



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO
CURSO DE DIREITO**

RAIMUNDO GOMES DE ALMEIDA NETO

**A PESSOA JURÍDICA CONSUMIDORA: O CONSUMO INTERMEDIÁRIO E A
VULNERABILIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

**FORTALEZA
2013**

RAIMUNDO GOMES DE ALMEIDA NETO

A PESSOA JURÍDICA CONSUMIDORA: O CONSUMO INTERMEDIÁRIO E A
VULNERABILIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito do
Consumidor

Orientadora: Profa. Ma. Maria José
Fontenelle Barreira Araújo

FORTALEZA
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- A447p Almeida Neto, Raimundo Gomes de.
A pessoa jurídica consumidora: o consumo intermediário e a vulnerabilidade à luz da jurisprudência do STJ / Raimundo Gomes de Almeida Neto. – 2013.
67 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Direito do Consumidor.
Orientação: Profa. Me. Maria José Fontenelle Barreira Araújo.
1. Defesa do consumidor - Brasil. 2. Pessoa jurídica - Brasil. 3. Jurisprudência - Brasil. I. Araújo, Maria José Fontenelle Barreira (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

RAIMUNDO GOMES DE ALMEIDA NETO

A PESSOA JURÍDICA CONSUMIDORA: O CONSUMO INTERMEDIÁRIO E A
VULNERABILIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito. Área de
Concentração: Direito do Consumidor.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Maria José Fontenelle Barreira Araújo (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Jerônimo de Abreu Júnior
e Maria Zuleide de Almeida Abreu e aos
meus irmãos Rafael e Carolina.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Ceará por permitir a minha estadia por esses cinco anos de enorme aprendizado além das fronteiras jurídicas.

Aos meus avós, Raimundo Gomes de Almeida e Maria Augusta de Almeida, pelo compartilhamento de enormes sabedorias de pessoas que rasgaram o Ceará rumo a uma vida mais próspera, e, hoje, podem se envaidecer da família construída e dos frutos colhidos por netos e bisnetos, como a minha própria conclusão de curso.

Aos meus pais, Jerônimo de Abreu Júnior e Maria Zuleide de Almeida Abreu, pela educação sólida, pela estrutura familiar de invejável porte, base sobre a qual poderei erguer o edifício de minha vida sem temer a sua queda .

Aos meus irmãos Rafael e Ana Carolina, pelo companheirismo inesgotável, exemplos que segui e seguirei para sempre.

Aos amigos e irmãos, Pedro Paulo Feitosa e Fernando Rocha, grandes companheiros, verdadeiros amigos, responsáveis por duas amizades que carregarei comigo independentemente do tempo ou dos destinos traçados para nós, colaboradores ativos desse importante trabalho.

Aos colegas de Procuradoria do Estado, Pedro Ícaro, Ana Maria, Ana Franco, Cecília, Áurea, Fernanda, Dr. Yuri, e, especialmente à Raissa pela enorme colaboração com o desenvolvimento deste trabalho.

Aos colegas de faculdade, notadamente aqueles com quem entrei e com quem saio hoje, sujeitos de imensa capacidade, aos quais o futuro reserva a ruptura de todas as possíveis barreiras. Lembrarei com felicidade de ter feito parte de uma turma composta por grandes homens e mulheres.

À minha namorada Louise Eva Landim, o grande presente dado a mim pela nossa querida salamanca, aquela que estará sempre gravada no meu coração, a quem dedico grande parte de minha felicidade, a que me acompanhou desde os primeiros momentos até os últimos e é dona de minha mais especial admiração.

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que se refere à aplicação do CDC às relações interempresariais, ou seja, aquelas em que as partes do contrato são duas pessoas jurídicas e uma delas pretende ser enquadrada na figura do consumidor. Para o melhor entendimento das decisões emanadas pelo STJ, analisar-se-á, a princípio, os fatos históricos mais importantes, antecessores do surgimento do Direito do Consumidor, bem como os seus reflexos nas transformações das teorias contratuais como parte significativa do processo de transição do Estado Liberal para o Estado Social. Será visto que a Revolução Industrial foi o grande marco nessa transformação, pela elevação incrível na capacidade humana de produzir bens e distribuí-los em larga escala, o que ocasionou a massificação das relações econômicas, inclusive a forma de contratação, entre os outros fatores responsáveis pelo desequilíbrio da relação entre fornecedor e consumidor. Em seguida, serão abordadas as três principais teorias que procuram delimitar a extensão do conceito de consumidor, como enfrentam a questão da pessoa jurídica ser caracterizada como consumidora, notadamente quando contratam na intenção de fomentar sua atividade comercial. Por fim, será feito um estudo das decisões das turmas de julgamento competentes do STJ desde o início dos anos 2000 até o presente ano, demonstrando como as turmas de julgamento competentes evoluíram diante dessa questão e como se deu o nascimento e fortalecimento da Teoria Finalista Aprofundada durante esse período, que enxerga na vulnerabilidade o principal critério definidor da figura do consumidor, seja essa pessoa física ou jurídica.

Palavras-chave: Surgimento do Direito do Consumidor. Conceito de Consumidor. Finalismo Aprofundado. Vulnerabilidade. STJ.

ABSTRACT

This study aims to analyze the evolution of the Superior Court of Justice (STJ) regarding the implementation of CDC relations between companies, in other words , those in which the parties to the contract are two corporations and one of them wants to be framed the figure of the consumer. To better understand the decisions made by the STJ, it will examine at first the most important historical facts that preceded the emergence of consumer law, their reflections on the transformations theories contract as a significant part of the transition Liberal state for the Social State. It will be seen that the Industrial Revolution was the major milestone in this transformation, the incredible increase in the human capacity to produce goods and distribute them on a large scale, which led to the widespread economic relations, including hiring practices , among other factors causing imbalance of relationship between supplier and consumer. Then we will discuss the three main theories that seek to delimit the scope of the concept of the consumer as facing the question of the legal entity be characterized as a consumer, especially when they hire with the intention of promoting your business. Finally, a study will be made of the decisions of the relevant classes of judgment from the Supreme Court, with emphasis on those of the early 2000s to the present year , demonstrating how the classes progressed competent judgment on this issue and highlights the birth and strengthening of theory Finalist Thorough during this period that sees vulnerability in the defining criteria of the figure of the consumer , whether that person or entity.

Keywords : Emergence of consumer law. Concept to Consumer . Thorough finality . Vulnerability. STJ .

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL.....	13
2.1 O liberalismo e a concepção tradicional do contrato	13
2.2 A massificação da produção, da comercialização e da contratação	17
2.3 O surgimento das cláusulas gerais e do contrato de adesão	19
2.4 Surgimento do Direito do Consumidor	22
2.5 A concepção moderna do contrato	23
2.6 A base constitucional	25
3 CONCEITO DE CONSUMIDOR.....	29
3.1 Artigo 2º do CDC, o consumidor <i>strictu sensu</i> e a expressão “destinatário final”	29
3.2 Teoria Objetiva ou Maximalista.....	30
3.3 Teoria Finalista ou Subjetivista.....	34
3.4 Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada.....	38
3.4.1.1 Vulnerabilidade técnica	42
3.4.1.2 Vulnerabilidade jurídica ou científica.....	42
3.4.1.3 Vulnerabilidade fática ou socioeconômica	43
3.5 O consumidor equiparado (art. 29 do CDC)	43
4 A PESSOA JURÍDICA CONSUMIDORA E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ	45
4.1 O funcionamento do STJ	46
4.2 A jurisprudência do Tribunal entre os anos 2000 e 2004.....	47
4.3 Os julgamentos do Conflito de Competência nº41056/SP e do REsp nº 541.867/BA e a construção de uma nova teoria.....	54
4.4 Período subsequente ao ano de 2004: a perspectiva de consolidação do finalismo aprofundado.....	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
6 REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

É cediço a importância que o Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹ possui não só para esse ramo autônomo do Direito, mas também em relação a todas as relações privadas, em virtude de toda a carga principiológica² veiculada nele (CAVALIERI FILHO, 2011, p.31). O consumidor é de vital importância para o mercado, sua proteção é um dos princípios regentes da ordem econômica³ (BRASIL, 1988) e uma das bases para o desenvolvimento econômico do País.

Apesar da referida importância, a tarefa do hermeneuta no que se refere ao conceito de consumidor não se revela das mais fáceis, já que, em alguns casos, decidir quem será e quem não será consumidor pode exigir aprofundados estudos. Há casos em que está patente a aplicabilidade do CDC, mas, em outros, torna-se difícil separar o consumidor daquele meramente transvestido na intenção de receber tratamento privilegiado desarrazoadamente, e isso ocorre, principalmente, quando a pessoa jurídica entra em cena.

O princípio da igualdade material é um dos vetores da proteção do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 10). De um lado, tem-se o consumidor, a parte vulnerável da relação, e o fornecedor do outro, quase sempre bem organizado, estruturado, único editor dos contratos, e de porte econômico mais elevado. Contudo, não há razão para que o Estado dedique tratamento diferenciado àqueles que se encontram em posições iguais ou similares sob pena de subversão daquele mesmo princípio, motivo pelo qual a decisão de aplicação do CDC é de extrema relevância.

Em exemplar caso, apresentou-se a mim, em meados de dezembro de 2012, um contrato de prestação de serviço de transporte marítimo, pelo qual uma empresa de pequeno porte do ramo de exploração mineral contratou a transportadora para que carregasse parte de sua lavra para outra cidade do País, a fim de que lá fizesse o beneficiamento do produto e, logo em seguida, a sua venda.

¹ Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

² Segundo Cavalieri Filho (2011, p.31), “[...] o Código do Consumidor adotou uma avançada técnica legislativa, baseada em **princípios e cláusulas gerais**, o que permite considerá-lo uma *lei principiológica*”.

³ Artigo 170, V da Constituição Federal.

O contrato foi celebrado em língua inglesa e se revelou como sendo de adesão, pelo qual foram estabelecidas obrigações outras em desfavor da contratante além do mero pagamento do frete.

Em ação de cobrança movida pela transportadora, entre outros debates, discutiu-se sobre a aplicabilidade do CDC ao caso. O juízo de primeiro grau decidiu haver relação de consumo já que o serviço de transporte se encerrou com a chegada do produto ao seu destino, ao passo que o Tribunal de Justiça entendeu não haver a dita relação consumerista em virtude da ausência de destinação econômica final do serviço, tendo em vista a intenção de incrementar a atividade por parte da contratante.

A matéria tem razão de ser em virtude do disposto no *caput* do artigo 2º do CDC⁴, o qual prevê a necessidade de “destinação final” para que o contratante seja enquadrado como consumidor. Durante muito tempo duelaram a Teoria Finalista e a Teoria Maximalista (MARQUES, 2010, p.84) a fim de delimitar a real extensão da expressão e, por conseguinte, o conceito de consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão do judiciário competente para julgar as questões de aplicação de lei federal e sua uniformização⁵, no período objeto de estudo deste trabalho, foi vacilante em suas decisões, ora aplicando o maximalismo, ora, o finalismo, motivo pelo qual houve um grande acirramento dos debates e divergências entre as decisões judiciais em todo o País.

Contudo, percebeu-se o surgimento de uma terceira corrente dentro das turmas de julgamento competentes, denominado de Finalismo Aprofundado⁶ ou Mitigado (FAVA, 2010, p.31), que elegeu a vulnerabilidade como o principal fator de caracterização do consumidor, mesmo que, em situações excepcionais, esteja ausente a destinação final, socorrendo-se, para tanto, da figura do consumidor-equiparado do artigo 29 do Código⁷.

Dessa maneira, o presente trabalho buscará demonstrar o processo de evolução da jurisprudência do STJ no período compreendido entre os anos 2000 e

⁴ “Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL, 1990).

⁵ É o que se extrai do artigo 105 da CRFB (BRASIL, 1988), em seu inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”.

⁶ Em 2005, Marques (2005, p.347) já percebia essa tendência, conforme o trecho a seguir: “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,I), que poderíamos chamar de finalismo aprofundado”.

⁷ “Art. 29: Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (BRASIL, 1990).

2013, no qual houve o nascimento e a consolidação da aludida teoria. Antes, será feita uma reflexão sobre as raízes do Direito do Consumidor, para que fiquem claras as opções de cada uma das teorias mencionadas e suas principais críticas sofridas.

2 EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL

Primeiramente, antes do mergulho no âmago da questão, qual seja a pessoa jurídica como consumidora, é importante que se faça um retrocesso no tempo para o conhecimento das raízes do direito do consumidor e do caminho traçado até o momento atual, principalmente dos motivos que levaram à necessidade de proteção do consumidor de forma especial. Dessa forma, analisar-se-á os fatos históricos mais relevantes na construção desse novo ramo do direito, bem como os principais estudos doutrinários que buscaram explicar as mudanças ocorridas no seio das relações contratuais.

2.1 O liberalismo e a concepção tradicional do contrato

O liberalismo nasceu como uma ruptura das antigas formas de relação do Estado com o cidadão, colocando em xeque a autoridade do déspota e erigindo valores até então menosprezados pela aristocracia real da Idade Média. O Estado monopolizador do poder, “depositário da coação incondicionada” (BONAVIDES, 2006, p. 41) se viu em luto por conta da queda das vetustas formas institucionais imaginadas pelos autores da Idade Média. A opressão da vontade estatal sobre os cidadãos cedeu espaço ao individualismo, que, inevitavelmente, trouxe à reboque o sentimento de liberdade como o principal anseio da classe burguesa, à qual coube a missão de comandar as revoluções que culminaram com a queda do antigo regime.

Essa impactante ruptura se refletiu em todos os setores da sociedade, mas, aqui, se faz mais notável naquilo que se junte à economia e à política. Politicamente, o Estado largou o papel de protagonista, saiu do máximo para o mínimo, e esse mínimo correspondeu ao afastamento necessário para a consolidação das conquistas e desenvolvimento da nova ordem. Sobre o liberalismo, veja-se Gide (1955, p.54):

O papel do legislador, que quiser assegurar a ordem social e o progresso, se limita, pois, a desenvolver tanto quanto possível as iniciativas individuais, a afastar tudo o que as possa embaraçar, a impedir somente que se prejudiquem umas às outras; e, por conseguinte, a intervenção da autoridade deve reduzir-se ao mínimo indispensável à segurança de todos, em uma palavra, a *deixar de agir*.

Na economia, o liberalismo⁸, capitaneado pelos fisiocratas⁹, que podem ser reunidos em torno de Adam Smith¹⁰, David Ricardo, J.B Say e Stuart Mill, apregoa o pensamento de que a economia é guiada naturalmente rumo ao equilíbrio das relações, sem que haja a necessidade de participação do Estado, como se as sociedades fossem governadas por leis naturais imodificáveis (GIDE, 1955, p.23).

O Estado, assim, deve se ater ao papel de espectador e, quando necessário, valer-se do seu poder de polícia para garantir que a liberdade individual seja respeitada. O pai da teoria econômica¹¹ “[...] era um humanitarista otimista e confiante, que tinha fé na razão e na harmonia” (ARAÚJO, 1999, p.19), ou seja, acreditava que as forças econômicas desaguiariam em harmonia sem que o estado precisasse se fazer ativo.

