

Reflexão sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais

Reflection on the application of the Consumer Protection Code to business contracts

Caroline da Rosa Pinheiro¹
Victor Eduardo da Silva Lucena²

Resumo

No mundo negocial, as relações entre as empresas são consolidadas por contratos. Nesse cenário, é comum a existência de agentes em diferentes níveis econômico, técnico e, inclusive, jurídico. Assim, com a evolução do Direito e com o surgimento de leis que regulam setores das atividades privadas, emergiu a discussão acerca da possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais. À luz desse debate, o presente trabalho pretende abordar as teorias aplicáveis aos contratos e verificar se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas geradas pelos contratos empresariais encontra ou não bases dentro do sistema jurídico brasileiro. Para tanto, foi utilizada a metodologia da revisão da literatura pertinente ao tema ora trabalhado. Pretende-se, com esse trabalho, fomentar o debate acerca da possibilidade ou da impossibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais.

Palavras Chave: Contratos Empresariais, Vulnerabilidade, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor.

Abstract

In the business world, relations between the companies are consolidated by contracts. In this scenario, it is common to find agents in different economic, technical and even legal levels. Thus, with the evolution of law and the rise of laws that regulate sectors of private activities, it emerged the discussion about the possibility of the application of the Consumer Protection Code to business contracts. In light of this discussion, this study intends to treat the theories that are applicable to contracts and to verify if the application of the Consumer Protection Code to legal relationships generated by business contracts or finds or do not find basis in the Brazilian legal system. Therefore, it was used the methodology of the literature review concerning the this subject. With this work, it is intended to stimulate the debate about the possibility or impossibility of application of the Consumer Protection Code to business contracts.

Keywords: Business Contracts; Vulnerability; Civil Code; Consumer Code.

¹ Doutoranda em Direito pela UERJ (linha de pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas), Mestre pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/Direito-Rio (2012), Especialista em Advocacia Empresarial pela Universidade Gama Filho (2008) e Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Centro (2005).

² Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (2016). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos (2015).

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, os contratos são utilizados para a realização de todos os tipos de negócios jurídicos imagináveis, principalmente os empresariais e mercantis.

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil, aos contratos eram aplicados o Código Comercial, de 1850, e o Código Civil de 1916. Ocorre que, com o surgimento de leis mais modernas, houve também o desabrochar de novas teorias e correntes jurídicas, que, em alguns casos, buscavam a tutela de determinados direitos com base na aplicação de legislações alienígenas aos contratos empresariais.

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, ganhou força a corrente maximalista, que alargou o conceito de consumidor e apregou a aplicação deste código a todas as relações entre fornecedores e compradores.

Em resposta a esse movimento, adveio a teoria finalista, determinando a restrição do conceito de consumidor ao especificado no art. 2º do CDC e buscou afastar a sua aplicação aos contratos empresariais e mercantis.

Mais recentemente, todavia, com a vigência do Código Civil de 2002 e o consequente fortalecimento do conceito da função social do contrato, foi cunhado o finalismo mitigado, que mesclava elementos das duas correntes anteriormente desenvolvidas, equiparando aos consumidores aqueles que, mesmo empresários ou sociedades empresárias contratantes, demonstrassem vulnerabilidade.

É nesse cenário que surge o presente estudo, que tem por objetivo analisar a natureza dos contratos empresariais e as teorias que, em tese, ensejam a aplicação da legislação consumerista a esses contratos e, com isso, verificar se encontra ou não fundamento a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais.

2. CONTRATOS EMPRESARIAIS

O Brasil é um país de tradição contratualista. Ou seja, no nosso país o contrato é a ferramenta jurídica que possibilita a circulação de riquezas na sociedade brasileira. Esses contratos podem ser de consumo, civis ou empresariais ou mercantis estritos.³

De maneira sucinta, é possível afirmar que nos contratos submetidos ao Direito do Consumidor há nítida relação de consumo, conforme definido pelos artigos 2º e 3º do

³ VERÇOSA, Haroldo M. D. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo: Quarter Latin, 2010, p. 24.

Código de Defesa do Consumidor⁴, sendo certo que uma das partes é o fornecedor e a outra o consumidor final do produto ou serviço.

Nos contratos civis, a atividade regulada pelo instrumento de contrato é puramente civil. As partes destes contratos não são, assim, empresas ou prestadores de serviços, ou, se o são, não estão no exercício das atividades empresarial ou comercial e encontram-se em situação de igualdade econômica.

