

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO II**

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

PHILLIP GIL FRANÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago, Phillip Gil França – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-336-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Globalização. 3. Responsabilidade nas Relações de Consumo. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2017 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO II

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo II”, durante o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 07 e 10 de dezembro de 2016, em Curitiba/PR, sobre o tema “Cidadania e desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações de consumo, no contexto da globalização, à luz da ética, da sustentabilidade e da solidariedade social, paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a matéria em foco implica num olhar atento para as questões do direito das relações de consumo, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em segmentos como desenvolvimento social e economia, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na sustentabilidade enquanto valor, no fenômeno da obsolescência programada, no superendividamento, na prevenção dos acidentes de consumo, no instrumento do recall, nas contratações eletrônicas, no impacto da publicidade sobre o consumo, nos aspectos processuais da defesa do consumidor, nos aspectos jurisprudenciais etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito das relações de consumo, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

Prof. Dr. Phillip Gil França - UPF

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago - UNIMAR

**ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA FINALISTA MITIGADA NA
JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

**ANALYSIS OF APPLICATION OF THE THEORY FINALIST IN MITIGATED STJ
OF JURISPRUDENCE**

Fabricio Vasconcelos de Oliveira ¹
Leandro Moraes do Espírito Santo ²

Resumo

Este estudo visa conceituar e analisar a aplicação da teoria finalista mitigada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Finalismo aprofundado, Consumidor, Teoria finalista mitigada

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to conceptualize and analyze the application of mitigated finalist theory in the Superior Court of Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Thorough finalism, Consumer, Theory mitigated finalist

¹ Doutor, Mestre e Especialista em Direito; professor associado da UFPA e titular da UNAMA e CESUPA; Procurador Fundacional/Autárquico do Estado do Pará.

² Advogado. Professor substituto de Direito Empresarial, Falimentar e Propriedade Intelectual na UFPA. Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Anhanguera.

1. INTRODUÇÃO

A defesa do Consumidor é direito fundamental previsto no art. 5º. XXXII da Constituição Federal de 1988, que prescreve: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Para tanto, importante compreender o que são direitos fundamentais. George Marmelstein (2014, p.17) os conceitua como sendo:

(...) normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Nessa esteira, conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 41), direitos fundamentais são:

(...) direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder Estatal em face da liberdade individual.

Assim, é dever do Estado assegurar, garantir e estimular a defesa do consumidor em todos os seus âmbitos ou poderes para que em ultima análise sempre esteja atendido o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, para Bruno Miragem (2013, p. 49-50):

O direito do consumidor compõe-se, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau (com relação a alguns serviços públicos), ao próprio Estado [...] Essa proteção conferida ao consumidor corresponde, ao mesmo tempo, a um dever do Estado de promover este direito. E a forma determinada na Constituição para a realização do dever se dá por intermédio da atividade do legislador ordinário (a locução “na forma da lei”, do preceito constitucional). A Constituição, desse modo, assinala o dever do Estado de promover a proteção, indicando a decisão de como realizá-la ao legislador ordinário.

Ainda, a proteção do consumidor foi considerada tão importante pelo constituinte, que no título VII da Constituição Federal de 1988, que trata da ordem econômica, elevou no art. 170, V, a defesa do consumidor ao patamar de princípio geral da atividade econômica.

Em complemento à previsão referida, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou ao Congresso Nacional a elaboração de um Código

de Defesa do Consumidor no prazo de cento e vinte dias contados da promulgação da *Carta Magna*. A determinação foi cumprida (ainda que não tenha sido observado o prazo previsto no artigo 48 da ADCT), através da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, a qual “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”.

2. RELAÇÃO DE CONSUMO

Os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor somente se aplicam quando se verificar uma relação de consumo. Relação de consumo é aquela que envolve, necessariamente, um fornecedor e um consumidor. Caso não se verifique, no caso concreto, a presença de um fornecedor e de um consumidor, não haverá relação de consumo, não sendo aplicáveis, em consequência, os preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

A definição de fornecedor está insculpida no art. 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor:

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.

O fornecedor deve ser profissional, ou seja, ofertar produtos ou serviço de forma não esporádica, bem como negociar produtos ou serviços com o escopo de ser remunerado, sendo admitida a chamada remuneração indireta, como no caso das amostras grátis (OLIVEIRA, 2012).

Em relação à definição de consumidor, temos o conceito de consumidor *standard* e os chamados consumidores por equiparação.

O conceito *standard* de consumidor está destacado no art. 2º, caput, do CDC, que considera “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

No Brasil, temos dois entendimentos doutrinários acerca do que viria a ser destinatário final. A finalista e a maximalista. Para os finalistas o regime jurídico do CDC aplica-se somente quando o consumidor não profissional retira o produto integralmente do ciclo produtivo, não empregando o produto ou serviço em sua atividade econômica. Para os

maximalistas, o conceito de destinatário final compreende todos que adquirem e utilizem o produto, sendo indiferente se utilizado com fins lucrativos ou não (OLIVEIRA, 2012).

A maioria absoluta dos estudiosos parece se filiar à corrente finalista.

Leonardo Garcia Medeiros (2013, p. 29), conceitua destinatário final como aquele que coloca um fim na cadeia econômica de produção:

[...] o destinatário final é o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), é aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar produzir, pois ele não é consumidor final, já que está transformado e utilizando o bem para oferecê-lo, por sua vez, ao cliente, consumidor do produto ou serviço.