Nessa trilha, acompanhando o surgimento do liberalismo econômico e a ideia de estado mínimo, a concepção do contrato também foi modificada, passando esse a ser encarado como instrumento de realização dos interesses exclusivamente particulares, que não superavam as barreiras do patrimônio dos contratantes, com efeitos apenas *inter partes* e, portanto, desinteressante ao juízo do Estado (RIZZARDO, 2001).

Assim, o Estado não deve visitar ou mesmo se imiscuir no pacto formado pelos contratantes, já que pautado está na autonomia da vontade das partes, as quais entenderam contratar da forma que mais lhes aprouve. Não há que se falar, portanto, em desequilíbrio contratual, tendo em vista que é da própria essência do contrato equilibrar os interesses em um ponto comum. É nesse sentido que expõe Marques (2006, p.59) sobre o liberalismo e a concepção tradicional do contrato:

Uma vez que o contrato é o instrumento colocado à disposição pelo direito para que esta movimentação aconteça, defendem a necessidade da liberdade contratual. Acreditava-se, na época, que o contrato traria em si um

⁸ À guisa de curiosidade, segundo Raymonde Barre (1995, p.42), o liberalismo também inaugura a fase científica da ciência econômica, com ênfase aos trabalhos do Dr. Quesnay na França em 1758 e de Adam Smith na Inglaterra em 1776.

⁹ Charles Gide (1955, p.23) aponta que a escola liberal, às vezes, é chamada de clássica, “porque todos fundadores da Economia Política, os fisiocratas, Adam Smith, Ricardo, J. B. Say, Stuart Mill a ela pertencem; outras vezes [é chamada] de individualista, porque vê no indivíduo o motor e ao mesmo tempo o fim da atividade econômica; e ainda ironicamente pelos seus adversários é chamada de ortodoxa, por causa do caráter dogmático das suas afirmações, e por que exclui da ciência todos aqueles que a compreendem diferentemente, a primeira destas escolas tem declarado em muitas ocasiões não aceitar outro qualitativo que o de Escola Liberal.” (GIDE, Charles, 1955, p. 23).

¹⁰ Paul Hugon (1995, p. 103) esclarece que, muito embora se possa identificar traços comuns entre Adam Smith e os fisiocratas, aquele não se agrupa com esses, já que “reage contra a concepção metalista dos mercantilistas e a noção exageradamente agrárias dos fisiocratas”.

¹¹ Adam Smith

natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual. O contrato seria justo e equitativo por sua própria natureza.

A autonomia da vontade é a pedra de toque para a legitimidade da relação contratual, e teve maior destaque no discurso levado a público pela Teoria do direito natural, o jusnaturalismo. Segundo essa corrente, a autonomia da vontade é a grande força criadora, o fundamento maior não só dos contratos, mas também das próprias instituições. (RIZZARDO, 2001, p.8)

Dessa feita, a lei deve curvar-se à autonomia da vontade e nunca contrariá-la, mesmo porque consiste em uma decorrência daquela. “O próprio Kant afirmaria que as pessoas só podem se submeter às leis que elas mesmas se dão, no caso, o contrato” (MARQUES, 2006, p.57)

A teoria do contrato social fundamentou a própria existência do Estado com base em um contrato, acordo de vontades, entre todos os indivíduos, os quais decidiram abrir mão de certa parte de sua liberdade para que nascesse o Estado garantidor da propriedade e da liberdade. As leis decorrentes da criação do Estado e da soberania dedicada a esse novo ser são mais uma criação da vontade livre dos homens (DE CICCIO; GONZAGA, 2011, p.64).

“Rousseau baseia no contrato a própria estrutura do Estado” (RIZZARDO, 2001, p.8). Esse estágio do Direito “trata-se do contratualismo levado ao extremo, baseando a própria estrutura do Estado em um contrato, sob a influência de Rousseau” (VENOSA, 2003, p.363). Assim como a criatura deve proteger seu criador, a lei se destina a tutelar a autonomia da vontade, e, em segundo plano, o cumprimento das obrigações contraídas por meio dos contratos.

O Código Civil Francês de 1789, como forma de elucidação, sob forte inspiração liberal, rechaçou as formalidades externas ao contrato imaginadas no Direito Romano, de forma que o contrato, e a autonomia da vontade veiculada nele, era suficiente para, sozinho, operar a transferência da propriedade (VENOSA, 2003, p.362).

O espírito do legislador francês tomou por base a ideia de que a autonomia da vontade, como força motora das relações sociais, bastava para que o resultado pretendido pelas partes fosse alcançado. Assim, as solenidades romanas perderam a razão de ser, já que o instrumento contratual carregava consigo o

grande poder humano, a vontade, sendo vazio de sentido quaisquer outras formalidades.

Por força dos novos pensamentos liberais, a burguesia afundou as antigas instituições e reposicionou o foco da sociedade, que passou a mirar o homem e sua razão natural. Sobrelevou-se, assim, a liberdade do indivíduo e a sua famigerada autonomia da vontade como peças fundantes da nova ordem político-econômica.

Nessa esteira, conforme tudo o que foi dito, a vontade livre do homem foi vista como capaz de fazer nascer por si só um direito. Esse pacto surgido, segundo a escola liberal, possui força de lei entre as partes, já que esses por suas próprias vontades estabeleceram as cláusulas da maneira que mais lhes interessava. Pereira (2003, p.15), em seu estudo sobre a concepção tradicional do contrato, percebeu que:

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.

Aprofundando, não basta a existência de vontade humana, mais do que isso, requer que seja isenta de vícios, imune a influências externas coatoras. Só assim, pode-se dizer que ela é formadora do direito (MARQUES, 2005).

Como forma de elucidar a importância da escola liberal, uma de suas criações, a teoria dos vícios do consentimento (MARQUES, 2005, p.63), encontrou guarida nos artigos 86 a 113 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), bem como está presente na legislação em vigor nos artigos 138 a 185 (BRASIL, 2002).

Beviláqua (1977, p.166), em seu magistério, afirma a importância da vontade legítima para a formação do contrato:

Muitas vezes acontecerá que a seriação das phases mentaes anteriores à declaração da vontade seja meramente illusoria, aparente, substituindo-se os élos, que faltam por outros artificiaes e enganosamente engendrados, como nos casos de erro ou dolo, de violência ou intimidação. Não se dá, nessas hypotheses, a concatenação natural e logica dos momentos psychicos, nem entre estes e os externos, de modo que estes últimos se desprendem dos primeiros, por um desenvolvimento que atinge a seu período de floração. Também não se dá essa mesma elação, necessária à pureza dos contractos, nos casos de simulação. O consentimento não é real nestes casos, não existe, ou, então, apresenta-se conturbado por elementos

viciados. De um ou de outro modo, um dos elementos essenciaes ao contracto vem a diluir-se.

Nessa toada, tem-se que o legado dessa fase para ciência jurídica, no que diz respeito ao estudo dos conceitos que circundam o contrato, bem como nos seus elementos e requisitos de formação, é de destacada relevância. Em síntese, os liberais construíram um fortificado pilar de sustentação da teoria contratual, com ênfase à supremacia da vontade humana, desde que isenta de vícios, como ferramenta capaz de fazer nascer obrigações incontornáveis, salvo pela materialização de nova vontade das partes para afastar aquilo que foi pactuado inicialmente.

Como se pôde perceber de tudo que foi dito até aqui, os liberais não dedicavam certa preocupação a eventuais disparidades entre os contratantes, seja de ordem econômica ou financeira, muito menos social. O Estado liberal nasceu apenas para proteger os direitos chamados de 1ª geração ou dimensão¹², e permitir que as forças sociais se relacionassem de forma independente. Veja-se as palavras de Marques (2005, p.64):

Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais.

Dali, extrai-se que os liberais pressupunham a paridade entre os contratantes e que as diferenças de ordem social ou econômica eram irrelevantes. Os reclamos de igualdade se justificam porque tal período sucedeu uma estrutura estatal que diferenciava os indivíduos em estamentos, com privilégios aos elementos superiores, o clero e a nobreza, justamente o grande alvo dos liberais.

2.2 A massificação da produção, da comercialização e da contratação

Após as Revoluções Industriais, houve um descompasso entre o direito posto pelas regras clássicas acerca da contratação e os fatos que se sucederam, notadamente no século passado, com as inovações tecnológicas e científicas.

¹² Bonavides (2003, p.563) nos ensina que “os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”.

Multiplicou-se a capacidade do homem de produzir bens, distribuí-los em larga escala, ocasionando o que se costumou denominar “despersonalização da contratação” (MARQUES, 2005, p.65), ou seja, a figura do sujeito que contrata pouco interessa ao fornecedor, desde que ele pague o preço pela coisa e se adeque às condições pré estabelecidas.

Ademais, se antes era o próprio fabricante quem se encarregava da distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo “[...] a partir de determinado momento essa distribuição passou também a ser feita em massa, em cadeia, em grande quantidade pelos mega-atacadistas” (CAVALIERI FILHO, 2011, p). Veja-se a elucidação de Cavaliere Filho (2011, p.2)

Mas o arcabouço jurídico até então existente não acompanhou tais transformações. Ultrapassado, não tardou resultar um enorme descompasso entre o fato social e o jurídico. E o direito que não é consentâneo e conexo com a sociedade que lhe incumbe regular é mera abstração, sem interesse concreto e, portanto, de nada servirá.

[...]

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.

Em comparação, pode-se dizer que, à época dos pensamentos liberais iniciais, a contratação era individualizada, todas as cláusulas eram de inteiro conhecimento de ambos os lados (MARQUES, 2005, p. 64). O produto era visível, seu conteúdo de fácil percepção e seu funcionamento não requeria elevado grau de conhecimento técnico. A produção era pulverizada na mão de vários burgueses, os quais, por conta do rudimentar sistema de manufaturamento, com prevalência da força humana, também não eram capazes de reproduzir o bem em larga escala. Dessa feita, não havia a necessidade da figura do distribuidor.

Sucessivamente, após as revoluções industriais, houve um giro completo nesse sistema. Onde havia pequena produção, formou-se grande produção industrial.

Nem se permita passar ao largo da discussão, a importância do crescimento da propaganda, “nem sempre veraz, através dos modernos meios de comunicação, induzindo necessidades de consumo” (LÔBO, 1991, p. 13), fazendo crer na mente dos indivíduos a necessidade da aquisição desses novos produtos.

A produção se expandiu, mas não de forma solitária. Para que essa expansão se desse de forma sustentável, era necessário o incremento de instrumentos, como a propaganda, para que o elevado número de produtos fosse absorvido pela sociedade.

2.3 O surgimento das cláusulas gerais e do contrato de adesão

A partir desse processo de intensificação da capacidade na produção de bens e na sua distribuição, o contrato não pode permanecer estancado daquela mesma forma imaginada pelos liberais. Àquela época, a pulverização da produção e o número reduzido de bens produzidos por cada burguês permitiam a personalização do contrato, sobre o qual as partes poderiam apontar sugestões, inclusive ao próprio produto.

A ideia de igualdade propalada pelos liberais se justificava ao tempo em que a produção era incipiente, mas se conflitou com as novas mudanças econômicas que anteciparam a transformação social e o realce das desigualdades. “Àquela época, as desigualdades entre os contraentes estava muito aquém – e quando existia – das que são facilmente constatadas nos dias atuais.” (RÊGO, 2001, p.31).

A noção de massificação tomou conta de grande parte das relações econômicas e sociais. Tudo passou a ser feito repetidamente em larga escala. Os contratos construídos como fruto de negociações preliminares, individualizados, pelo qual as partes apontam cláusula a cláusula perdeu muita razão de ser. A contramão passou a ser a sua via, já que em sentido oposto a produção reclamava pela otimização do tempo e maior escoamento do extenso número de bens.

Dessa forma, inevitavelmente, a indústria capitaneou o processo de uniformização dos contratos, percebendo que o debate das negociações preliminares atrasaria o ritmo alcançado. Foi aí que se pensou em padronizar os contratos, torná-los similares a todos aqueles que se interessassem pelo produto (MARQUES, 2005, p.65).

Assim sendo, duas importantes ferramentas foram criadas a fim de otimizar a contratação, quais sejam as cláusulas gerais do contrato e o contrato de adesão.

O contrato de adesão, como explicitado acima, consubstancia a padronização contratual e apresenta como característica fundamental o fato de apenas uma das partes ditar o seu conteúdo, o fornecedor, comerciante ou empresário, redigindo as suas cláusulas, impondo-se a outra parte aceitar ou não a proposta que lhe fora apresentada (GAGLIANO; FILHO, 2005, p. 7). Veja-se as palavras de Marques (2005, p.71) sobre o contrato de adesão:

o contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa para adquirirem produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato.

Esse instrumento como bem indicado pela autora acima retirou do consumidor a sua possibilidade de enfrentar as negociações com o fornecedor no sentido de adequar o objeto contratual também aos seus interesses próprios¹³. Foi aqui que a concepção clássica do contrato perdeu seu sentido de ser. Para os liberais, as negociações preliminares desaguariam no equilíbrio contratual naturalmente, uma vez que não permitiram às partes se obrigar àquilo que seja desinteressante ou prejudicial.

Segundo a concepção clássica, como visto anteriormente, o contrato faz lei entre as partes, porque pautado está na vontade livre do homem, e a vontade é aquilo que há de mais sublime na natureza humana, capaz, inclusive, de possibilitar a criação do próprio Estado por meio do contrato social. Ocorre que, se não foi dado a alguém a faculdade de discutir as cláusulas de obrigações que serão assumidas, persistirá o dogma da autonomia da vontade? Será que a vontade livre imaginada pelos liberais é a mesma colocada em prática pela contratação massificada?

¹³ Saad (2002, p.53) fez menção ao fato de que, muito embora, o consumidor fosse considerado o rei da economia no período subsequente à Revolução Industrial, “[...] constatou ser ilusória a posição do consumidor nas relações que tratava com os fabricantes e comerciantes. Era ele facilmente enganado por meio de artifícios de toda a sorte. Quando descobria a fraude, não se sentia animado a ir procurar a Justiça a fim de exigir a indenização a que tinha direito”.

È na mesma toada que se faz referência às condições gerais do contrato que em muito se assemelham ao contrato de adesão, mas com esse não se confundem. Ao passo que o contrato de adesão se configura como o instrumento de relação concreta entre o fornecedor e o consumidor, as cláusulas gerais antecedem à própria contratação e são elaboradas para serem integradas em todas as futuras avenças. (MARQUES, 2005, p.79)

Em outras palavras, as cláusulas gerais não produzem quaisquer efeitos obrigacionais até que sejam levadas ao conjunto do contrato. Assim, são elaboradas sempre no interesse do fornecedor, para que, à medida que as ofertas sejam absorvidas pelos consumidores e haja a individualização da contratação com a aceitação de cada um deles, sejam agrupadas no instrumento contratual como o próprio contrato de adesão.

Sobre as cláusulas gerais, veja-se as palavras de Lôbo (1991, p. 26):

As condições gerais não se substituem ao negócio jurídico. Ao contrário, só produzem efeitos concretos e determinados através dele.