Os contratos empresariais ou mercantis estritos, por sua vez, têm como principal característica a presença de empresários ou sociedades empresárias no exercício da atividade empresarial (artigos 966⁵ e 982⁶ do Código Civil de 2002) nos dois polos da relação contratual.⁷

Há, todavia, casos em que contratos civis são utilizados por sociedades empresárias, o que decorre da permeabilidade dos próprios contratos ao Direito Civil e também da revogação de grande parte Código Comercial pela Lei 10.406, de 2002. Nesse sentido, Verçosa ensina que:

É oportuno destacar que por permeabilidade dos contratos nos referimos ao fato de que o empresário, dentro da extrema amplitude e complexidade de sua atividade, frequentemente recorre a contratos tradicionalmente civis. É o que se dá com o comodato de máquinas, veículos ou equipamentos, feito entre sociedades empresárias de forma que a comodante cede o uso de bens à comodatária de bens para que esta possa dar conta das obrigações que veio a assumir em um contrato com terceiro (por exemplo, a construção de uma fábrica).⁸

Nesses casos, deve ser observado o objetivo do contrato. Se tais contratos civis são firmados por sociedades empresárias ou empresários na tentativa de realização de um determinado objetivo econômico, estar-se-á diante de um contrato mercantil ou empresarial, e não de um contrato civil.

⁴ **Art. 2º** Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. **Art. 3º** Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. **§ 1º** Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. **§ 2º** Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁵ **Art. 966.** Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁶ **Art. 982.** Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

⁷ VERÇOSA, Haroldo M. D. Op. cit., p. 25.

⁸ Idem. Ibidem, p. 26.

Com o intuito de auxiliar a melhor distinção dos contratos empresariais, evidencia-se que os mesmos são caracterizados pelas objetivação, padronização e mercadorização.

Entende-se por objetivação a necessidade de se afastar dos efeitos do contrato quaisquer aspectos ligados à pessoa do empresário ou da sociedade contratante, com a finalidade de dar certeza e segurança à relação jurídica⁹. Deste modo, o contrato não pode e nem deve estar atrelado às características do contratante, mas sim ao objeto próprio do contrato, que é a relação jurídica que por ele se pretende estabelecer. Essa é a única forma de se garantir a sustentabilidade do negócio firmado.

Devido à massificação dos contratos mercantis e da grande necessidade de celeridade quando da contratação, foi consolidada a padronização destes contratos¹⁰. É fato, assim, que os contratos empresariais não objetivam cuidar das situações individuais das partes contratantes, mas tão somente dos negócios firmados, assegurando direitos e deveres às partes de forma generalizada e de acordo com a autonomia da vontade e da liberdade contratual.

A mercadorização, por sua vez, estabelece “a profunda permeabilidade dos contratos mercantis à regulação jurídica do mercado em um sentido amplo”¹¹, através da qual se objetiva coibir a formação de monopólios, cartéis e regras desleais de concorrência e também assegurar a livre iniciativa e a concorrência de mercado.

Assim, inobstante a igualdade entre as partes contratantes, o conteúdo do contrato pode variar tanto quanto for necessário desde que de acordo com os interesses econômicos perseguidos pelos envolvidos. Essa variação, por sua vez, é particular de cada contrato, razão pela qual as regras contratadas têm pouca ou nenhuma previsibilidade.

Desta feita, mostra-se claro que os contratos mercantis têm características próprias, o que os diferem dos contratos civis e de consumo. Da mesma forma, os contratos empresariais são regidos por princípios diferentes dos demais e estão sujeitos a regulação constitucional também diversa.

⁹ VERÇOSA, Haroldo M. D. Op. Cit., p. 28.

¹⁰ Loc. Cit.

¹¹ Loc. Cit.

Segundo o Verçosa, a Constituição Federal é a fonte normativa hierárquica superior dos contratos¹². É, assim, a Carta Magna que prevê as bases da liberdade contratual, da autonomia privada e os fundamentos da ordem econômica e financeira, todos dispostos nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso II; e 170 do texto constitucional.

O inciso II do artigo 5º, ao determinar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” coroa os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, isso porque o texto constitucional condiciona, com a referida redação, a firmação dos contratos a vontade das partes, apenas.

Deste modo, vontade das partes – aqui entendida de modo amplo, como o conjunto da autonomia privada e da liberdade contratual – é elemento basilar do contrato e deve ser entendida como fonte primeira do direito contratual, a qual todos os contratos necessitam estar vinculados para que tenham a devida validade no campo jurídico.

Neste diapasão o inciso II do artigo 5º d CF/88 é, doutrinariamente, entendido sob três vertentes principais e que se prestam ao entendimento da questão ora abordada, quais sejam:

“(i) os comerciantes podem livremente adotar um dos tipos de contratos já conhecidos, típicos e atípicos para a regulação de seus interesses; (ii) são livres para a elaboração de novos contratos passíveis do atendimento de necessidades empresariais anteriormente desconhecidas; e (iii) uma vez havendo celebrado um contrato, ele se torna lei entre as partes e, portanto, suas cláusulas adquirem o caráter de obrigatoriedade.”¹³

Quando trata da ordem econômica e financeira, o artigo 170¹⁴ da Constituição Federal determina que a valorização da livre iniciativa e a finalidade da livre concorrência, valores esses que só podem ser perseguidos pelo respeito à autonomia privada e a liberdade contratual.

