes, *ibid.*, pp. 101/102 : “Suponhamos que eu, como professor que sou, esteja me dirigindo ao prédio de uma escola para dar aula no curso de especialização em Direito do Consumidor. Digamos que ao chegar ao prédio eu constate que me esqueci de levar caneta. Como sempre uso caneta durante as exposições para fazer marcações e, na parte do seminário, para anotar as questões dos alunos, tenho de, antes de ir para a sala, adquirir uma caneta. Vamos supor, então, que, ao chegar à papelaria, encontre-me com um aluno do mesmo curso que também estava em busca de uma caneta. Ele por outro motivo: para anotar minha aula. E que na papelaria haja para vender apenas um estojo com duas canetas esferográficas iguais. Constatando o problema, eu e ele resolvemos comprar o estojo e dividir o preço ao meio: 50% para cada um; uma caneta para cada um. Note-se que as tais

Logo, apesar do enfoque centrado na análise econômica da relação de consumo, o mesmo autor justifica a previsão normativa da segunda parte do artigo 51, I do Código de Defesa do Consumidor²⁸,

duas canetas foram fabricadas no mesmo dia, hora e minuto, na linha de montagem do mesmo fabricante, tendo a mesma classificação seriada: são idênticas. Vamos supor também que ambas, exatamente por serem idênticas, produzidas na mesma série, tenham as mesmas características, e, no caso, o mesmo vício da fabricação: se ficarem na posição vertical por mais de dez minutos a tinta vai sair pelo bico. Bem. Eu e meu aluno compramos as canetas, cada um pegou a sua e fomos juntos para a sala. Veja-se claramente: até aquele momento, ali na papelaria, somos, eu e ele, dois consumidores típicos. Porém, ao ingressarmos na sala, eu tomo posição atrás da mesa e ele se acomoda numa das cadeiras da sala. Eu, professor; ele, aluno. *No momento em que ingressamos na sala, minha caneta tornou-se bem de produção; a dele, bem de consumo.* Na verdade, desde o início minha caneta era bem de produção (foi para isso que eu a adquiri) e a dele, de consumo. Eu, lá, como prestador do serviço, dando aula, e ele, como consumidor-aluno, assistindo. Digamos que no intervalo eu coloque minha caneta no bolso do paletó e ele no bolso do seu paletó. Dez minutos depois as canetas vazam, manchando e inutilizando ambos os paletós. De onde se extrairia o princípio lógico ou jurídico de garantir a ele como consumidor o direito de pleitear indenização com base nas regras protecionistas do CDC, e a mim o direito de pleitear também indenização, mas fundado nas normas do Código Civil que dão a mesma proteção? Isso não só seria ilógico como feriria o princípio de isonomia constitucional; além do mais, não está de acordo com o sistema do CDC. Na realidade, o exemplo singelo que aqui relatamos tem a grande virtude de elucidar a questão: a Lei nº. 8.078 regula o pólo de consumo, isto é, pretende controlar os produtos e serviços oferecidos, distribuídos e vendidos no mercado de consumo e que foram produzidos para ser vendidos, independentemente do uso que se vá deles fazer” (g.n.). A mesma conclusão é endossada por GOUVÊA (*ob. cit.*, pp.162/163): “de acordo com a teoria clássica, o processo econômico é concebido como a interação de quatro momentos: produção, circulação, distribuição e consumo. Ora, conquanto bens possam ser utilizados (insumidos) na produção, na circulação e na distribuição, somente será correto considerá-los consumidos se tal utilização, com esgotamento total ou parcial do bem, se der na etapa final do processo — na etapa de consumo, onde o bem é diretamente empregado na satisfação de uma necessidade econômica. Enfim, somente será consumidor o destinatário final, não do bem, mas do processo econômico. Retornando a exemplo tratado anteriormente, caso se perdesse de vista o processo produtivo, a montadora de automóveis, ao adquirir parafusos, poderia ser considerada destinatária final destes (já que não mais os aliena na condição de simples parafusos). Atentando para a ótica do processo econômico, entretanto, afigura-se forçoso reconhecer que a montadora não é sua destinatária final, já que não os utiliza para satisfação direta de uma necessidade econômica, mas como instrumentos para a produção de novos bens (...) *O parafuso, ao sair da fábrica, poderia ser adquirido diretamente por um particular, hipótese em que haveria uma relação de consumo, eis que o parafuso seria empregado, diretamente, na satisfação de uma necessidade econômica. Para a montadora, entretanto, o parafuso tem um valor instrumental; é um bem de produção — e não de consumo*” (g.n.).

que foi feita exatamente pensando no consumidor-pessoa jurídica que adquire produto ou serviço de consumo para fins de produção:

Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I — impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. *Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis* (g.n.).