As condições gerais são uniformes e inalteráveis. A uniformidade impõe-se tendo em vista a pluralidade de contratantes destinatários. A uniformidade é a nota marcante da generalidade. Não podem ser alteradas parcial ou totalmente. Se tal ocorre, perdem sua natureza específica e convertem-se em simples cláusulas contratuais, ingressando no regime comum dos contratos.

A complexidade técnica dos termos empregados e a difícil cognoscibilidade do conteúdo também são traços marcantes das cláusulas gerais (LÔBO, 1991, p.27), o que acentua o apoucamento das faculdades do consumidor. Se já se imaginava a relativização da autonomia da vontade em casos de simples adesão, imagine-se o que deve ser dito sobre a utilização de expressões desconhecidas pelo homem médio. O resultado é um contrato recheado de conteúdo desconhecido pelo consumidor, sobre o qual não pode sequer discutir, e que o obriga de igual forma.

A massificação da contratação é uma das principais fontes da vulnerabilidade do consumidor, que será tratada mais à frente.

2.4 Surgimento do Direito do Consumidor

Acompanhando esse processo, o pensamento liberal do estado mínimo, possibilitou a formação de monopólios, pelos quais as grandes empresas dominavam o mercado e ditavam plenamente as condições a que se submetiam os consumidores. (RÊGO, 2001, p.30)

O Poder econômico dos grandes grupos comerciais acarretava o menoscabo dos interesses sociais mais fundamentais. A busca incessante pelo lucro nem de longe se preocupava com a condição humana do contratante. Veja-se o estudo de Lôbo (1991, p.16):

As condições gerais dos contratos, em grande parte, embora nem sempre, refletem o poder econômico das grandes organizações empresariais sobre os contratantes destinatários. Um poder que é privado, do ponto de vista do predisponente, mas que em relação ao ato de seu exercício se realiza com aquela forma de cogência e de autoridade aproximada à categoria administrativa em senso lato que é própria dos poderes de direito público.

Como consectário das inovações tecnológicas, da massificação, da contratação, em virtude do surgimento das cláusulas gerais, houve um distanciamento do adquirente no que diz respeito ao conhecimento do produto, que, doravante, é fornecido embalado sem o contato visual imediato (CAVALIERI FILHO, 2011), e, cada vez mais, dotado de especificidade técnica não passível de conhecimento pelos consumidores. Assim, nasce para o consumidor a necessidade da aquisição do produto ou serviço, mas, em contrapartida, não está apto a reconhecer as vicissitudes desse produto industrializado e cientificamente evoluído.

Dessa feita, os fatos deram um salto à frente da norma jurídica, que, a partir dos novos acontecimentos econômicos, com a massificação da produção, tornou-se incapaz de contemplar todos os interesses em jogo. De um lado, tinha-se o empresário proprietário dos bens de produção, senhor de todos os contratos, e de outro o trabalhador-consumidor, fragilizado pelos avanços dos fatos sociais não acompanhados pelo Direito.

A tensão entre capital e trabalho, inicialmente, foi o que demandou maior atenção do legislador, com a edição, no Brasil e no mundo, das primeiras normatizações acerca da relação de trabalho.¹⁴

É cediço que a Revolução Industrial foi responsável pelo emprego de um sem número de trabalhadores, os quais, em virtude da política de abstenção social do Estado, foram colocados em situações precárias no exercício do trabalho. Inicialmente, o trabalho feminino e o infantil foram objeto de grandes ataques por parte dos trabalhadores, e, à medida que o tempo seguiu sua marcha, as conquistas no âmbito trabalhista foram sendo construídas em todo o mundo.

O Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho possuem inegáveis raízes históricas (FILOMENO, 2005, p.31). O trabalhador, sujeito que não é proprietário dos bens de produção e que cede sua força para o desenvolvimento da atividade industrial, mediante o pagamento de salário, era, ao mesmo tempo, consumidor dos produtos que ajudava a produzir.

À guisa de curiosidade, como demonstração das raízes históricas entre direito do consumidor e direito do trabalho, cite-se o movimento surgido em Nova York no fim do século XIX, chamado de New York Consumers League, “uma associação de consumidores que tinha por objetivo a luta pela melhoria das condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho feminino em fábricas e comércio” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 4).

2.5 A concepção moderna do contrato

Necessitando de mudanças legislativas, após a progressão dos fatos e a estagnação da norma, houve, primeiramente, uma remodelação do conceito de contrato. As antigas bases do contratualismo liberal, o dogma da autonomia da vontade, o equilíbrio natural dos pactos, foram relativizados, cederam espaço à nova onda constitucional erigida pelo Estado Social¹⁵, o *welfare state*.

¹⁴ À guisa de elucidação, Filomeno (2005, p.31) assevera que o movimento consumerista apareceu ao mesmo tempo que o sindicalista, principalmente a partir da segunda metade do século XIX.

¹⁵ A expressão “Estado Social” foi pela primeira vez trazida ao Brasil pelo Professor Paulo Bonavides em seu trabalho intitulado “*Do Estado Liberal ao Estado Social*” em 1958, ao conquistar uma cátedra de Direito na Universidade Federal do Ceará. (BONAVIDES, 2003b, p. 291)

De Estado mínimo, passou-se a conceber um Estado garantidor dos direitos de 2ª geração¹⁶, aqueles de natureza social, econômica e cultural. Não bastava ao Estado abster-se de intervenções na vida particular, acreditando que as forças sociais se equilibrariam em perfeita harmonia, da forma imaginada por Adam Smith, justamente porque esse equilíbrio não aconteceu. Veja-se as palavras de Leitão e Meirinho (2013, p.28) sobre a transformação do Estado:

A segunda fase denominada modernidade, refere-se ao Estado Social, também conhecida como *welfare state*, que começa a ganhar contornos a partir da segunda década do século passado. A Primeira Guerra Mundial deu início a um processo que culminou com o fim do abstencionismo econômico postulado pela teoria clássica liberal.

[...]

O Estado Social de Direito intervém nas relações entre particulares visando assegurar a igualdade material, em flagrante reação àquela igualdade meramente formal reinante no Estado Liberal

Os liberais, ao tempo das revoluções que culminaram com a queda do Antigo Regime, pretendiam, a todo custo, eliminar os privilégios dedicados à nobreza e ao clero, principalmente no que se refere à imunidade no pagamento de tributos, que ocasionava o arrostamento do ônus do sustento da máquina estatal apenas pela classe burguesa. Por essa razão, é de se entender que a grande bandeira do iluminismo fosse mesmo por fim aos privilégios de uns em relação aos outros, que todos passassem a ser iguais perante a lei.

Ocorre que a tensão entre o capital e o trabalho, principalmente, dentre outros conflitos de ordem social, fizeram com que o Estado buscasse o bem estar, a mitigação das desigualdades sociais e de seus reflexos. Foi nessa trilha que se passou a mencionar o surgimento da igualdade material, em superação à igualdade meramente formal. Como igualdade material entenda aquela capaz de, no caso concreto, igualar as forças sociais, possibilitar as mesmas oportunidades a todos os indivíduos, cabendo à lei criar ferramentas que permitissem às partes se relacionar em equilíbrio.

Assim, ao contrário dos liberais, os quais acreditavam no equilíbrio natural das relações sociais sem que para isso necessitasse se fazer presente o Estado, houve a construção do pensamento de que esse devia agir positivamente, não

¹⁶ Segundo Bonavides (2003a, p. 564), “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX”.

bastando a omissão do Estado mínimo, para que, a partir daí, sim, a sociedade alcançasse o equilíbrio das forças entre os sujeitos.

À reboque, houve, à mesma proporção, uma relativização de institutos contratuais até então dogmáticos, como o exemplo da força vinculante da autonomia da vontade. A teoria contratual buscou abrir os olhos para as desigualdades patentes na sociedade e, animada pelo fundamento de igualdade material, resolveu transformar o contrato em instrumento de satisfação de interesses sociais e coletivos além dos simplesmente individuais (MARQUES, 2005, p. 210).

Se antes a lei deveria proteger a vontade livre do homem, agora, é a lei que legitima a vontade das partes e a torna apta a ser criadora de direitos.

Normas cogentes, imperativas, de observância obrigatória, ou de ordem pública, passaram cada vez mais a fazer parte da realidade dos ordenamentos jurídicos. Vale ressaltar que, antes mesmo do Direito do Consumidor consagrar tais normas, o Direito do Trabalho há muito já conhecia suas benesses.

A autonomia da vontade, doravante, deve transitar pelo espaço deixado pela lei para a validade da relação contratual. Fora desse espaço não é formadora de direitos, não pode reproduzir seus efeitos no mundo jurídico. “A vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o *interesse social*” (MARQUES, 2005, p. 211).

Em suma, é importante destacar a função social do contrato como veículo de pensamentos importantes na consolidação do Estado Social de Direito. Cite-se, por exemplo, os princípios da boa-fé objetiva, da confiança, a relativização do *pacta sunt servanda*, força obrigatória dos contratos, o que nos faz perceber que a autonomia da vontade e o momento da celebração do contrato perdem destaque para o os efeitos do contrato e o momento de sua execução.

2.6 A base constitucional

A Carta Magna promulgada em 1988 fundamentou imediatamente a criação de um código que viabilizasse a defesa do consumidor, conforme o artigo 5º, XXXII, diferentemente do que ocorreu na França, por exemplo, onde as leis consumeristas decorreram de um simples decreto ministerial (Pereira, J., 1994 p.116).

Em outra passagem, mais precisamente no artigo 170, V, o constituinte originário fez menção à defesa do consumidor como um princípio norteador da ordem econômica. E assim não poderia deixar de ser. O consumidor possui uma função econômica de vantajado valor, ser o ponto de chegada, onde se encerra todo o ciclo produtivo, o que nos faz inferir sobre a necessidade de sua proteção, tendo em vista sua inevitável participação na cadeia produtiva. Como todo processo visa atingir uma finalidade, o ponto de chegada, a produção também vislumbra o atingimento da sua última etapa que é o consumo. (PEREIRA, J., 1994)

Todo o processo de transformação das relações de produção, comercialização e contratação, somadas às criações de fortes grupos empresariais cada vez mais de âmbito globalizado, como visto alhures, desaguou no distanciamento das partes e no crescimento das práticas de mercado abusivas, cláusulas restritivas dos direitos dos consumidores e limitativas de indenização por parte do fornecedor. (FAVA, 2010)

O mercado de consumo, pois, se tornou um ambiente hostil ao consumidor, repletos de minas prontas para deflagrar lesões às expectativas de consumo. Confira-se as palavras de Grinover e Benjamin (2005, p 7):

A purificação do mercado pode ser feita por dois modos básicos. O primeiro é meramente privado, com os próprios consumidores e fornecedores autocompondo-se e encarregando-se de extirpar as práticas perniciosas. Seria o modelo da auto-regulamentação, das convenções coletivas de consumo e do boicote. Como já alertamos, tal regime não se tem mostrado capaz de suprir a vulnerabilidade do consumidor. O segundo modo é aquele que, não descartando o primeiro, funda-se em normas (aí se incluindo, no sistema da *comom law*, as decisões dos tribunais) imperativas de controle do relacionamento consumidor-fornecedor. É o modelo do intervencionismo estatal, que se manifesta particularmente em sociedades de capitalismo avançado, como os Estados Unidos e países europeus.

Repisando o que visto anteriormente, o Estado percebeu a necessidade de abandonar a conduta omissiva, já que o equilíbrio visado pelos liberais era inalcançável pelas simples forças naturais, e passou a estabelecer intervenções no sentido de proteger o consumidor, a parte vulnerável da relação, para que a própria ordem econômica fosse tutelada à reboque. Confira-se Kennedy *apud* Cavalieri Filho (2011, p.5):

Consumidores, por definição somos todos nós. Os consumidores constituíam o mais importante grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e

privadas [...]. Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos.

É louvável a opção do constituinte pela defesa do consumidor ao invés da proteção do consumo, motivo pelo se tem denominado esse ramo autônomo do direito como Direito do Consumidor e não Direito do Consumo (CAVALIERI FILHO, 2011, p.8).

Interessante notar que a focalização na defesa do consumidor antecede à teoria que procura explicar o conceito de consumidor sob o aspecto subjetivo, levando em consideração o aspecto da vulnerabilidade como aquilo que diferencia o consumidor do contratante puramente civil (GRINOVER; BENJAMIN, 2005, p.7).

Se encarado de forma objetiva, ou seja, tendo por pressuposto o consumo, surge a inobservância de algumas características que são fundamentais a esse ramo do direito, vistas apenas em sujeitos considerados consumidores. Consumir significa, em seu sentido léxico, corroer até à destruição, e tem por sinônimos gastar, despender, extinguir (FERREIRA, 2004, p.261). Veja-se o que foi dito por De Lucca (2003, p.108):

Etimologicamente falando, a palavra “consumir” deriva indubitavelmente do latim, parecendo mais correto, no entanto, dizer-se que ela provém de *consumere*, com o sentido de *acabar*, e não de *consummare*, que significaria *consumar*.

É verdade que os sentidos do verbo consumir são o de terminar, acabar, completar, rematar, aperfeiçoar etc., parecendo confundir-se, de certo modo, com consumir.

Este último, todavia, tem o sentido de fazer desaparecer pelo uso ou pelo gasto, gastar, destruir, desfazer, despender, absorver, corroer.

Sendo assim, o mero ato de consumir, como sendo a extinção de um bem pelo próprio uso, não está no foco desse ramo da ciência jurídica. Ressalte-se que a visão objetiva, à luz do ato de consumo, é bem mais ampla do que aquela visão que privilegia a feição subjetiva do vulnerável consumidor. Todo consumidor pratica o consumo, mas nem todo ato de consumo é realizado pelo consumidor, e esse último caso não merece guarida pelo Direito do Consumidor. (FILOMENO, 2005)

Todo aquele processo histórico visto anteriormente teve por intuito demonstrar que a figura do consumidor surgiu no momento em que se caracterizou a sua vulnerabilidade, seja pelas cláusulas gerais do contrato ou pelo contrato de adesão e o fim das negociações preliminares, seja pela força econômica dos grandes grupos empresariais formados e as manobras de enfraquecimento da livre concorrência. (GRINOVER; BENJAMIN, 2005, p. 7)

Antes de sua condição de vulnerabilidade, não havia razão de ser para o tratamento desigual em favor do consumidor. Conclui-se, portanto, que o consumo sempre existiu, mas não significou legislação especial sob o fundamento da igualdade material como no caso do surgimento da vulnerabilidade do consumidor. Ainda hoje, existem relações que são puramente civis a despeito de permitir um ato de consumo, bastando que o adquirente do bem para consumo não seja tido como vulnerável. (FAVA, 2010)

O consumo não é a mola propulsora do Direito do Consumidor, mas sim a proteção da parte mais fraca, o consumidor, que, por outro lado, representa grande fator de incentivo do mercado capitalista, cada vez mais pautado no consumo.