¹² Verçosa afirma que “as fontes normativas do contrato apresentam-se e ordem hierárquica descendente a partir da Constituição Federal (base da liberdade e da autonomia contratuais, bem como repositório dos fundamentos da ordem econômica e financeira) (...)” VERÇOSA, Haroldo M. D. N, Op. Cit., p. 33.

¹³ VERÇOSA, Haroldo M. D. Op. Cit., p. 45.

¹⁴ Art. 170. **A ordem econômica, fundada** na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; **IV - livre concorrência**; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Imprescindível frisar que em momento algum a Carta Magna vincula os contratos a uma determinada função social, diferentemente do que ocorre com a propriedade, que têm sua função social constitucionalmente prevista.

A função social do contrato, objeto de reiteradas discussões doutrinárias, é construção do legislador ordinário, que a embutiu no Código Civil de 2002 sem os devidos esclarecimentos a sua aplicação.

A Lei Maior brasileira limitou-se à época da sua criação, a prever que a ordem econômica e financeira é fundada na valorização do trabalho humano (razão pela qual os contratos de trabalho têm proteção legal especial) e na livre iniciativa, e que deve ser observado o princípio da livre concorrência, em nada remetendo a qualquer função social do contrato.

Atente-se que não é discutida a validade da função social do contrato no presente estudo, mas é apontado, somente, que ela é prevista pelo Código Civil, que deve ser aplicado para que haja o respeito à função social, e que difere, tanto em conteúdo como em tutela legal, da função social da propriedade, que, essa sim, é fundamento da ordem econômica e financeira do Estado Brasileiro.

3. TEORIAS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A evolução da sociedade, das relações sociais e jurídicas e do Direito alteraram substancialmente as regras aplicáveis aos contratos empresariais. Desse modo, enquanto, no passado, eram aplicados aos contratos mercantis o Código Civil e o Código Comercial, hoje em dia discute-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a essas ferramentas jurídicas.

No passado aos contratos mercantis aplicava-se, primeiro, pelo Código Comercial, de 1850 e, subsidiariamente, o Código Civil de 1916. Durante a vigência desses diplomas legais, era amplamente aceita a supremacia da autonomia privada e da liberdade contratual como princípios máximos norteadores da realização dos contratos.

Ocorre que, com o advento da teoria da função social do contrato, desenvolveu-se a teoria da vulnerabilidade, que apregoa que às partes vulneráveis nos contratos deve ser aplicada legislação protecionista diferenciada, destinada à preservação da igualdade.

À luz desses conceitos, alguns setores do mundo jurídico passaram a defender a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos mercantis nos quais dizem verificar a vulnerabilidade de uma das partes contratantes.

3.1. TEORIA CONTRATUALISTA

A teoria contratualista clássica, calcada nas teorias voluntarista, de Savigny e Windscheid¹⁵, e da declaração da vontade, de Van Bulow¹⁶, predominou sobre os contratos desde concepção o direito moderno liberal até poucos anos atrás, antes do advento da função social do contrato.

Na garupa do liberalismo, esta corrente ideológica apregoava que os contratos eram regidos, principalmente, pelos princípios da autonomia privada, da liberdade contratual e da força obrigatória, de modo que a vontade declarada na ausência de quaisquer vícios fazia lei entre as partes e, por consequência, deveria ser seguida de maneira estrita¹⁷.

No entanto, seus defensores também entendiam que, na interpretação dos contratos, devia ser observada a boa fé objetiva. Ou seja, quando da interpretação dos contratos, imperava a presunção de que as partes haviam acordado os termos firmados com honestidade, de modo que a vontade expressada no contrato representava a real vontade das partes contratantes, o que evitava interpretações contrárias ao disposto no documento.

Desta feita, o contrato era visto como um acordo de vontades entre duas ou mais partes com o fim específico de se estabelecer uma dada relação patrimonial, cujos pilares principais de sustentação eram a vontade e a liberdade.

Ocorre que, com o a evolução da sociedade e do direito e com a elevação do grau de complexidade das relações sociais, desenvolveu-se a ideia de resguardar outros direitos, que também guardam relação com os contratos, mas que, por eles, não são regulados.

¹⁵ “Defendida, dentre outros, por Savigny e Windscheid, considera a intenção como o fulcro da vontade expressa e o elemento responsável pelos efeitos jurídicos que do negócio provêm. Em caso de falta de concordância entre o que foi intentado e o que efetivamente se declarou, prevalece a intenção sobre a declaração, porque na intenção se encontra a força jurídica do ato jurídico estritamente considerado”. COSTA, Wellington Soares da. **A vontade nos atos jurídicos**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí: UNIVALI, ano 7, n. 14, p. 219-233, abr. 2002, p. 224.