Rizzatto Nunes discorre acerca do dispositivo acima, que traduz exceção legal de permissão de cláusula limitadora de responsabilidade, permitindo, em tese, a aquisição de bem de produção a título de consumo:

(...) por que é que a lei resolveu excetuar do amplo e exposto sistema de responsabilidade civil objetiva, no qual o fornecedor não pode, de maneira alguma, desonerar-se de seu dever de indenizar, exatamente um caso especial de aquisição de produto ou serviço quando o consumidor é pessoa jurídica?

Justamente porque *sabe que é possível adquirir produto e serviço de consumo para fins de produção* (g.n.)

Independentemente da circunstância de se tratar de bem de consumo ou de bem de produção²⁹, a vulnerabilidade, erigida em

28 Para NUNES, “a exceção legal de permissão para fixação de cláusula contratual limitadora do dever de indenizar pressupõe duas hipóteses para o atingimento da sua finalidade: a) que o tipo de operação de venda e compra de produto ou serviço seja especial, fora do padrão regular de consumo; b) que a qualidade de consumidor-pessoa jurídica, por sua vez, também justifique uma negociação prévia de cláusula contratual limitadora” (*ibid.*, p.105).

29 Em sentido contrário, para Marcos Masselli Gouvêa (*ob. cit.*, p. 165), “uma interpretação sistemática da expressão destinatário final, vinculada à noção fundamental de fundo de comércio, poderia fornecer a chave para delimitar-se o âmbito das relações de consumo. (...) Os bens que compõem o fundo de comércio, ainda que de maneira remota, influenciam a aquisição de produtos, por parte do público. Pode-se afirmar que um consumidor, quando adquire, por

princípio informador da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, I, Lei n.º 8078/90), é o critério principal para a determinação do conceito de consumidora e, em consequência, da aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor.³⁰

Para Bruno Miragem³¹,

Esta utilização do critério da vulnerabilidade para ampliação do campo de incidência do CDC, contudo, justifica-se também como critério adotado pela jurisprudência para afastar a aplicação da norma. Assim é o caso em que se tenha verificado o expressivo poder financeiro ou econômico: da pessoa tida por consumidora (hipersuficiência); do contrato celebrado entre as partes; ou de outra circunstância capaz de afastar, em tese, a vulnerabilidade econômica, jurídica ou técnica, como é o caso de precedentes citados no acórdão do STJ, na hipótese de contratos para aquisição de equipamentos hospitalares de valor vultoso. *O reconhecimento da vulnerabilidade passa a servir, então, tanto para situações excepcionais, em que a pessoa jurídica empresária, embora não sendo destinatária final fática e econômica, é classificada como consumidora, quanto para excluir, em circunstâncias excepcionais, a aplicação das normas de proteção ao consumidor quando presentes condições particulares do adquirente ou usuário, que o coloquem em situação de superioridade em relação ao vendedor ou prestador de serviços*” (g.n.).

exemplo, livros de uma loja, os está adquirindo nas circunstâncias em que se encontra: não se compram, meramente, livros, mas sim livros vendidos pela loja X, dotada de um sistema de música ambiente, com iluminação agradável, vendedores gentis etc.(...) *Integração à atividade produtiva* — eis a expressão-chave. Ainda que a empresa possua, como finalidade fundamental, o exercício de atividade produtiva, necessariamente haverá produtos que adquirirá sem que estejam integrados a tal mister — como o carro que conduz seus diretores, o uniforme do pessoal que trabalha internamente etc. Impõe-se que o aplicador da lei analise cada aquisição levada a cabo por esta empresa, perquirindo se o produto será integrado à atividade produtiva, ao *fundo de fornecimento* — hipótese em que tal relação não se regulará pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor —, ou se será utilizado pela empresa como destinatária final, sem que seja empregado como elemento de atração do consumeriado”.

30 MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 91.

31 Idem.

No entanto, faz-se necessária, no caso concreto, a comprovação de uma específica vulnerabilidade por parte do profissional ou da pessoa jurídica consumidora, sob pena de se tratar igualmente os desiguais.³²

4 — Conclusão

A consolidação do entendimento jurisprudencial, no Superior Tribunal de Justiça, em favor da interpretação finalista, representa uma tendência de especialização das normas do Código de Defesa do Consumidor em vista de sua aplicação à parte mais fraca da relação contratual.

A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça vem consagrando um *finalismo aprofundado*, abandonando, em certo sentido, as distinções que lançaram em campos opostos finalistas e maximalistas, destacando-se, igualmente, novas formas de vulnerabilidade do consumidor.

Independentemente da circunstância de se tratar de bem de consumo ou de bem de produção, a vulnerabilidade, erigida em princípio informador da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, I, Lei nº. 8.078/90), é o critério principal para a determinação do conceito de consumidora e, em consequência, da aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor.

No caso do consumidor pessoa jurídica, porém, a específica vulnerabilidade deve ser comprovada no caso concreto, sob pena de se transformar em geral uma tutela que deveria ser especial, visto que destinada a um grupo específico da sociedade.

32 CALIXTO, Marcelo Junqueira. *O princípio da vulnerabilidade do consumidor in* MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.) *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 342/343.