3 CONCEITO DE CONSUMIDOR

Após análise detida sobre a evolução da concepção jurídica do contrato e sobre as raízes do direito do consumidor, resta, para atingir as finalidades desejadas deste trabalho, recriar os pensamentos que construíram o conceito mais importante desse ramo autônomo da ciência jurídica, por ser o próprio destinatário das benesses legais, o consumidor.

3.1 Artigo 2º do CDC, o consumidor *strictu sensu* e a expressão “destinatário final”

Inicialmente, é indispensável deixar registrado que o conceito de consumidor apresenta quatro acepções jurídicas, uma fundamental e outras três por equiparação, conforme os ensinamentos de De Lucca (2003, p.118).

O artigo 2º do CDC veicula o consumidor fundamental, chamado de consumidor *strictu sensu* (MARQUES, 2005, p. 302), o qual requer a destinação final do bem adquirido.

Há também o consumidor *bystander* (OLIVEIRA, 2012, p. 72), exarado no texto do artigo 17 do CDC, representando aqueles que, mesmo não tendo participado da relação contratual, venham a ser vítimas do evento danoso. Em linhas rasas, sabe-se que o consumo pode causar um acidente em seu exercício, causando prejuízos patrimoniais ou personalíssimos tanto ao consumidor propriamente dito, quanto a terceiras pessoas que sofram os reflexos desse acidente. O CDC também buscou protegê-las de forma especial.

Da mesma forma, o próprio parágrafo único do artigo 2º do CDC prevê a coletividade de consumidores, sobretudo quando indeterminados, e que tenham intervindo na relação de consumo. Essa passagem permite a tutela coletiva em juízo, para garantir interesses supraindividuais.

Por fim, há, ainda, o consumidor-equiparado do artigo 29 do CDC, sobre o qual se tratará mais adiante.

O presente estudo se voltará justamente para o consumidor previsto no *caput* do artigo 2º do CDC.

O desafio do hermeneuta reside justamente na elucidação do real sentido da expressão “destinatário final”. Como todo conceito jurídico indeterminado¹⁷, a determinação do exato limite dessa expressão é o ponto de saída para a configuração da extensão mais elástica ou mais restritiva do conceito. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 51)

A tarefa de conceituação do consumidor corresponde à principal atividade do hermeneuta no que se refere ao Código de Defesa do Consumidor, já que todos os direitos especiais previstos por essa lei apenas poderão ser gozados por quem seja classificado como consumidor (NEVES, 2006, p.96). No fim das contas, separar quem tem direito de quem não tem direito sempre se revela uma atividade delicada e que recomenda muito temperamento.

Dessa forma, desde a publicação da Lei 8.078 em 11 de setembro de 1990, algumas teorias buscaram justamente estabelecer a real extensão da expressão “destinatário final” e, por conseguinte, o conceito de consumidor no ordenamento jurídico pátrio. Veja-se a importância do estabelecimento desse conceito nas palavras de Oliveira (2012, p 47):

Um dos temas mais controversos dessa seara jurídica, considerado por muitos, o vértice de todo o sistema de proteção consumerista, é o próprio conceito de consumidor. [...] Dentre os quatro conceitos acima mencionados, aquele que mais gera divergência é o que consta do art. 2º, *caput*, o consumidor *strictu sensu*, assim denominado pela Professora Cláudia Lima Marques (2002). O art. 2º, *caput*, dispõe que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Várias correntes surgiram para tentar explicar o alcance desse dispositivo de lei, principalmente com relação à expressão “destinatário final”, sendo que duas delas se destacaram: a corrente finalista e a corrente maximalista.

É por essa razão que as teorias a seguir dedicaram grande parte de seus estudos a simplesmente desvendar o real sentido da expressão destinatário final e do conceito de consumidor. Como se verá a seguir, a discussão gira em torno basicamente da extensão do Código de Defesa do Consumidor.

3.2 Teoria Objetiva ou Maximalista

17 Carvalho Filho (2009, p. 51) nos ensina que os conceitos jurídicos indeterminados são “termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma”.

Inicialmente, é imperioso deixar anotado que a aludida teoria é chamada de objetiva por se prender a elementos que não se rendem às qualidades das partes, como a vulnerabilidade do consumidor por exemplo (MARQUES, 2010, p. 85). Segundo os objetivistas, a vulnerabilidade é irrelevante para a caracterização da figura do consumidor, até mesmo porque a utilização de um contrato padronizado, massificado, já presumiria a sua vulnerabilidade. (FAVA, 2010, p.29)¹⁸

A referida teoria também é chamada de maximalista, pois sua interpretação conduz a uma aplicação extensiva do Código de Defesa do Consumidor, como se buscasse a maximização da expressão “destinatário final” (MARQUES, 2005, p. 305). Seus limites são alargados, possibilitando um espaço de trânsito elevado para que os sujeitos se enquadrem como consumidores, sendo, inclusive, o principal alvo das críticas da forma como veremos mais adiante.

3.2.1 A lei do consumo

Ressaltou-se, anteriormente, a base constitucional do direito do consumidor, bem como a animação do constituinte originário no sentido de protegê-lo das práticas comerciais hostis à sua tão importante participação na economia nacional. Na oportunidade, viu-se o *ato de consumo* como uma realidade primitiva à sociedade, pois, desde os primórdios, os homens se relacionaram entre si pela troca ou permuta, a fim de consumir o bem ou o serviço, ou seja, usando-o de forma que deteriorasse a sua utilidade, depreciasse o seu valor.

A teoria objetivista enxerga o principal desiderato do CDC como sendo a regulação do mercado de consumo (MARQUES, 2006a, p. 84). A sua aplicação não deveria se submeter a requisitos subjetivos como a vulnerabilidade, porque acabaria por isolar, em alguns casos, sujeitos submetidos às práticas abusivas do mercado.

Por essa razão, aqueles que defendem essa teoria não encontram óbices para que um contrato estabelecido entre duas pessoas jurídicas seja subordinado ao Código de Defesa do Consumidor, desde que ocorra, para uma delas, a responsabilidade de consumir o objeto do contrato, o que, como visto alhures, significa despreender, absorver, retirar o seu valor pelo consumo. “Verificada a

¹⁸ Segundo Novaes (2001, p. 165), em defesa da Teoria maximalista, “[...] entendeu o legislador que a simples exposição às práticas por ele previstas no CDC era suficiente para gerar uma situação de insegurança e de vulnerabilidade, considerando, portanto, que o simples fato de se submeter a um contrato de adesão colocava o aderente em posição inferior, se equiparando ao consumidor.”

aquisição ou utilização para destinação final, pouco importa se a necessidade a ser suprida com o consumo será de natureza pessoal ou profissional” (ANDRIGHI, 2004, p.7).

3.2.2 Consumidor como destinatário fático

Dessa feita, os maximalistas também deram sua colaboração na interpretação da expressão “destinatário final”. Segundo essa corrente, destinação final deve ser entendida como aquela que retira a mercadoria da cadeia produtiva, independentemente se para fins privados ou profissionais (ARRUDA ALVIM, 1995, p.20).

O consumo, então, representa o último ato, pelo qual se encerra a cadeia produtiva, ou seja, o bem não sofrerá qualquer tipo de transformação, muito menos será objeto de revenda ou distribuição, mas, sim, objeto do verbo consumir nos termos vistos anteriormente (DONATO, 1993, p. 66).

Sendo assim, o destinatário final é encarado como destinatário fático, que põe fim à movimentação produtiva da mercadoria, sendo consumida no ponto de chegada (ALMEIDA, 2006). Nesses termos, o profissional foi abarcado de forma similar ao não-profissional, uma vez que o intuito de lucro na obtenção do bem não representa impedimento à configuração da relação de consumo.

Assim, para os maximalistas, por exemplo, uma empresa montadora de carros que adquire máquinas para o desenvolvimento de sua atividade, configurar-se-ia como consumidora, tendo em vista que o produto adquirido vai ser, doravante, consumido, e, por outro lado, não será objeto de revenda ou qualquer tipo de transformação¹⁹. A sua essência será preservada, e agora lhe será dado a destinação imaginada no momento de sua fabricação. Desde o nascedouro, o produto foi elaborado para realizar a montagem de carros, e, doravante, no último estágio de sua produção, será, finalmente, consumida com a sua efetiva utilização.

Foi assim que Andrichi (2004, p.8) percebeu o entendimento dos maximalistas:

Donato (1993, p. 67) afirma que “para essa corrente, o ato de consumo é conceituado como sendo o ‘ato jurídico ou material que, realizando a destinação final do bem objetivado, esgota total ou parcialmente o valor econômico e provocando geralmente a sua retirada, definitiva ou temporariamente, do mercado.

O uso profissional do bem ou serviço adquirido ou utilizado pela pessoa jurídica que exerce atividade econômica apenas afastará a existência de relação de consumo se tal bem ou serviço compor, diretamente (revenda) ou por transformação, beneficiamento ou montagem, o produto ou serviço a ser fornecido a terceiros, porquanto, em tais hipóteses, a destinação não será final, mas apenas intermediária.

Dessa feita, a única restrição elaborada pelos maximalistas no que se refere à destinação final se prende ao fato de o consumidor não poder utilizar o bem para revenda, transformação ou distribuição, e sim para uso próprio. (ALMEIDA, 2006, p.38)²⁰

3.2.3 Principais críticas

A objetividade dos maximalistas foi o grande alvo de críticas. Para alguns²¹, O alcance dado ao âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor foi alargado de forma desmesurada, abarcando sujeitos que não necessitam de proteção especial, ferindo, assim, o próprio princípio da igualdade material. Trata-se os iguais de forma desigual injustificadamente.

Para os iguais, subsiste o Código Civil e as normas empresariais, inclusive de proibição à formação de monopólios, como suficiente para a solução de controvérsia entre dois profissionais, por exemplo. (FAVA, 2010, p. 47)

As críticas apontam que o CDC nasceu para normatizar uma relação precipuamente de submissão, da polarização de uma parte fraca e vulnerável, e de outra o fornecedor bem equipado e organizado. Permitir que uma mesma pessoa jurídica seja considerada em um momento como fornecedora, e em outro como consumidora, seria banalizar sobremaneira a aplicação do CDC, e acabaria por desproteger aqueles que verdadeiramente necessitam de tratamento especial.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Fava (2010, p.30)

A principal crítica que se faz a esta teoria é que ela acaba transformando o CDC em Direito Privado geral, na medida em que praticamente todos os

²⁰ Almeida (2006, p.38), ainda, assevera que “a operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda. Ocorrida esta, consumidor será o adquirente da fase seguinte, já que o consumo não teve, até então, destinação final.”

²¹ “O problema desta visão é que transforma o direito do consumidor em direito privado geral, pois retira do Código Civil quase todos os contratos comerciais, uma vez que comerciantes e profissionais consomem de forma intermediária insumos para a sua atividade-fim, de produção e de distribuição” (MARQUES, 2010, p. 86). Já Filomeno (2005, p. 35) afirma que “dizer-se, como querem os assim denominados [...] ‘maximalistas’, que se aplica o Código, sem qualquer distinção, às pessoas jurídicas, ainda que fornecedoras de bens e serviços, seria negar-se a própria epistemologia do microsistema jurídico de que se reveste”.

profissionais consomem de forma intermediária insumos para a sua atividade-fim, de modo que a regulação dos contratos interempresariais pelo Código Civil acabaria por se tornar inútil.

[...]

Assim, a leitura maximalista do CDC, que não se preocupa com a comprovação da vulnerabilidade no caso concreto, conduziria, no final, a aplicá-lo como verdadeira lei geral e, como consequência, desnaturaria o sistema especial de proteção que tal diploma legal procura instaurar.

A concepção dada à expressão, somada à concepção da pessoa jurídica como consumidora, foi tecida de forma equivocada pelos objetivistas. Sempre que o profissional adquirir um produto ou serviço como insumo à produção, ou incremento da atividade, invariavelmente desaguaria na vedação da aplicação do CDC (FILOMENO, 2005, p. 35).

3.3 Teoria Finalista ou Subjetivista

A Teoria Finalista se vale de aspectos e conceitos da teoria econômica para definição da real extensão do conceito de consumidor. Assim, a produção, comercialização, circulação e consumo estão compreendidas nas etapas de produção dispostas nessa ordem, encerrando-se pelo último. (PASQUALOTO, 2006, p. 3).

Para o finalismo, caso o bem seja empregado no desenvolvimento de atividade lucrativa, “a circulação econômica não se encerra nas mãos da pessoa natural (profissional ou empresário) ou jurídica (sociedade simples ou empresária) que os utilize” (ANDRIGHI, 2004, p. 1).

3.3.1 A Lei do consumidor

A Teoria Subjetivista é assim denominada, porque leva em consideração aspectos ligados ao consumidor, não se resume a admitir o objeto da relação contratual ou o ato de consumo, elementos objetivos, como suficientes à configuração da relação de consumo. (OLIVEIRA, 2012, p.50)

O consumidor, para os finalistas, é o que justifica a criação de um Código voltado ao tratamento especial, de forma a tornar equilibrada a relação contratual de consumo. Para os finalistas, aquilo que diferencia os consumidores de outras classes jurídicas é a sua vulnerabilidade, sobre a qual se fará comentários detidos

quando do estudo do finalismo aprofundado. Nessa trilha, Grinover e Benjamim (2005, p.7):

É com os olhos postos nessa vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. Que enorme tarefa, quando se sabe que essa fragilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores.”

Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado.

Percebe-se, pois, o foco do estudo sendo direcionado pelos finalistas rumo ao consumidor. Repudia-se, aqui, a pretensão dos maximalistas de enxergar no CDC um código geral do mercado de consumo (MARQUES, 2010, p.86) . Para os finalistas, só existe tratamento diferenciado, porque existe consumidor e esse, apenas porque se tornou parte vulnerável.

3.3.2 Consumidor como destinatário econômico

A expressão “destinatário final”, aos olhos dos finalistas, não quer imprimir uma tonalidade de mera destinação fática, mas sim econômica, ou seja, não leva em consideração apenas se o produto em si atingiu o fim a que se propunha na sua fabricação, mas se ele deixa de participar da atividade econômica e passa a ser utilizado como satisfação de um interesse pessoal. (TARTUCE; NEVES, 2013)

O profissionalismo é visto com olhos desconfiados pelos finalistas, para os quais a intenção de lucro está na contramão do consumidor, e se alinha com muito mais razão ao fornecedor.

Aceitar que um fornecedor seja tido como consumidor em determinado momento, e, logo após, como fornecedor, novamente, em outra relação contratual, é motivo de grandes incômodos para os subjetivistas. Consumidor seria uma classe definida, que apresenta como pedra de toque a sua vulnerabilidade diante do fornecedor (GRINOVER; BENJAMIN, 2005, p. 7).

Assim, aceitar que esse mesmo fornecedor, em outro momento, veja-se como vulnerável para reclamar as benesses do CDC, seria suficiente para que

todos, em algum dado momento, sejam tidos como consumidor, o que levaria à inutilidade de qualquer diferenciação especial.²²

Os finalistas explicam que, dentre as características que evidenciam o consumidor, estão a falta de informação, a ausência de suporte técnico-jurídico, a inexistência de mínima organização capaz de fortalecer esse grupo econômico. Em oposição, os fornecedores possuem essas condições de forma a enaltecer a sua supremacia no mercado de consumo. Por essa razão, a pretensão dos profissionais em pleitear o lugar ao sol, o título de consumidor, reclamando mais benesses do que o direito comercial já lhes concede (MARQUES, 2010, p. 85), corromperia a essência do consumidor.