¹⁶ “Essa corrente dá relevância à declaração feita, (*omissis*) com vistas à estabilidade das relações jurídicas (*omissis*). A essência do negócio jurídico é constituída pela declaração da vontade e não pela vontade em si mesma, e por isso prepondera a vontade declarada. (*omissis*)” COSTA, Wellington Soares da. **A vontade nos atos jurídicos**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí: UNIVALI, ano 7, n. 14, p. 219-233, abr. 2002, p. 226.

¹⁷ “Como se verifica, o modelo clássico de formação contratual estava fundado em duas premissas fundamentais: (i) a liberdade da celebração dos contratos, por meio da qual os sujeitos eram inteiramente livres para celebrar ou não celebrar contratos; e (ii) liberdade de estatuição, ou seja, a capacidade de fixação do conteúdo do contrato. No modelo clássico, ainda, ao fazer uso da liberdade de que se revestiam as partes par contratar, esta se materializava através da conjunção de vontades distintas e sequenciais, a proposta e a aceitação. VERÇOSA, Haroldo M. D. Op. Cit., p. 45.

Com isso, houve revisão da teoria contratualista clássica, que passou a aceitar a função social do contrato, tal qual prevista no art. 421 do Código Civil de 2002, como elemento limitador da autonomia privada e da liberdade contratual em casos específicos, mas não como objetivo principal dos contratos.

Neste diapasão, ganhou força o movimento pela limitação dos princípios da vontade e da liberdade, sob a alegação de que os contratos deveriam respeitar fronteiras estabelecidas pelo interesse público.

Nesse cenário, estudiosos do Direito (Grant Gilmore e P. S. Atiyah, por exemplo) chegaram a aventar a morte do contrato tal qual o conhecemos, sob a alegação de que este não mais seria regido pelos termos clássicos que sempre orientaram essa importante ferramenta jurídica.

Não obstante a interpretação destes estudiosos, corroboramos o entendimento de Verçosa, que entende que o instituto jurídico do contrato não morreu, mas tão só e unicamente passou a ter regulamentação diferenciada em casos específicos nos quais há demasiado interesse público.

Deste modo, tanto a autonomia privada como a liberdade contratual continuam sendo os princípios maiores a serem observados quando da concepção dos contratos. Mudam apenas os limites estabelecidos da vontade e da liberdade de contratar¹⁸.

Assim, é possível afirmar que a função social do contrato surge como limite objetivo à autonomia privada e à liberdade contratual, como uma barreira que objetiva preservar o interesse público quando da realização dos contratos.

A função social do contrato, desta feita, estabelece dois deveres entre as partes contratantes, quais sejam (i) um dever positivo, que determina a realização da função econômica do contrato através da circulação de riquezas na sociedade; e (ii) um dever negativo, que impõe aos contratantes a obrigação de não infringirem os direitos de

¹⁸ "Concorda-se que historicamente tem sido registrada a redução da liberdade contratual, tanto na sua extensão, quanto nas condições sob as quais é exercida. No primeiro caso, estamos diante da intensificação da intervenção do Estado, que regulamenta uma grade série de setores considerados de relevante interesse público e, nos quais as partes encontram-se submetidas às normas legais correspondentes àquelas originadas das agências reguladoras incumbidas de tais campos da atividade (são os casos da saúde, da energia elétrica, das telecomunicações, do SFN, etc.). Ora, em uma sociedade cada vez mais complexa e globalizada, sobressai o interesse público na regulação de certos setores da economia, o que não significa absolutamente que neles o contrato esteja morto. As partes são livres para negociar dentro dos limites estabelecidos. Desta forma, trata-se tão somente, do estabelecimento de novas fronteiras dentro das quais se exerce a autonomia privada. A mudança neste aspecto é de grau e não de natureza." VERÇOSA, Haroldo M. D. Op. Cit., p. 41. (grifos nossos)

terceiros, da coletividade e o próprio interesse público quando da regulação dos seus próprios interesses.¹⁹

Importante salientar que a função social do contrato não é, assim, o objetivo primeiro do contrato, mas somente um limite que este deve respeitar para se adequar a uma ordem social mais complexa, na qual alguns contratos podem interferir diretamente nos direitos de partes neles não envolvidas.

Ocorre que os contratos mercantis, seja devido ao elevado grau de especificidade ao qual estão sujeitos, seja pelos interesses neles envolvidos e regulados, raramente afrontam direitos de terceiros.

Esses contratos, em regra, regulam relações necessárias à manutenção ou aprimoramento de determinada atividade empresarial, de modo que muito dificilmente esbarram na função social negativa de causar prejuízo a interesses de terceiros, da coletividade ou ao próprio interesse público.

Isso só ocorre porque os contratos empresariais têm características bastante diferentes dos contratos civis e dos regulados pelo Direito do Consumidor, uma vez que os contratos mercantis estão sujeitos à objetivação, padronização e mercadorização.