No exemplo sugerido anteriormente, a empresa montadora de veículos que adquire uma máquina para auxiliar sua produção não é vista como consumidor pelos finalistas, mesmo que não transforme o bem, ou o utilize para revenda. Não se retirou o bem do mercado econômico para uso pessoal, mas no sentido de fomentar nova atividade econômica, qual seja a montagem de carros, o que será refletido no preço final, onde estará embutido o preço da aquisição da máquina.

No que consiste à pessoa jurídica, os finalistas, a despeito de reconhecerem a previsão legal disposta no artigo 2º do CDC, na qual a pessoa jurídica é reconhecida como consumidora, ofereceram uma restrição ferrenha à aceitação, no caso concreto, dessa qualificação²³. Assim, dispõe FAVA (2010, p.31):

Assim como a extrema flexibilidade atribuída ao conceito de consumidor pela Teoria Maximalista pode acabar fazendo com que o CDC seja aplicado a todo e qualquer contrato firmado por uma pessoa jurídica, tornando-se, portanto, lei geral, o rigor de alguns finalistas, que entendem que a pessoa jurídica somente seria consumidora quando adquirisse produto ou utilizasse serviço que não fosse considerado insumo para a sua atividade empresarial, pode acabar até mesmo negando a vigência do art. 2º do CDC, já que praticamente nunca uma pessoa jurídica seria considerada consumidora.

Esse rigor quanto às pessoas jurídicas e demais profissionais foi o que causou maiores críticas à aludida teoria, como se verá a seguir.

3.3.3 Principais críticas

²² Na I Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em outubro de 2012, foi aprovado o enunciado 20 no sentido da inaplicabilidade do CDC nos contratos entre empresários que pretendam fomentar atividade comercial.

²³ Filomeno (2005, p. 31) discorda da consideração da pessoa jurídica como consumidora “e isto pela simples constatação de que dispõem as pessoas jurídicas de força suficiente para sua defesa, enquanto o consumidor, ou, ainda, a coletividade de consumidores ficam inteiramente desprotegidos e imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum”.

A Teoria Finalista foi saudada por muitos²⁴, por ter corrigido a distorção elaborada pelos maximalistas, os quais admitiram o CDC como um regulamento do mercado de consumo, atraído sempre que houvesse o denominado ato de consumo. A objetividade elevada respondeu pela aplicação extensiva dada às normas protetivas, desaguando no enfraquecimento das mesmas. Foi com o propósito de restringir o âmbito de aplicação que o finalismo recebeu adeptos.

Entretanto, em alguns casos, percebeu-se que a restrição dos finalistas foi severa com alguns sujeitos que comprovavam necessitar da proteção especial, mas não se adequavam com perfeição à bitola criada, não preenchiam exatamente todos os requisitos elaborados, o que os colocou à margem da aplicação do CDC (FAVA, 2010, p. 31)²⁵

Ressalte-se, principalmente, a figura dos profissionais, seja pessoa física, seja pessoa jurídica. O incômodo, citado anteriormente, dos finalistas com a ideia de consumidor-profissional ricocheteou em casos de vulnerabilidade comprovada, afastados simplesmente porque não se tinha, *in casu*, a destinação final econômica (FAVA, 2010, p.31).

Quanto à pessoa jurídica, veja o ensinamento de Nunes (2005, p.80):

A pessoa jurídica não come, não bebe, não viaja, não lê, não vai ao cinema, não assiste à aula, não vai a shows, não aluga filmes, não vê publicidade etc. Logo, para ser consumidora, como o próprio art. 2º do CDC preconiza, é inevitável que sejam considerados os bens e serviços tecnicamente possíveis de serem adquiridos por uma pessoa jurídica e que lhe sirvam como bens de produção e, simultaneamente, bens de consumo.

Foi aí que, capitaneado pela mudança jurisprudencial ocorrida no STJ após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve um amadurecimento da Teoria Finalista, em busca de maior equilíbrio no deslinde de questões em que se demonstrava a vulnerabilidade, mas, em contrapartida, não havia a destinação econômica (MARQUES, 2005, p. 305).

²⁴ Alinhados ao finalismo estão Filomeno (2005); Grinover e Benjamin (2005); Cavalieri Filho (2011); Tartuce e Neves (2013); Pasqualoto (2006); Benjamin (2010).

²⁵ Marques (2006a, p. 85) aponta que há 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, em que a simples constatação da destinação econômica não se revela a fórmula mais justa.

Valendo-se dos conceitos finalistas, de toda a estrutura montada por esses, surgiu uma nova Teoria denominada de Finalista Aprofundada²⁶, justamente pela proximidade com aquela, mas com ênfase em aspectos não objetos de sindicância apurada, como a vulnerabilidade, por exemplo, princípio básico estampado no artigo 4º, I do CDC (MARQUES, 2005, p. 305).

3.4 Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada

Esta terceira corrente, na busca pelo real conceito de consumidor, foi construída ao tempo do início da vigência do Código Civil de 2002, e foi albergada principalmente pelas decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do ano de 2003 (MARQUES, 2005, p. 305).

Muitos foram os nomes dados pela doutrina, como finalismo aprofundado, mitigado ou misto (OLIVEIRA, 2012 p. 57). A razão reside no fato de que essa nova teoria se vale dos conceitos e de toda a fôrma construída pelos finalistas, principalmente no que tange ao conceito de vulnerabilidade.

Assim, procurou submergir na essência dos estudos elaborados pelos subjetivistas, cuja rigidez procurou-se flexibilizar com o fito de alargar a proteção do CDC àqueles até então ignorados, mas que, ao revés, são legitimados a requerê-la segundo novos critérios mais equilibrados.

No seio do próprio Superior Tribunal de Justiça percebe-se que a nova corrente ainda não foi batizada por definitivo, variando, vez por outra dentre as várias alcunhas citadas acima²⁷. O que não parece causar dissenso é o fato de essa nova corrente derivar invariavelmente da corrente finalista, sendo mero aprofundamento de seus estudos (BRASIL, 2005)²⁸. Continua-se a rechaçar a pretensão maximalista de alargar a incidência do CDC como se fosse um regulador de mercado, com aplicação obrigatória toda vez que houver um ato de consumo.

Qualquer das nomenclaturas eleitas pelo intérprete desagua na constatação de uma busca de equidade, equilíbrio na aplicação do CDC. Como dito

²⁶ Assim denominada por Marques (2005, p.305).

²⁷ Oliveira (2012, p.57) aduz que a confusão se dá por conta da utilização da expressão mitigação pelo STJ enquanto a professora Cláudia Lima Marques utiliza finalismo aprofundado.

²⁸ No REsp nº 476.428/SC, a Rel. Min. Nancy Andrighi asseverou que: “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.” (BRASIL, 2005)

anteriormente, a tarefa de conceituar o instituto do consumidor se revela como a grande responsabilidade do operador do direito, tendo em vista que, de início, já decide quem será consagrado com a proteção do Código. Inevitavelmente, pelo tratamento privilegiado, todos querem se valer das normas do CDC, e, por assim dizer, afirmam necessitar de tal privilégio. O papel do hermeneuta é justamente definir quem realmente merece, daqueles transvestidos de consumidor vulnerável sem sê-lo.

Nessa esteira, o finalismo aprofundado busca equilibrar as duas correntes que se posicionaram em lados extremos²⁹. Uma porque estende demasiadamente o âmbito de atuação do CDC e a outra porque a restringe de igual forma. De toda sorte, qualquer que seja o nome dedicado à referida corrente, privilegiar-se-à a ideia de amadurecimento do finalismo clássico.

3.4.1 A vulnerabilidade

O conceito de vulnerabilidade não foi inovação trazida pelo finalismo aprofundado, cuja análise concedeu maior importância ao referido conceito. A vulnerabilidade apesar de ser conhecida e ressaltada pelos clássicos finalistas, teve otimização de seu alcance conquistado com o aprofundamento do subjetivismo, de forma que, algumas vezes, necessário sacrificar-se a destinação econômica em nome da constatação de vulnerabilidade, para que assim haja a aplicação do CDC (OLIVEIRA, 2012, p. 91).

Em outras palavras, ocorre, não raras vezes, uma tensão entre vulnerabilidade e destinação econômica, já que podem caminhar desacompanhadas uma da outra, criando uma situação embaraçosa com a qual a clássica teoria finalista não conseguiu lidar com perfeição. É corriqueiro a situação em que um sujeito é vulnerável, mas não se adequa à ideia de destinatário econômico, principalmente as pessoas jurídicas. Para tal situação, o remédio finalista era, invariavelmente, rechaçar a aplicação do CDC.

Sendo assim, mesmo reconhecendo as raízes históricas do direito do consumidor, as razões que levaram ao tratamento desigual entre as partes, a destinação econômica se mostrou tão mais importante que resultou na desproteção

²⁹ Ainda no campo da nomenclatura, há quem chame a teoria de mista (OLIVEIRA, 2012, p.57), como se conjugasse as duas outras correntes, observando, porém, os conceitos econômicos do finalismo clássico.

de sujeitos tipicamente vulneráveis, partes em contratos de adesão e sujeitos às práticas abusivas, submetidos à força econômica dos grupos empresariais.

A pretensão do subjetivismo em arrefecer o crescimento da teoria maximalista e da ideia de um código como regulamento do mercado de consumo foi tão incômoda que atraiu os olhares e as forças dos finalistas justamente para a destinação econômica, fazendo com que a vulnerabilidade ficasse em segundo plano.

O nascimento da teoria finalista aprofundada se deu exatamente no período em que o maximalismo foi sendo deixado de lado, principalmente no seio do Superior tribunal de Justiça no período subsequente ao ano de 2003(MARQUES, 2010, p.87). Com o maximalismo em franco enfraquecimento, o campo se tornou muito fértil para o fortalecimento da vulnerabilidade, a qual passou a ter papel de destaque, sem que com isso houvesse o fim da ideia de destinação econômica.

Apenas ocorreu um enfretamento mais maduro de situações em que a vulnerabilidade não estivesse acompanhada de destinação econômica, contrariando a inflexibilidade até então reinante, permitindo temperamento e, principalmente, deixando ao juízo do magistrado, no contato com as circunstâncias, o papel de perquirir a existência da vulnerabilidade.³⁰

Se inúmeras são as formas de se criar a vulnerabilidade do consumidor por meio de práticas comerciais que fogem à criatividade do homem comum, deve-se libertar o juiz de amarras que o impeçam de identificá-las. (BRASIL, 2012)

À primeira vista, os finalistas quiseram combater prioritariamente o avanço do maximalismo, cujos estudos colocavam em xeque todo o sistema de proteção do consumidor, bem como as diretrizes constitucionais. Superado esse estágio, somado com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e com o enfraquecimento da teoria maximalista, nasce a ideia de amadurecimento, aprofundamento, de qualificar o finalismo (MARQUES, 2005, p. 305).

O principal beneficiado pelo amadurecimento da teoria finalista foi o profissional, a pessoa jurídica. Esses encontravam guarida no maximalismo, mas

³⁰ No informativo de jurisprudência 510 do STJ, de dezembro de 2012, a Rel. Min. Nancy Andrighi assevera que: “a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora”. (BRASIL, 2012)

foram renegados pelo finalismo clássico (FILOMENO, 2005, p.31). Antes podiam ser considerados como consumidores, com o finalismo não mais. A destinação econômica quase sempre se mostrava como uma barreira intransponível (NUNES, 2005, p.800).

A vulnerabilidade é um estado de fragilidade do consumidor, sinal de desequilíbrio da relação contratual, contrapõe-se à posição sólida do fornecedor. Sobre a vulnerabilidade, o ensinamento de Oliveira (2012, p.92):

A ideia de vulnerável está diretamente ligada àquela de submissão ou falta de controle sobre o processo produtivo. O princípio da vulnerabilidade está conectado de maneira imediata ao princípio da igualdade. Aquele que é vulnerável necessariamente se encontra em uma relação desigual. Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da vulnerabilidade é subprincípio derivado do princípio constitucional da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição da República.

A vulnerabilidade como peça-chave sempre pode ser encontrada no CDC, mais precisamente no artigo 4º, I, dentro do elenco dos princípios básicos, aduzindo a necessidade de “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (BRASIL, 1990).

Por fim, vale destacar que vulnerabilidade e hipossuficiência são termos que não se confundem, apesar da inegável interseção entre eles (CAVALIERI FILHO, 2011, p.47).

É no mundo processual que a vulnerabilidade reflete seus efeitos com o surgimento da hipossuficiência, que, por sua vez, prende-se às dificuldades do consumidor, denominado de litigante eventual, de enfrentar o fornecedor em juízo, o litigante habitual. Na maioria das vezes, o consumidor tem dificuldades em comprovar o alegado, porque os dados técnicos estão sob a posse do fornecedor, ou porque não pode arcar com os custos de uma perícia (FILOMENO, 2005, p.149).

É aí que o código estabelece instrumentos para equilibrar a relação processual, com a inversão do ônus da prova por exemplo. O fundamento da vulnerabilidade e da hipossuficiência é o mesmo, a igualdade material, o equilíbrio da relação, seja material, seja processual.

Três são as espécies de vulnerabilidade reconhecidas pela doutrina (BRASIL, 2012):³¹

³¹ Marques (2005) reconhece a existência de uma quarta modalidade, a vulnerabilidade informacional. Entretanto, parte da doutrina considera que essa espécie já se encontra englobada na vulnerabilidade técnica (FAVA, 2010, p.33).

3.4.1.1 Vulnerabilidade técnica

A vulnerabilidade técnica é a espécie que se prende ao desconhecimento do consumidor quanto às qualidades do produto ou do serviço, seu funcionamento, seus riscos, forma de utilização, e quanto ao contrato e suas obrigações estipuladas. (FAVA, 2010, p.33)

No capítulo em que se tratou sobre a revolução industrial, ressaltou-se a ocorrência de um avanço tecnológico e científico capaz de dotar os produtos fabricados de características cada vez mais desenvolvidas pela robotização, pela informatização.

Esses novos produtos são fabricados em processos de alta tecnologia, com capacidade de inovação aceleradamente assustadora, capaz de superar a velocidade do próprio relógio, podendo ser o consumidor enganado com muita facilidade sobre o real conteúdo do objeto contratual (FAVA, 2010, p. 33).

O profissional deve demonstrar a sua vulnerabilidade técnica, principalmente se o objeto está dentro de sua área de *expertise*, não se presumindo essa modalidade. (FAVA, 2010, p.33).

3.4.1.2 Vulnerabilidade jurídica ou científica

Essa modalidade se junte ao fato de consumidor normalmente não ter total conhecimento de seus direitos, ou conhecimentos de economia e contabilidade, muito menos dos deveres imputados aos fornecedores (CAVALIERI FILHO, 2011, p.50).

Assim, torna-se mais fácil transgredir os direitos do consumidor, até mesmo porque o próprio titular desse direito não os conhece, muito menos sabe como defendê-los. Por assim dizer, o campo para o abuso por parte do fornecedor é muito fértil, e as práticas de mercado capazes de ferir os direitos e garantias são disseminadas em todos os setores, disfarçadas de condutas lícitas.

No que se refere à pessoa jurídica, a vulnerabilidade jurídica também não é presumida, requerendo a comprovação no caso concreto. Isso se dá em virtude de o profissional, naturalmente, necessitar de amparo mínimo jurídico e contábil para o funcionamento de suas atividades, diferentemente do que acontece com o consumidor não profissional. Por essa razão, não se admite a presunção em favor

da pessoa jurídica, subsistindo, todavia, para o não profissional e para a pessoa física (FAVA, 2010, p. 33).

3.4.1.3 Vulnerabilidade fática ou socioeconômica

A vulnerabilidade fática se caracteriza “sempre que um dos contratantes está em posição de monopólio fático ou jurídico, apresenta grande poder econômico, ou oferece um produto ou serviço essencial para o outro” (FAVA, 2010, p.33).

Essa modalidade se liga àquela noção construída no capítulo em que se deu atenção ao histórico do direito do consumidor, de monopolização do mercado, de formação de grandes grupos econômicos, possibilitados pelo distanciamento do Estado liberal.

Atualmente, mesmo com a maior ingerência do Estado no impedimento de formação de cartéis, trustes ou da supressão da concorrência, não há o impedimento da formação de grandes grupos econômicos. São essas potentes sociedades empresariais que podem impor com maior êxito sua superioridade econômica, principalmente se passam a fornecer produtos essenciais à coletividade ou de enorme aceitação pelo mercado de consumo (FAVA, 2010, p.33).

À guisa de elucidação, cite-se o caso das operadoras de telefonia e das empresas de plano de saúde, que, a cada ano, batem recordes de reclamações no órgãos de proteção do consumidor. Os abusos cometidos por essas empresas se dão principalmente em razão do grande porte econômico, da essencialidade dos serviços que prestam e de sua larga utilização pelos consumidores. Quanto mais o consumidor necessita de um produto ou serviço, mais sujeito às práticas abusivas ele está.

3.5 O consumidor equiparado (art. 29 do CDC)

Até então, o debate aqui esposado havia se resumido ao consumidor *strictu sensu*, com previsão no artigo 2º do Código Consumerista. Como dito, há ainda três espécies de consumidor equiparado, o do parágrafo único do art. 2º, o do artigo 17 e o do artigo 29.

Um grande trunfo utilizado pelo finalismo aprofundado foi o teor do artigo 29 do CDC, o qual prevê que “para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-

se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (BRASIL, 1990). Essa equiparação legal vem sendo usada pelo finalismo aprofundado como ferramenta de proteção da pessoa jurídica, mesmo estando ausente a destinação econômica do bem contratado (BRASIL, 2012).

Da mesma forma que os maximalistas e finalistas travaram um debate quanto à conceituação do consumidor *strictu sensu*, a interpretação do artigo 29 também dividiu uns e outros.

Para os maximalistas, há uma máxima extensão desse conceito, tendo em vista a desnecessidade de qualquer qualidade especial, como a vulnerabilidade do consumidor, por exemplo, para que haja a aplicação do artigo 29. Por isso, qualquer sujeito que esteja exposto às práticas abusivas será considerado consumidor, e o contrato de adesão, invariavelmente, veicularia uma relação de consumo, já que o capítulo VI regula justamente essa forma massificada de contratação, coadunando-se com o que dispõe o texto do artigo 29 (NOVAES, 2001, p. 142).

Os finalistas, em outra medida, asseveram que a vulnerabilidade deve ser analisada no caso concreto, dispensando apenas a destinação final, pois o texto legal silencia quanto a tal requisito. Veja-se o ensinamento de Marques (2005, p.355):

[...] No caso de extensão do campo de aplicação do CDC em relação ao artigo 29, a vulnerabilidade continua sendo elemento essencial – superado, apenas, foi o critério da destinação final. Mesmo não sendo destinatário final (fático ou econômico) do produto ou serviço, pode o agente econômico ou profissional liberal vir a ser beneficiado pelas normas tutelares do CDC como consumidor-equiparado. Isso porque, concentrado talvez nesta vulnerabilidade fática, instituiu o legislador brasileiro três normas de extensão do campo de aplicação pessoal do CDC, três disposições legais conceituando os agentes que considera equiparados a consumidores (arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29).

Dessa forma, a pessoa jurídica, o profissional, quando se sujeita a práticas abusivas, pode invocar as normas protetivas do CDC, com base na equiparação legal do artigo 29 do Código, mesmo que não se qualifique como destinatário econômico do bem

4 A PESSOA JURÍDICA CONSUMIDORA E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) nasceu oriundo na Carta Magna de 1988 com o fito de solucionar o que se denominou de *crise do supremo* (HIROSSE, 2010, p.9).

Essa expressão se deu em razão de o Supremo Tribunal Federal (STF) encontrar-se, antes da promulgação do texto constitucional, em estado de extremo engessamento de suas funções em virtude do número exagerado de ações e recursos aos quais deveria dar vazão, já que, à época, detinha competência para julgar ações de violação à Constituição Federal bem como à legislação Federal (HIROSSE, 2010, p.9).

Assim sendo, o constituinte originário fez nascer um tribunal com competência ligada à aplicação da legislação federal, reservando ao STF o esforço de proteção das normas constitucionais (BRASIL, 1988). Assim, disciplinada no artigo 105 da Constituição Federal, a Corte teve sua competência instalada em 7 de abril de 1989 (HIROSSE, 2010, p.9)

Em outro giro, o artigo 48 do ADCT previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor pelo Congresso Nacional no prazo de cento e vinte dias (BRASIL, 1988). Apesar do comando, o projeto do CDC acabou sendo sancionado e publicado apenas em 12 de setembro de 1990 como Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (GRINOVER; BENJAMIN, 2005, p.4).

Nesse diapasão, além de outras inúmeras inovações constitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro passou a conhecer, no início dos anos 90, dois novíssimos protagonistas no novo cenário democrático: o Superior Tribunal de Justiça, chamado de Tribunal da Cidadania, e o Código de Defesa do Consumidor. A eskorreita aplicação desse último, levado à vigência como lei federal, faz parte, consoante artigo 105 da CRFB, da competência daquele (BRASIL, 1988).

Assim, o desenvolvimento hermenêutico das regras e dos princípios explícitos e implícitos no texto desse novo código se confundiu com o próprio fortalecimento das funções institucionais do STJ. Pode-se afirmar, sem vacilos, que os avanços dos trabalhos do Tribunal, como um todo, foram acompanhados pela evolução da aplicação e dos estudos acerca do CDC. (MARQUES, 2005, p.305)

A conceituação do consumidor, a primeira, e talvez mais importante, tarefa do hermeneuta, sofreu alterações substanciais durante esses vinte e quatro

anos de trabalhos prestados, sempre guiada por aquelas mesmas correntes estudadas em seções anteriores. O que se pretende, doravante, é justamente demonstrar a evolução desse conceito, sua aplicação às pessoas jurídicas e o surgimento e a perspectiva de consolidação da Teoria Finalista Aprofundada.

4.1 O funcionamento do STJ

Antes de analisar-se a evolução jurisprudencial do STJ no que se refere à aplicação do CDC às pessoas jurídicas, é imperioso esclarecer como se dá o funcionamento do Tribunal, o que, decerto, colaborará com o entendimento do leitor.

O STJ é composto por quatro espécies de órgãos, a saber: o Plenário, a Corte Especial, as seções de julgamento e as turmas de julgamento, conforme artigos 2º, I, II e III do Regimento Interno do STJ.

O Plenário é formado pela totalidade dos ministros e tem por função resolver as questões administrativas a cargo dos magistrados. Referido órgão é quem dá posse aos membros do Tribunal e elege, a cada dois anos, o presidente e o vice-presidente da Corte. É ali também onde se vota o Regimento Interno do STJ e suas emendas. Por fim, cabe também ao plenário elaborar a lista com os nomes de juízes, desembargadores, advogados, membros do Ministério Público que deverão compor o Tribunal. A competência do Plenário está prevista no artigo 10 do RISTJ.

A Corte Especial é o órgão máximo de atividade jurisdicional do STJ. Além de uniformizar a jurisprudência do Tribunal quando há decisões em sentidos divergentes entre turmas de seções diferentes e julgar os embargos de divergência, cabe a esse órgão julgar os processos criminais de competência originária do STJ, bem como elaborar novas súmulas e verbetes que resumam o entendimento do tribunal sobre determinada matéria, a servir de orientação para os demais tribunais. É composta pelo presidente do STJ e pelos 15(quinze) ministros mais antigos, tudo consoante artigo 11 do RISTJ.

Por outro lado, são três as Seções de Julgamento, e cada uma delas é composta por duas Turmas de Julgamento. A primeira Seção é formada pelas primeira e segunda turmas, enquanto que a Segunda Seção, pelas terceira e quarta Turmas. A Quinta e a Sexta Turma formam a Terceira Seção. É de competência das seções de julgamento apreciar as matérias de competência originária do STJ bem como aquelas objeto de divergência entre suas próprias turmas. Para que não haja

dúvidas, se a divergência advir entre turmas de uma mesma seção, a competência é dessa. Caso venha entre turmas de seções diferentes, a competência recairá sobre a Corte Especial.

Por fim, é nas turmas de julgamento do STJ que são apreciados os recursos especiais, as medidas cautelares e os agravos de instrumento e regimentais, bem como casos específicos de habeas-corpus, consoante artigos 13 e 14 do RISTJ. Em sua composição, há a presença de cinco ministros, dentre os quais três são necessários para a realização dos julgamentos.

No que se refere aos recursos especiais em matéria de direito do consumidor, a competência recai sobre a Segunda Seção, por intermédio das Terceira e Quarta Turmas de Julgamento, consoante artigo 9º, § 2º do Regimento Interno do STJ.

4.2 A jurisprudência do Tribunal entre os anos 2000 e 2004

Desde o início dos trabalhos do STJ acerca das matérias ligadas ao Direito do Consumidor, a competência para julgamento sempre foi da Segunda Seção, por intermédio das Terceira e Quarta Turmas de Julgamento, conforme se extrai do RISTJ.

O primeiro período a ser analisado aqui é aquele que compreende os anos de 2000 a 2004, quando houve dois importantes julgados da Segunda Seção: o REsp nº 541.867/BA e o CC nº 41.056/SP.

Logicamente, tendo em vista a matéria ser levada ao STJ por meio de recursos especiais, levou certo tempo para que os processos originários chegassem a esse grau de recurso, motivo pelo qual decidiu-se restringir o estudo ao lapso de tempo subsequente ao início dos anos 2000.

Nesse diapasão, desde as primeiras decisões acerca da matéria, percebeu-se um desencontro entre as Terceira e Quarta Turmas de Julgamento.

Visivelmente, a Terceira Turma de Julgamento se alinhou à teoria maximalista, admitindo com maior facilidade a aplicação do CDC em contratos interempresariais, sem perquirir a finalidade da utilização do produto ou do serviço, bastando que o bem seja retirado do mercado de consumo.

Veja-se o julgado a seguir:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE TRANSPORTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO.

1. O Acórdão recorrido enfrentou todas as questões apresentadas na apelação, não havendo necessidade de referência expressa a determinados dispositivos legais, ausente, portanto, a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Aplica-se a prescrição do Código de Defesa do Consumidor (art.27), em caso de ação de indenização decorrente de dano causado em mercadoria durante o respectivo transporte marítimo, não importando para a definição do destinatário final do serviço de transporte o que é feito com o produto transportado. No caso, o serviço de transporte foi consumado com a chegada da mercadoria no seu destino, terminando aí a relação de consumo, estabelecida entre a transportadora e a empresa que a contratou.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 286441/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 03/02/2003, p. 315)

O julgado acima simboliza o entendimento esposado no seio da Terceira Turma de Julgamento, pelo qual a Teoria maximalista tomou frente. Como visto na ementa, a turma considerou que a destinação dada pelo adquirente do produto não é relevante para a caracterização do consumidor.

A lide se deu em torno de um contrato de transporte marítimo, pelo qual a empresa X se comprometeu com a empresa Y a transportar 3.800 Kg de coalho alimentício em pó ao Porto de Roterdã na Holanda. Segundo a empresa Y, a mercadoria foi entregue em perfeitas condições à empresa X, mas foi constatado, no momento da entrega ao destinatário, elevado índice de umidade, superior às condições exigidas, em razão de furos no teto dos contêineres, molhando a mercadoria durante o longo transporte marítimo. Por essa razão, a empresa Y ajuizou ação para o ressarcimento dos prejuízos.

Em seguida, o juízo de primeiro grau extinguiu a ação sem resolução de mérito pela ocorrência de prescrição do direito de ação, não se aplicando o CDC. O tribunal *a quo* confirmou a decisão. Interpôs-se recurso especial a fim de, entre outras questões, reconhecer a aplicabilidade do CDC no caso concreto e, em seguida, do prazo prescricional previsto em seu artigo 27,§2º.

O Ministro Relator Antônio Pádua Ribeiro entendeu por bem não conhecer do especial pela ocorrência de prescrição, conforme o artigo 449, II do Código Comercial, acompanhado pelo Ministro Ari Pargendler, não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor, por “se tratar de contrato de transporte marítimo entretido entre pessoas jurídicas com finalidade de obtenção de insumos para produção industrial[...]” (BRASIL, 2002)

Entretanto, os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho deram provimento ao Recurso Especial, reconheceram a aplicação do CDC e do seu prazo prescricional diferenciado.

Segundo esses Ministros, na trilha do voto-condutor de lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o serviço prestado foi consumado com a chegada da mercadoria no seu destino, terminando aí a relação de consumo do serviço de transporte entre a transportadora e o consumidor final do serviço. Veja-se excerto do Julgado, extraído do voto do Ministro Castro Filho (BRASIL, 2002):

Os Ministros Antônio Pádua Ribeiro e Ari Pargendler, considerando que o qualho transportado seria utilizado em processo industrial, entenderam inexistente a relação de consumo.

Penso, entretanto, que o fato de a matéria-prima transportada, objeto de contrato de compra e venda entre uma empresa alemã e a ora recorrente, ter por destinação sua transformação com fins econômicos, não altera a natureza da relação contratual ora em exame, firmada tão-somente entre a autora-recorrente e as rés-recorridas, cujo objeto era unicamente a prestação do serviço de transporte da carga, em condições especificadas, do Porto de Imbituba-SC ao Porto de Roterdã, na Holanda

Não se pode confundir o contrato de compra e venda da mercadoria, que não estaria protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, por não ser a empresa alemã destinatária final do qualho importado, com o contrato de prestação de serviço de transporte, firmado entre a vendedora da mercadoria, ora recorrente, e a transportadora-ré, cujo objeto seria definitivamente cumprido com a entrega da carga nas condições avençadas. Entendo que a recorrente é consumidora destinatária final do serviço de transporte esgotado pela entrega, merecendo reparação pelos defeitos do serviço contratado.