Desse modo, conforme já referendado, é bastante comum que os contratos mercantis não considerem as características das partes contratantes como fatores de interferência da relação regulada pelo contrato; apresentem cláusulas gerais, normalmente estabelecidas por uma das partes contratantes, apenas, e aceitas por ambas; e sejam regulados por regras amplas de direito, na tentativa de se evitar condições avessas à realização das atividades comerciais.

Mostra-se, assim, inegável que pressupostos contratuais largamente aceitos no direito civil e consumerista, cujo desrespeito implicaria afronta à função social do contrato por atentarem contra o interesse público, não podem ser tratados da mesma forma nos contratos mercantis.

Esse é, por exemplo, o caso da igualdade. Enquanto nos contratos civis deve haver a igualdade de condições entre as partes e nos contratos de consumo há a presunção de desigualdade em desfavor do consumidor, o que enseja um tratamento diferenciado a este, nos contratos empresariais pode haver desigualdade entre os contratantes, seja em razão do conhecimento do produto negociado, do capital social das sociedades envolvidas no negócio ou pela própria estrutura dessas sociedades.

¹⁹ LOPES, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In **Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64-65.

Essa desigualdade, todavia, não deve e nem pode, ser vista como uma afronta à função social do contrato pelo desatendimento de determinado interesse público ou direito coletivo ou difuso, uma vez que é natural do mercado empresarial, sujeito a essas nuances, que se devem, em grande parte, ao modelo baseado na livre iniciativa e na concorrência, na ordem econômica e financeira de um Estado que adota o sistema capitalista de mercado.

A esses casos, nos quais há disparidade de condições entre os contratantes, ambos empresários, devem ser aplicados o Código Civil, diploma legal cuja finalidade é regular os contratos de maneira ampla e irrestrita, fora das barreiras das condições especiais de determinados grupos cuja proteção legal se faz maior por critérios objetivos.

Deste modo, estando as partes em pleno acordo sobre as cláusulas contratadas nos contratos mercantis e não havendo prejuízo a nenhuma delas por vício na vontade, devem esses contratos serem regulados pelo Código Civil.

3.2. TEORIAS DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Logo após a edição da Lei 8.078/90, passou-se a discutir a possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos diversos dos de consumo. A partir de então, a doutrina se viu diante de duas teorias bastante diversas: a teoria maximalista e a teoria finalista, ambas centradas no conceito de consumidor. Com o passar dos anos e com o amadurecimento das discussões no campo jurídico, surgiu também a teoria finalista mitigada, que, pode-se dizer, é a união das duas teorias anteriores, consideradas as hipóteses vulnerabilidade.

3.2.1. Corrente maximalista

A corrente maximalista foi a primeira a ser utilizada quando do advento do Código de Defesa do Consumidor.

O conceito de consumidor, para esta corrente, é bastante ampliado. Assim, seus adeptos entendem que o termo “destinatário final” previsto no parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor não é determinante à aplicação do CDC às relações contratuais. Desta feita, a destinação dada ao produto é irrelevante²⁰. Exemplo do que é defendido pela corrente maximalista nos é dado por Claudia Lima Marques:

²⁰ “Ao apresentar a tese maximalista, Sergio Cavalieri Filho assim expõe: A corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir consumidor, apenas exige, para a sua caracterização, a realização

vêm nas normas do CDCC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. (*omissis*). **Destinatário final seria o destinatário fático do produto**, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.²¹.

Assim, conforme denota a explicação ora trazida, o conceito de consumidor para os maximalistas é a soma do disposto nos artigos 2º, parágrafo único o CDC, com os artigos 17 e 29 do mesmo código, o que enseja a aplicação da lei consumerista a todas as relações de aquisição de bens ou serviços, sejam elas realizadas com ou sem o intento empresarial.

Dito de outro modo, sob a luz da corrente maximalista, em nada importa a natureza da relação estabelecida pelo fornecedor e o comprador. Da mesma forma, não surte efeito na relação estabelecida a destinação do produto ou serviço adquiridos, se é final ou se é para a produção ou viabilização de atividade empresária. Todos os contratos firmados e que se regulem o fornecimento de bens e serviços estão sob a égide do CDC. Tal raciocínio se baseia na ampliação do conceito de consumidor.

3.2.2. Corrente finalista

A teoria finalista, por sua vez, trata o conceito de consumidor de maneira totalmente diversa, restringindo-o ao máximo.

Deste modo, os adeptos dessa corrente aplicam estritamente o estipulado pelo artigo 2º do CDC, de forma que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço **como destinatário final**”²².

de ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando-se à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inserida o fornecimento bem ou prestação de serviço. (...) não é possível perquirir a finalidade do ato de consumo, ou seja, é totalmente irrelevante se há objetiva satisfação das necessidades pessoais ou profissionais, se visa ou não o lucro ao adquirir a mercadoria ou usufruir do serviço”. Ante a exposição do douto jurista, perguntamos ao leitor se estamos de frente a uma “teoria dos atos de consumo”, substituta da velha teoria dos atos de comércio. FILHO, Sergio Cavaliere Programa de Direito do Consumidor. Apud OLIVEIRA, Júlio Moraes. **A aplicação o CDC ao empresário e á sociedade empresária: do maximalismo ao finalismo mitigado.**

²¹ MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais**, 1ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 72

²² CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ponto relevante do entendimento da corrente finalista e o que se refere a expressão “destinatário final”, afinal este é o cerne da corrente finalista, o que a diferencia da maximalista.

Diante da importância da questão, trazemos ao debate o entendimento de Oliveira, para quem “os adeptos da corrente finalista afirmam ser o destinatário final aquele que retira o produto do mercado e dá a ele uma destinação final de uso, isto é, o consome na cadeira produtiva”²³.

Assim, para que determinada pessoa, física ou jurídica, se enquadre no conceito de consumidor, é necessário que adquira determinado bem ou serviço para consumi-lo para uso próprio, não sendo suficiente, no entanto, que o bem ou serviço seja adquirido pelo destinatário final. Para os adeptos da corrente finalista, deve haver a real intenção de retirada que foi contratado da cadeia de produção, esgotando, assim, seu uso econômico.

Desta feita, a corrente finalista defende que só há relação de consumo quando “há a completa exaustão da função econômica do bem quando retirado do mercado”²⁴.

Sob esta ótica, à luz do finalismo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor deve ser restrita aos contratos nos quais resta verificada a verdadeira relação de consumo tal qual descrita no artigo 2º do CDC. Todas as demais relações devem ser, assim, regidas pelo Código Civil e pelos demais diplomas legais específicos.

3.2.3. Corrente do finalismo mitigada

Mais recentemente surgiu a corrente finalista mitigada, que apregoa um finalismo equitativo, calcado no conceito de vulnerabilidade de uma das partes contratantes.

Assim, caso seja verificada a fraqueza de uma das partes da relação jurídica em relação a um dos contratantes, essa nos termos que serão descritos mais adiante, deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor ao contrato.

A ideia da aplicação do CDC aos contratos empresariais reside em enquadrar os contratantes vulneráveis nos conceitos de consumidor previsto nos artigos 2º, parágrafo único²⁵, 17²⁶ e 29²⁷ do Código de Defesa do Consumidor.

²³ OLIVEIRA, Júlio Moraes. Op. Cit.

²⁴ Loc. Cit.

²⁵ Art. 2º (omissis) Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

²⁶ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Para que seja aplicado o CDC às relações contratuais empresariais, todavia, deve-se verificar ao menos um dos três tipos de vulnerabilidade que desigalam a relação jurídica, que são: técnica, jurídica ou fática.

Claudia Lima Marques conceitua a vulnerabilidade técnica como sendo aquela em que “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo e matéria de serviços”²⁸.

Na mesma esteira, Paulo Valério Dal Pai Moraes afirma que a essa mesma vulnerabilidade:

acontece então quando o consumidor não detém conhecimentos obre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, o que o torna presa fácil no mercado de consumo, pois, necessariamente, deve acreditar na boa fé com que o fornecedor ‘deve estar agindo’²⁹.

Vale ressaltar, todavia, que o menor grau de conhecimento do produto por parte do comprador em relação ao fornecedor não implica neste tipo de vulnerabilidade. Afinal, é natural que os fabricantes e revendedores conheçam melhor os produtos que os compradores.

A vulnerabilidade jurídica ou científica, por sua vez, pode ser entendida como a falta de conhecimentos jurídicos específicos para a realização de determinado negócio jurídico; como a deficiência de determinada parte a buscar uma solução jurídica ou administrativa na medida em que encontra problemas na relação de consumo; ou, ainda como a falta de assessoramento profissional para a realização de um determinado contrato.

No entendimento de Claudia Marques, “a vulnerabilidade jurídica ou científica é a falta de conhecimentos específicos, conhecimentos de contabilidade ou economia”³⁰.

De forma diferente, Paulo V. D. P. Moraes apregoa que “a vulnerabilidade jurídica surgiria quando, diante de algum problema decorrente da relação de consumo, originando a necessidade de adoção de medida por parte do consumidor, tendente a

²⁷ 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.

²⁸ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 132.

²⁹ MIGUEL, Paula Castello. Op. Cit., p. 132.

³⁰ Loc. Cit.

solucioná-lo, seja junto ao fornecedor, com o auxílio de advogados, ou nos órgãos de defesa do consumidor”³¹.