Desse modo, por maioria, o Recurso Especial foi conhecido e provido, reconhecendo-se a aplicabilidade do CDC ao contrato firmado entre a transportadora e a remetente, segundo os pensamentos da teoria maximalista.

Apesar de restar claro o alinhamento a essa teoria pelos ministros, não se pode deixar de registrar as razões da Ministra Nancy Andrighi, que parecem anteceder o início do que, mais tarde, seria chamado de Teoria Finalista Aprofundada.

Mas além dos consumidores stricto sensu, conhece o CDC os consumidores-equiparados, os quais por determinação legal merecem a proteção especial de suas regras. Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço.

Além das razões propostas pelos outros, essa ministra faz menção ao fato de que a definição de consumidor e fornecedor deve ser vista caso a caso, ressaltando a necessidade da existência de um sujeito identificável como consumidor.

Mesmo que de forma incipiente, é possível notar que há uma certa peculiaridade que não se adequa com perfeição ao objetivismo. Ainda que não dito expressamente, retira-se das linhas da Ministra uma inclinação à vulnerabilidade do consumidor como configurador da relação de consumo, que deve ser constatado caso a caso, diferentemente daquilo que apregoa o maximalismo.

No mesmo sentido, a Ministra Nancy Andrighi ainda fez questão de ressaltar que resta a possibilidade de se adequar o sujeito dentro do conceito de consumidor-equiparado do artigo 29, da mesma forma que proposto pelo finalismo aprofundado (BRASIL, 2002).

De toda sorte, a Terceira Turma consagrou a teoria maximalista como linha hermenêutica correta para a apreciação do conceito de consumidor. No mesmo sentido, cita-se os julgados:

- a) REsp nº 235.200/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 04/12/2000; REsp nº 248.424/RS Rel. Min Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05/02/2001 e REsp nº 263.721/MA, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 09/04/2001, pelos quais reconheceu-se o arrendatário como destinatário final em contrato de arrendamento mercantil, ainda que o consumidor tivesse o intuito de fomentar sua atividade;
- b) REsp nº 208.793/MT, Rel Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 01/08/200º, no qual houve a relação entre Fertiza Companhia Nacional de Fertilizantes e Edis Fachin como sendo típica consumerista, tendo em vista o agricultor ser destinatário final do adubo que adquiriu para o cultivo da lavoura;

- c) AgRg no Ag nº 296.516, Rel(a). Min(a). Nancy Andrighi, DJ 05/02/2001, no qual o contrato estabelecido entre a instituição financeira e a pessoa física foi tida como de consumo, já que esse utilizou o financiamento para a satisfação de um interesse próprio, sendo, pois, destinatário final do serviço;
- d) REsp nº 329.587/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 24/06/2002, no qual a Terceira Turma, por unanimidade, considerou existir relação de consumo entre a transportadora aérea e a pessoa jurídica contratante, tendo o contrato como objeto o transporte de lote de peças de reposição;
- e) REsp nº 286.441/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 03/02/2003, pelo qual a Terceira Turma entendeu, por maioria, nos termos do voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, existir relação de consumo entre Transroll Navegação S/A e outro e Faprol Indústria de Alimentos Ltda, já que essa foi considerada destinatária final do serviço de transporte marítimo de coalho alimentício em pó;
- f) REsp nº 468.148/SP, Rel. Min Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 28/10/2003, no qual reconheceu-se a relação de consumo, tendo em vista a SBC Serviços de Terraplanagem Ltda adquiriu crédito bancário para a compra de tratores, não importando se com o intuito de fomentar a sua atividade econômica;
- g) REsp nº 445.854/MS, Rel. Min. Castro Filho, DJ 19/12/2003, no qual a Terceira Turma reconheceu existir relação de consumo entre o agricultor Francisco João Andrighetto, que adquiriu uma colheitadeira para o cultivo de sua lavoura com o financiamento bancário;
- h) REsp nº 488.274/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23/06/2003, pelo qual se consignou que a relação entre Pastificio Santa Amália Ltda e Baan Brasil Sistemas de Informática Ltda se configurou como de consumo, pois a primeira adquiriu programas de computador para gerenciar o seu estoque, sendo tida como destinatária final.

De outra banda, a Quarta Turma de Julgamento do STJ, no período indicado, alinhou-se aos ideais propostos pelos finalistas, ou subjetivistas, no que se refere à extensão da aplicação das normas protetivas do CDC.

Conforme dito alhures, a Quarta Turma entendeu por necessário restringir a aplicação desse Código para que não haja uma banalização de suas regras ao ponto de desproteger aqueles que dele realmente necessitam, tendo em vista o menoscabo do espírito de igualdade material proposto inclusive pela Constituição Federal de 1988.

Tratando o CDC como um regulamento geral de mercado, findar-se-ia a desconsiderar a importância de, no caso concreto, reequilibrar uma relação descompassada historicamente, como visto nos capítulos anteriores deste trabalho.

Nesse sentido, veja-se o julgado a seguir:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSÃO. ÂMBITO DA DEFESA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BENS JÁ INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. TAXA DE JUROS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. APLICAÇÃO DA TR. MORA DOS DEVEDORES CONFIGURADA.

- Admissível a ampla defesa outorgada ao devedor em face da necessidade de verificar-se se caracterizada ou não no caso a mora debitoris.
- Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor.
- "O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor" (súmula nº 28-STJ).
- "A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis" (súmula nº 30-STJ).
- Cuidando-se de operações realizadas por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 quanto à taxa de juros. Súmula nº 596-STF.
- Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por leis especiais a capitalização mensal dos juros se mostra admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei nº 4.545/64 o art. 4º do Decreto nº 22.626/33. Dessa proibição não se acham excluídas as instituições financeiras.
- Quando convencionada, é possível a utilização da TR como índice de atualização monetária.
- Mora dos devedores configurada na espécie, a despeito de não admitidas a capitalização mensal dos juros e a comissão de permanência. A mora no

caso constitui-se "ex-re", decorrendo do simples vencimento do prazo (art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911, de 01.10.69).

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

(REsp 264.126/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 27/08/2001, p. 344)

O julgado acima revela o entendimento da Quarta Turma de Julgamento do STJ, ao afirmar que a destinação econômica do produto adquirido determina a inaplicabilidade do CDC à relação contratual. Para os ministros julgadores, o empresário adquirente de financiamento para incrementar a atividade empresarial não pode ser considerado consumidor, tendo em vista não preencher o requisito de destinação final imposto pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

No caso em tela, o Banco X ajuizou ação de busca e apreensão em desfavor da empresa Y a fim de reaver o bem dado em garantia da dívida, em virtude do inadimplemento de prestações do empréstimo por parte dessa mesma empresa. O juízo de primeiro grau julgou o feito procedente, determinando a imissão do Banco X na posse dos bens dado em garantia, bem como declarando a sentença como título idôneo a autorizar a transferência em seu favor.

Em sentido diverso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reformou a decisão de primeiro grau, julgando improcedente o pleito autoral, pelo que deu provimento ao apelo da empresa Y, considerando abusividade de cláusulas contratuais que estabeleciam os juros, comissão de permanência, correção monetária por TR, com fulcro no artigo 54, VI do Código de Defesa do Consumidor.

Irresignado, o Banco X interpôs Recurso Especial sob a alegativa de inaplicabilidade do CDC aos contratos bancários entre outras questões.

Dessa forma, a Quarta Turma de Julgamento, à unanimidade, deu provimento ao Recurso Especial sob o fundamento de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, conforme se extrai do voto do Min. Rel. Barros Monteiro:

“Assiste razão, todavia, ao banco recorrente tocante à não aplicabilidade à espécie das regras pertinentes ao Código de Defesa do Consumidor. É que, tal como alegado nas razões recursais, os réus não podem ser tidos como consumidores finais. A contestação noticia que a co-ré [...] é uma empresa do grupo sob o controle do co-réu [...]. As sucessivas operações celebradas entre as partes que terminaram por consolidar o total do débito, agora representado pelo instrumento de confissão de dívida acostado à peça exordial, denotam que o financiamento se deu para fins de incrementação das atividades produtivas daquela empresa.”

No mesmo sentido, o julgado REsp nº 218505/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14/02/2000, no qual a Quarta Turma entendeu inexistir relação de consumo ante à intenção de incrementar atividade comercial em contrato de financiamento.

Andrighi (2004, p.6) afirma que, nesse período, pôde se perceber a prevalência da escola objetiva nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, capitaneado pela Terceira Turma de Julgamento.

4.3 Os julgamentos do Conflito de Competência nº41056/SP e do REsp nº 541.867/BA e a construção de uma nova teoria.

Em razão do dissenso formado entre as turmas que compõem a Segunda Seção de Julgamento do STJ, Terceira e Quarta turmas, a matéria foi levada ao conhecimento da seção por intermédio do REsp nº 541.867/BA, para que houvesse uma uniformização da jurisprudência do Tribunal, abraçando uma ou outra corrente doutrinária, a maximalista ou a finalista.

Inicialmente, sendo distribuída ao Ministro Relator Antônio de Pádua Ribeiro, da Terceira Turma de Julgamento, decidiu-se, por esse órgão, à unanimidade, que a questão fosse julgada pela Segunda Seção ante a presença de dissenso entre as duas turmas.

As partes celebraram um contrato pela qual a primeira se comprometeu a disponibilizar e manter sistema de cartão de crédito em favor da segunda, sendo que a administradora dos cartões deixou de repassar os valores devidos para a contratante.

Dessa forma, em ação movida para reaver tais valores, discutiu-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a fim de esclarecer sobre a responsabilidade da administradora de cartões, se objetiva, conforme esse Código, ou se subjetiva.

No julgamento desse Recurso Especial, o embate travado entre maximalistas e finalistas saiu das meras acepções doutrinárias e atingiu concretamente o caso em tela. De um lado, em geral, percebia-se a inclinação dos Ministros componentes da Terceira Turma no rumo do maximalismo, enquanto os demais, da Quarta Turma, repuxavam em direção ao finalismo.

De antemão, é imperioso deixar registrado que a matéria já havia sido levada à Segunda Seção por meio do CC nº 41056/SP, relatoria da ministra Nancy Andrighi, ocasião em que se percebeu as forças opostas oriundas de cada uma das Turmas. Saiu vencedora, no contexto que foi particularmente examinado, o pensamento sedimentado na Terceira Turma de Julgamento, ou seja, o maximalismo (Andrighi, 2004, p.15).

Na oportunidade, o julgamento se deu favorável ao maximalismo por apertada maioria, justificada certamente pelas ausências dos ministros Jorge Scartezzini e César Asfor Rocha, ambos da Quarta Turma de Julgamento. No fim, quatro votos para o maximalismo contra três para o finalismo. (BRASIL, 2004)

Sem ausências, o julgamento do REsp nº 541.867/BA representou de forma autêntica, o real posicionamento da Segunda Seção, acolhendo o finalismo como guia de interpretação.

O Ministro relator Antônio de Pádua Ribeiro, acompanhado pelos ministros Humberto Gomes de Barros, Nancy Andrighi e Castro Filho, todos da Terceira Turma saíram vencidos ao lado da teoria maximalista, ao passo que os ministros Barros Monteiro, o relator para o acórdão, César Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Júnior e Jorge Scartezzini, todos da Quarta Turma, formaram o grupo vencedor, com aplicação da teoria finalista.

Dessa feita, por cinco votos a quatro, a teoria finalista saiu vitoriosa.

À guisa de curiosidade, o décimo ministro que compunha a Segunda Seção do STJ, era o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o então presidente da seção, o qual cabia apenas presidi-la, com direito a voto apenas em caso de empate, conforme artigo 24, I do Regimento Interno do STJ. Por essa razão, tamanho era acirramento da questão, que, caso a presidência da seção estivesse sob o comando de um dos ministros da Quarta Turma, o julgamento certamente seria no sentido contrário.

A despeito do resultado ter se inclinado para um ou outro lado, o importante é deixar anotado as lições trazidas à baila pelos ministros. Os debates foram ricos, o estudo do conceito de consumidor ainda colhe frutos desse julgamento, e o próprio amadurecimento do Direito do Consumidor tem, na sua história, esse importante capítulo, construído pela Segunda Seção de Julgamento do STJ.

Verdadeiramente, pode-se notar dois extremos em busca do equilíbrio. As forças foram tão bem emparelhadas, naquela época, que houve a necessidade de concessões recíprocas em busca de um ponto médio.

Os finalistas reclamavam da extrema abrangência com que os maximalistas tratavam o CDC, enquanto esses enxergavam um rigor exarcebado nos finalistas, com menoscabo, principalmente, às pessoas jurídicas e aos profissionais, os quais, só excepcionalmente, poderiam invocar as normas protetivas, mesmo diante de expressa designação legal não vinculante de restrição dessa jaez.

O ministro Jorge Scartezini, da Quarta Turma, margeou a necessidade de concessões conforme demonstrado a seguir:

[...] certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em 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. Quer dizer, ao revés do preconizado pelos maximalistas, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considera-lo consumidor.

De outro lado, a Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, também reconheceu a necessidade de novos critérios para mitigar a extensão elástica do maximalismo quando do estabelecimento do conceito de consumidor. Veja-se:

[...] as ponderações anotadas pelos defensores da teoria subjetiva, de que a utilização do CDC, como instrumento de defesa de pessoas jurídicas que exercem atividade econômica poderá implicar em desvirtuamento do sistema protetivo eleito pelo Código, merecem em parte acolhida na jurisprudência deste STJ, a qual, a despeito de não exigir, para fins de incidência do CDC, a prova de ser a pessoa jurídica vulnerável ou hipossuficiente, afasta a caracterização da relação de consumo se verificado o expressivo porte, financeiro ou econômico."

A interpenetração das duas correntes, a discussão por todos sobre a eliminação dos extremismos possibilitou o amadurecimento da concepção sobre o conceito de consumidor e, em última análise, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor no Brasil.

A vulnerabilidade, pois, passou a ser o ponto de interseção entre as duas teorias e o componente que tornou possível o entendimento entre as turmas.

Para os finalistas, o surgimento do finalismo aprofundado consolidou a eliminação da banalização do Código. Para os maximalistas, a flexibilização da aplicação do CDC quanto às pessoas jurídicas e demais profissionais.

Ser vulnerável atrai para si o Código de Defesa do consumidor e ser destinatário final passou a figurar em segundo plano, o que significa possuir valor considerável, mas não absoluto.

4.4 Período subsequente ao ano de 2004: a perspectiva de consolidação do finalismo aprofundado.

A partir de então, percebeu-se o esfriamento progressivo³² do debate entre as correntes doutrinárias por intermédio das duas turmas componentes da Segunda Seção de Julgamento, a despeito de o reflexo nas decisões das turmas não ter sido automático.

O acirramento do dissídio teve ápice no início dos anos 2000 até o ano de 2004, quando houve a reunião das duas turmas no julgamento do Recurso Especial acima. Aquele debate colheu muitos frutos, porque, de uma certa forma, ambos os lados se satisfizeram com o fortalecimento do conceito de vulnerabilidade.