Note-se, pois, que este conceito é bastante mais amplo, uma vez que possibilita a verificação da vulnerabilidade jurídica de determinada parte contratante cada vez que surge a necessidade da busca judicial ou extrajudicial de solução de determinado conflito de interesses.

Completando o conceito elaborado de vulnerabilidade jurídica, Paula Castello defende que esse tipo de vulnerabilidade é encontrado, inclusive, quando verificada a falta de assessoramento jurídico quando da formação dos contratos empresariais³².

Há que se pontuar, todavia, que a disparidade de aparato jurídico para a realização de um contrato não enseja a vulnerabilidade jurídica. Desta feita, não é vulnerável a sociedade ou o empresário que conta com apenas um advogado para verificar os seus contratos quando esta contrata com outra sociedade que dispõe de todo um setor jurídico dedicado à mesma tarefa.

A vulnerabilidade econômica, por sua vez, deve ser entendida como a diferença de poderio econômico entre fornecedor e consumidor, o que coloca o consumidor em posição de desvantagem contratual quando da contratação.

Entretanto, é imprescindível que olhemos para os critérios de vulnerabilidade com os olhos de quem entende a ordem financeira e econômica brasileira como aquela prevista pela Constituição Federal, ou seja, baseada na livre iniciativa, na autonomia privada e na liberdade contratual.

Deste modo, espera-se que o norte conferido às atividades empresariais seja a atividade empresária deve ser vista como volitiva, afinal ninguém é obrigado a ser empresário. Muito pelo contrário, o fazem aqueles que desejam empreender e que assumem os riscos do empreendimento.

A vulnerabilidade técnica, por exemplo, não deve ser suscitada na medida em que se espera que o comprador de determinado maquinário ou bem destinado à produção industrial ou à realização de determinada atividade econômica conheça as características e funcionalidades do bem comprado, haja vista que a atividade do comprador depende da operação e do uso do bem adquirido.

³¹ MIGUEL, Paula Castello. Op. Cit., p. 133.

³² “A falta de conhecimentos jurídicos ou a falta de assessoramento de um profissional do direito, para que um negócio seja concluído com mais segurança, revela também a vulnerabilidade de uma das partes da relação contratual”. Loc. Cit..

Da mesma sorte, a vulnerabilidade jurídica deve ser vista de maneira bastante cuidadosa. Aqueles que escolhem realizar atividade empresária estão cientes da complexidade das relações jurídicas que encontrarão. Desta feita, é de responsabilidade dos empresários ou sociedades empresárias a contratação de profissionais qualificados para a verificação dos contratos firmados.

Considerar vulnerável aquele que, por omissão, seja em virtude de condição financeira ou por incompetência técnica, não observou a necessidade de assessoramento jurídico quando da realização de determinado contrato e a ele aplicar legislação protecionista é, de certo modo, o mesmo que punir o diligente, o que é inaceitável no Direito.

A vulnerabilidade econômica também se mostra inaplicável aos contratos empresariais ou mercantis, afinal, é prática comum no cenário empresarial a contratação entre empresas de diferente porte e capital social.

Aceitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às empresas menores contratantes com grandes sociedades pode ser temerário, haja vista que o caráter protetivo do CDC pode afastar relações entre empresas em caso suposta ‘vulnerabilidade’ identificada.

Nesse sentido, Paula Castello cunhou seu conceito de empresário vulnerável, ao qual deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor. Para a autora são vulneráveis “aqueles que não sofreram danos por não possuírem condições reais de avaliar ou compreender a contratação ou que não puderam negociar efetivamente o contrato”³³.

Evidencia-se, todavia, que já criticamos a aplicação do critério de forma genérica. Afinal, não deve ser prejudicado o empresário ou a sociedade diligente quando da contratação. Questão polêmica e relevante é a da aplicação da vulnerabilidade aos casos nos quais inexistiu a possibilidade de negociação as cláusulas do contrato. Esses casos, todavia, são comuns nos contratos mercantis em razão da padronização.

Não obstante isso, a autora advoga pela aplicação da vulnerabilidade de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de prova, nos casos em que uma empresa realiza contrato de adesão, adquire bem ou serviço no mercado de consumo; e nos casos em que uma empresa ou sociedade tem dependência em relação à outra *v. g.*

³³ MIGUEL, Paula Castello. *Op. Cit.*, p. 136.

No primeiro caso, a vulnerabilidade é caracterizada pela impossibilidade da discussão das cláusulas do contrato pela empresa contratante, a quem só resta aderir ou não aos termos estabelecidos pela prestadora de serviço ou fornecedora³⁴.

Conforme já referendado, no meio empresarial é bastante comum que os contratos possuam condições gerais, ou seja, cláusulas que não podem ser modificadas pelos contratantes, seja pela segurança jurídica de uma das partes, seja pela especificidade ou regulamentação legal dos produtos ou serviços oferecidos.

Ocorre que compete ao empresário a verificação da vantagem na realização do negócio e das consequências futuras do mesmo. Deste modo, apregoar a vulnerabilidade pelo simples fato da contratação por adesão e, conseqüentemente, a aplicação do CDC a esses contratos, nos parece estar em desacordo com o sistema jurídico nacional.

Na segunda hipótese de vulnerabilidade, diz-se que o empresário é vulnerável quando adquire bens, mesmo que destinados à realização da atividade empresária, no mercado de consumo.

Parte-se do pressuposto de que o empresário tem maior espaço de negociação quando adquire bens no mercado atacadista, destinado a atender as necessidades das empresas e que há uma clara situação de desvantagem das sociedades quando adquirem bens no mercado de consumo regular³⁵.

Todavia, embora essa hipótese busque assegurar direito ao empresário, esquecem-se seus defensores de que a sociedade empresária é livre para buscar insumos nos mercados mais atrativos. Dessa forma, comprar no mercado de consumo integra a liberdade do empresário, que, para procurar tal mercado deve verificar as vantagens e os ônus envolvidos na operação que deseja realizar.

Outro critério que, em tese, enseja a vulnerabilidade e a conseqüente aplicação do CDC aos contratos empresariais é o da dependência de uma empresa em relação à outra. Segundo a ideia defendida pelos adeptos dessa corrente, caso uma empresa tenha

³⁴ “Não havendo manifestação de vontade efetivamente livre do contratante na elaboração do conteúdo do contrato, resta clara sua posição de vulnerabilidade, uma vez que não teve espaço para defender seus interesses. As características os contatos de adesão, que refletem a ausência de discussão das cláusulas contratuais, revelam, indubitavelmente, a vulnerabilidade do contratante aderente. Deve-se destacar que a posição de vulnerabilidade do contratante aderente permanece mesmo diante de qualidades de fato por ele possuídas (como grande porte da empresa). A ausência de espaço para negociação lhe confere essa posição independentemente de outros elementos”. MIGUEL, Paula Castello. Op. Cit., p. 140.

³⁵ “por outro lado, quando o empresário adquire produtos e serviços no mercado de consumo, há certamente uma disparidade entre as partes no que tange ao seu poder de negociação. A massificação das relações contratuais, característica do mercado de consumo, impede a negociação das condições de contratação, fazendo com que o adquirente fique obrigado a aceitar as condições impostas pelo alienante”. Idem. Ibidem, p. 142.

um único cliente para o seu produto, ou seja, tenha direcionado as suas atividades para atender a demanda específica de um comprador, ela deve ser considerada vulnerável em relação a esse comprador, haja vista que, como único parceiro comercial, ele pode estabelecer regras que a prejudiquem.

Da mesma forma, é considerado vulnerável aquele empresário ou sociedade que, para exercer a sua atividade empresarial, necessite que comprar determinado produto que só é comercializado por um fornecedor. Parte-se, aqui do pressuposto de que o único fornecedor é aquele que pode estabelecer regras que desequilibrem a relação contratual.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerado a análise das teorias, fica evidente que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais ou mercantis ainda é tema bastante polêmico. Num primeiro momento, vigoravam os preceitos da corrente maximalista aos contratos empresariais, entendendo-se pela aplicação do CDC aos acordos firmados entre sociedades ou empresários, esta decorrente da interpretação demasiado extensiva do conceito de consumidor, pouco importando a destinação do produto ou bem adquirido.

Entretanto, a teoria finalista ganhou espaço no mundo jurídico, o que gerou um entendimento restritivo do conceito de consumidor, limitando a tutela do CDC àqueles casos nos quais fossem verificados que determinado produto ou serviço foi adquirido por seu destinatário final.

Todavia, com o advento da corrente do finalismo mitigado, os conceitos da função social do contrato, da verificação da vulnerabilidade e da necessidade de proteção da parte mais fraca e da proteção do interesse social ganharam força, permitindo a possibilidade de aplicação do Código Consumerista aos contratos empresariais utilizando a vulnerabilidade de umas das partes como critério.

Não existe, entretanto, consenso sobre o quão benéfica é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações empresariais, haja vista as suas características próprias e as diferentes concepções sobre a finalidade e as características desse tipo de relação jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais**. 1ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **A aplicação o CDC ao empresário e á sociedade empresária: do maximalismo ao finalismo mitigado**. Disponível em <http://www.fumec.br/anexos/cursos/mestrado/dissertacoes/completa/julio_moraes_oliveira.pdf> Acesso em 20 de março de 2015.

RIBEIRO. Patrícia Pereira de Assis Duarte. **Vulnerabilidade da pessoa jurídica nos contratos de adesão e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. Revista do CAAP, Belo Horizonte, nº 2, V.XVII, 2011, p. 177 a 195.

VERÇOSA, Haroldo M. D. **Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato**. São Paulo: Quarter Latin, 2010.