Aparentemente, a Teoria Finalista Clássica saiu vencedora³³ do julgamento daquele Recurso Especial, já que, por apertada maioria, os ministros da Quarta Turma fizeram valer o entendimento sedimentado nesse órgão julgador, em detrimento daquilo que vinha sendo aplicado na Terceira Turma. Por isso mesmo, a nova teoria imaginada se denomina de finalismo aprofundado e não maximalismo aprofundado, como demonstração de repulsa à banalização do CDC operada pelos objetivistas.

Costuma-se afirmar, então, que o substrato conceitual e teórico da teoria finalista clássica foi quem verdadeiramente emprestou cenário para essa nova

³² Para Marques (2006a, p. 85), “de um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto; de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma mais diferenciada”.

³³ Corroborando nosso entendimento, Marques (2006a, p. 85) afirma que “observando-se o conjunto de decisões de 2003, 2004 e 2005, parece-me que o STJ apresenta-se efetivamente mais ‘finalista’ e executando uma interpretação do campo de aplicação das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor [...]”.

construção teórica. A figura do consumidor, finalmente, prevaleceu sobre o ato de consumo.³⁴

Entretanto, é de se entender a razão pela qual alguns doutrinadores alcunharam a nova teoria de Mista (OLIVEIRA, 2012, p.57), porque a preocupação dos maximalistas em proteger a pessoa jurídica e os profissionais está presente no espírito do finalismo aprofundado, colaborando para a mitigação do excessivo rigor do finalismo clássico³⁵.

A grande prova dessas interseções entre maximalismo e finalismo aprofundado reside nas orientações da Ministra Nancy Andrighi, a qual, em partida, se alinhou ao posicionamento da Terceira Turma quanto ao maximalismo, mas foi quem capitaneou o que se afigura como um processo de transição para o chamado finalismo aprofundado.

Veja-se o julgado da Ministra Nancy Andrighi:

“Isso ocorre [...] porque 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. Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I) Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que 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.”

Assim sendo, é de se ponderar que o STJ, de lá para cá, cada vez mais, tende a fazer valer a teoria finalista aprofundada e a sobrelevação da vulnerabilidade do consumidor, ainda que se diga que o consumo seja intermediário ou haja intenções econômicas por parte do mesmo.

Nesse sentido, pode se citar o REsp nº 476.428/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005; REsp nº 661.145/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 22.02.2005; REsp nº 687.239/RJ, Terceira Turma, Rel. Min.

³⁴ Marques (2010, p.87) reitera afirmando que a visão maximalista perdeu muita força após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, “tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ”.

³⁵ Tartuce e Neves (2013, p. 78), em igual forma, apontam que “[...] em muitas situações envolvendo pessoas notadamente hipersuficientes – seja a disparidade econômica, financeira, política, social, técnica ou informacional –, a *teoria maximalista* justifica-se plenamente”.

Nancy Andrighi, j. 06.04.2006; REsp nº 716.877/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Dj 23/04/2007; REsp nº 1.190.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell, Dje 13/12/2011.

Por fim, demonstrando o progressivo avanço da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é imperioso deixar registrado o informativo de jurisprudência nº 510, de dezembro de 2012, pelo qual se consignou, na terceira Turma, a Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada como sendo o vetor interpretativo do Código de Defesa do Consumidor.

Vale a pena conferir o teor da decisão, que explica com riqueza e de forma completa o finalismo aprofundado.

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSUMO INTERMEDIÁRIO. VULNERABILIDADE. FINALISMO APROFUNDADO. Não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor. A determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Dessa forma, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Todavia, a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando “finalismo aprofundado”. Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Além disso, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. Precedentes citados: REsp 1.196.951-PI, DJe 9/4/2012, e REsp 1.027.165-ES, DJe 14/6/2011. REsp 1.195.642-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado

em 13/11/2012.

Resumidamente, pois, a decisão da Terceira Turma, que, outrora, viu-se seduzida pelo maximalismo, reiterou a evolução da matéria no Superior Tribunal de Justiça, havendo um temperamento dos rigores das teorias finalista e maximalista.

Há perspectiva de que o STJ continue fortalecendo progressivamente a mitigação da Teoria Finalista Clássica, admitindo com maior equilíbrio a participação da pessoa jurídica em uma relação contratual como consumidora, desde que esteja encampada sob algumas das espécies de vulnerabilidade.

Por essa razão, em sentido contrário, uma pessoa jurídica de grande porte, na qual não se pode identificar quaisquer das espécies de vulnerabilidade, segundo o finalismo aprofundado, não atrai para si o direito de aplicação das normas consumeristas, tendo em vista a paridade de armas em relação ao outro contratante, o que impede tratamento privilegiado pelas normas do CDC, subsistindo, na espécie, as legislações civis e de regulação empresarial.

Importante deixar claro que não se pode afirmar que a matéria é pacífica no STJ, tendo a Teoria Finalista Aprofundada aniquilado as outras duas teorias que a antecederam. Percebe-se, em alguns julgados, ainda, o manuseio da Teoria Finalista Clássica, na qual a ausência de destinação econômica do produto ou do serviço, o consumo intermediário, seria uma barreira impeditiva da configuração da relação de consumo³⁶.

Entretanto, percebe-se uma evolução da jurisprudência, iniciada com a entrada em vigor do Código Civil, passando pelos julgados REsp nº 541.867/BA e CC nº 41.056/SP, no sentido de afirmar a precisão do finalismo aprofundado e o conceito de vulnerabilidade.

Há, dessa feita, uma perspectiva de consolidação do referido entendimento, com a unificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido conforme os ditames do finalismo aprofundado.

³⁶ Aplicando, ainda, a Teoria Finalista Clássica: AgRg no AREsp nº 386.182/AP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28/10/2013; EDcl no AREsp 265.845/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 01/01/2013; AgRG no AREsp nº 155702/MS, Min Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 27/06/2013.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto nesse trabalho, percebe-se que a Teoria Finalista Aprofundada possui como grande ponto a se destacar o estudo equilibrado das duas teorias que a antecedeu. Abandona o excesso e o extremo rigor das outras, impedindo que ocorra a tão temida banalização do CDC, bem como flexibilizando a exclusão da pessoa jurídica e demais profissionais da figura do consumidor. Para tanto, escolhe a vulnerabilidade como critério decisivo para que o magistrado, no caso concreto, estabeleça a natureza da relação contratual.

Sem dúvida, elege o melhor critério para a definição da real extensão da aplicabilidade do CDC, ao definir de forma escoreita, com precisão cirúrgica a figura do consumidor, pois ataca o ponto neural do referido conceito jurídico. A vulnerabilidade é a pedra de toque que distingue o consumidor do fornecedor e de contratantes outros previstos no Código Civil e nas leis comerciais.

O primeiro capítulo, não à toa, reconstruiu os passos seguidos pela sociedade de consumo rumo à massificação das relações, da despersonalização do contrato, abolindo as negociações preliminares e o seu poder de equilibrar o contrato num ponto de interesses comuns.

Por essas razões, a evolução da teoria contratual denuncia o surgimento da vulnerabilidade de um dos contratantes frente às cláusulas gerais do contrato, aos contratos de adesão, à monopolização do mercado, à formação de grandes grupos empresariais entre outros fatores.

Antes desse processo acima apontado, o consumo existia, mas não o conceito jurídico de consumidor.

A teoria maximalista peca por estender em demasia a abrangência do Código, pois tem no ato de consumo seu ator principal e suficiente, e macula o surgimento do direito do consumidor como se mero regulamento de mercado fosse. O consumo como propagado pelos maximalistas sempre existiu, não foi novidade da sociedade moderna nem da contemporânea, porquanto é inerente ao homem o consumo de bens de toda espécie, no sentido de esgotamento do valor de um bem para a satisfação própria.

De outra banda, a Teoria Finalista Clássica posicionou o foco do Direito do consumidor, com razão, ao próprio sujeito de direitos, o consumidor, e não ao ato de consumo, mas também mereceu necessárias críticas por afastar sobremaneira a

incidência do Código em favor das pessoas jurídicas, mesmo diante de ausência de maiores restrições legais. O finalismo clássico elevou a destinação final em detrimento da vulnerabilidade, que esteve em segundo plano.

O finalismo aprofundado, portanto, conseguiu, de certa forma, equilibrar os anseios de maximalistas e finalistas em torno de um mesmo ponto. Para os maximalistas foi concedido maior amplitude de proteção aos profissionais e para os finalistas o abandono definitivo do sustentáculo objetivo no qual repousava a desmesurada abrangência do Código.

Dessa feita, pela jurisprudência colacionada, há uma perspectiva de consolidação do referido entendimento no seio do Superior Tribunal de Justiça, caminhado, a quem sabe um dia, unifica-lo entre todas as turmas de julgamento do Tribunal.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota. **Teoria econômica e direito**. Fortaleza/Sobral: Edições UVA, 1999.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *et al.* **Código do consumidor comentado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O conceito de direito de consumidor direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, n.29, p.1-11, maio/ago.2004

BARRE, Raymond. **Manual de economia política**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros. 2003a.

_____. **Teoria do Estado**. 4.ed. São Paulo: Malheiros. 2003b

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria geral do estado e ciência política**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor: teoria geral da relação de consumo**. São Paulo. Quarter Latin. 2003

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VII, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Atlas. 2011.

FAVA, Marina Dubois. **Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-01122010-154105/>>. Acesso em: 2013-11-12.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6.ed. Curitiba: Positivo. 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2008

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil: contratos**, abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2005.

GIDE, Charles. **Compêndio d'economia política**. Porto Alegre: Globo, 1955

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e; In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

HIROSSE, Maria Alessandra. **Efeito translativo no recurso especial**. 2010. Dissertação (Pós-graduação em direito processual civil). Centro Universitário de Brasília. Brasília. 2010. Disponível em: <
<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/36162>> Acesso em: 2013-10-11.

HULGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 14ª. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. 1ª. ed. São Paulo : Saraiva, v. I, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005

_____. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Campo de aplicação do CDC. In BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

NEVES, José Roberto de Castro. **O código do consumidor e as cláusulas penais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006

NOVAES, Aline Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Consumidor-empresário: a defesa do finalismo mitigado**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012.

PASQUALOTO, Adalberto. **O Código de defesa do consumidor em face do novo código civil**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. 2006
Disponível em <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=2554>

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: vol III**. 11ª Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, José Matias. Revista de informação legislativa. **Direitos básicos do consumidor: interpretação e crítica**. Brasília: Senado, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RÊGO, Werson. **O Código de proteção e defesa do consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei n. 8.078, de 11.9.90**. 5ª. ed. São Paulo: LTr, 2002.

TARTUCE, Flávio.; NEVES, Daniel Amorim. Assunção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 2ª. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, v. Único, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil II: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

_____. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 de junho de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, 22 de junho de 1989. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 7 jul. 1989. Seção 1. Republicado no DJ 17 ago, 1989, Seção 1, p. 131-197.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 510 do Superior Tribunal de Justiça. Aprovada na sessão de 13 de novembro de 2012. Recurso Especial nº 1.195.642 - RJ (2010/0094391-6). Recorrente: EMBRATEL S/A. Recorrido: Juleca 2003 Veículos Ltda. Voto do Relator: Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma Ementa.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 476.428 - SC (2002/0145624-5). Recorrente: Agilpliquigás S/A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo Ltda. Voto do Relator: Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma Ementa. Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 541.867 - BA (2003/0066879-3). Recorrente: American Express do Brasil S/A Turismo. Recorrido: Central das Tintas Ltda. Voto do Relator: Min. Fernando Gonçalves – Quarta Turma Ementa.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Conflito de Competência nº 41.056 - SP (2002/0145624-5). Recorrente: Farmácia Vital Brasil Ltda. Recorrido: Companhia Brasileira de Meios de Pagamento. Voto do Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior – SegundaSeçãoEmenta.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 286.441 - RS (2000/0115400-1). Recorrente: Faprol Indústria de Alimentos Ltda. Recorrido: Transroll Navegação S/A. Voto do Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro – Terceira TurmaEmenta.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 235.200 - RS (1999/0094938-2). Recorrente: Noroeste Leasing S/A. Recorrido: Kenia Margareth da Rosa Fontoura. Voto do Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Terceira TurmaEmenta.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 248.424 - RS (2000/0013503-8). Recorrente: BB Leasing S/A. Recorrido: Transportadora Giovanella Ltda. Voto do Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Terceira TurmaEmenta.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 263.721 - MA (2002/0145624-5). Recorrente: América do Sul Leasing S/A. Recorrido: Distribuidora de Bebidas Ltda. Voto do Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Terceira TurmaEmenta.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 208.793 - MT (1999/0025744-8). Recorrente: Fertiza Companhia Nacional de Fertilizantes. Recorrido: Edis Fachin. Voto do Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito – TerceiraTurmaEmenta.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Agravo Regimental no Agravo nº 296.516 - (2000/0027201-9). Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Aluizio Arnaldo Leva. Voto do Relator: Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma Ementa.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 329.587 - SP (2001/0066973-3). Recorrente: Interamericana Companhia de Seguros Gerais. Recorrido: Fritz do Brasil Transportes Internacionais Ltda. Voto do Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Terceira Turma Ementa. Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 468.148 - SP (2002/0106577-9). Recorrente: SBC Serviços de terraplanagem Ltda. Recorrido: Forchester do Brasil Ltda. Voto do Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Terceira Turma Ementa.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 445.854 - MS (2002/0079754-9). Recorrente: Banco BBA Creditanstalt S/A. Recorrido Francisco João Andrighetto. Voto do Relator: Min. Castro Filho – Terceira Turma Ementa. Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 488.274 - MG (2002/0174936-6). Recorrente: Pastifício Santa Amália Ltda. Recorrido: BAAN Brasil Sistemas de Informática Ltda. Voto do Relator: Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma Ementa.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 264.126 - RS (2000/0061703-2). Recorrente: Banco de Crédito Nacional S/A. Recorrido: Flash do Brasil Química Ltda. Voto do Relator: Min. Barros Monteiro – Terceira Turma Ementa.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 218.505 - MG (1999/0050614-6). Recorrente: Moauto Veículos Peças e Serviços Ltda. Recorrido: Banco Progresso S/A. Voto do Relator: Min. Barros Monteiro – Terceira Turma Ementa.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 661.145 - ES (2004/0066220-7). Recorrente: Espírito Santo Central Elétricas S/A. Recorrido: Glamour Indústria e Comércio de Confecções Ltda. Voto do Relator: Min. Jorge Scartezini Quarta Turma Ementa.Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 687.239 - RJ (2004/0084577-7). Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: CJF de Vigilância Ltda. Voto do Relator: Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma Ementa. Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 716.877 - SP (2005/0004852-3). Recorrente: Scania Latin América Ltda. Recorrido: Carlos Augusto dos Santos. Voto do Relator: Min. Ari Pargendler – Terceira Turma Ementa. Disponívelem<<http://www.stj.jus.br>

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1.190.139 - RS (2010/0069717-0). Recorrente: Rio Grande Energia S/A. Recorrido: Usiprel Usinagem Técnica de Prescisão Ltda. Voto do Relator: Min. Mauro Campbell Marques Terceira Turma Ementa. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>.