Da mesma forma, Claudia Lima Marques (2014, p. 303), afirma que o destinatário final, vulnerável, será aquele em que o produto/serviço será usado com pessoalidade e não oneroso, ocasionando assim, com o fim na relação de consumo, pois destinou-se com a finalidade de dispor para si ou familiar. Assim, analisamos como a renomada professora supracitada define destinatário final:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço.

Para José Geraldo Brito Filomeno (2005, p. 22), consumidor “vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços”.

Bruno Miragem (2013, p. 137), também entende que consumidor, para fins de aplicação do CDC, é o destinatário fática e econômica do produto ou serviço:

A definição da expressão destinatário final e, por consequência a definição de consumidor admite, portanto, diversas interpretações. Sustentamos, todavia, que o conceito de consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos: a) a aplicação do princípio da vulnerabilidade e b) a destinação econômica não profissional do produto ou serviço. Ou seja, em linha de princípio e tendo em vista a teleologia da legislação protetiva deve-se identificar o consumidor como destinatário final fático e econômico do produto ou serviço.

Em tempo, além do consumidor destinatário final, o CDC ainda prevê os chamados consumidores por equiparação, conforme o parágrafo único do artigo 2º e os arts. 17 e 29:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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

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.

A primeira hipótese refere-se à coletividade. O dispositivo mencionado tem a finalidade de proteger os direitos de grupos e coletividade de consumidores.

A segunda hipótese refere-se aos chamados *bystanders*, entendidos como aqueles equiparados aos consumidores por terem sido atingidos em sua saúde ou segurança por fato do produto ou serviço, mesmo não sendo destinatários finais numa relação de consumo. Por fim, são equiparadas a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas nos capítulos V, das práticas comerciais, e VI, da proteção contratual, do CDC. Basta a exposição às práticas previstas para que a pessoa se enquadre no conceito de consumidor por equiparação (OLIVEIRA, 2012).

3. TEORIA FINALISTA MITIGADA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Como se posiciona o Superior tribunal de justiça, acerca dessa polêmica conceitual? Ele se filia à corrente finalista ou maximalista?

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também parece adotar o conceito finalista de destinatário final, conforme segue abaixo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. TEORIA FINALISTA. DESTINATÁRIO FINAL. NÃO ENQUADRAMENTO. VULNERABILIDADE. AUSÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face do nítido caráter infringente das razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade e da economia processual. 2. Consoante jurisprudência desta Corte, **o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva).** (grifo nosso) [...]

(EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.371.143/PR - 2010/0209626-3, Relator: RAUL ARAÚJO, Data do Julgamento: 07/03/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 17/04/2013).

Como decorre da leitura do julgado retro exposto, o STJ expressamente negou a aplicação do CDC ao caso, pois o produto ou serviço foi contratado para implementação de atividade econômica, não configurando destinatário final consoante o entendimento finalista.

O fato é que o STJ, normalmente, se filia à corrente finalista.

Contudo, em muitos julgados, o colendo Superior Tribunal de Justiça oferece uma mitigação à interpretação finalista de destinatário final; ou seja, o referido tribunal, a despeito de adotar a corrente finalista, abranda aquela interpretação com vistas a proteger pessoas que, mesmo não sendo destinatários finais econômicos, demonstram nos autos sua condição de vulnerabilidade, como forma de aplicação do disposto no artigo 4º, I do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Sobre vulnerabilidade, Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p. 50) leciona que:

Embora a vulnerabilidade seja absoluta (todo consumidor é vulnerável, segundo presunção legal), é possível analisar a existência ou não de vulnerabilidade para fins em determinar a aplicação do CDC. Ou seja, ausente a vulnerabilidade, pode ser que estejamos diante de uma relação empresarial, e não diante de uma relação de consumo. [...] No Brasil a situação de vulnerabilidade da pessoa física (consumidora) é presumida, ao passo que a vulnerabilidade da pessoa jurídica (consumidora) deverá ser demonstrada no caso concreto [...].

Em tempo, é importante atentar que a vulnerabilidade do consumidor pode se manifestar em 03 (três) aspectos (técnico, jurídico e fático), a saber:

- a) vulnerabilidade técnica - quando o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o objeto que está adquirindo, seja produto ou serviço;
- b) vulnerabilidade jurídica ou científica - falta de conhecimentos jurídicos específicos acerca do contrato firmado;
- c) vulnerabilidade fática ou sócio-econômica - é a que se impõe em favor do consumidor, diante do grande poder econômico, do eventual monopólio ou essencialidade do serviço prestado pelo fornecedor.

Neste sentido, a melhor doutrina:

[...] o significado de vulnerabilidade no CDC desenvolveu-se a partir de três grandes espécies: Técnica, Jurídica e Fática. A vulnerabilidade técnica é a falta de conhecimentos técnicos específicos sobre o objeto (produto ou serviço) da relação de consumo, da qual o consumidor é parte, a vulnerabilidade jurídica consiste na

falta de conhecimento pelo consumidor, acerca dos seus direitos e das repercussões da relação jurídica estabelecida; e a vulnerabilidade fática, espécie residual, abrangendo uma série de circunstâncias em que por falta de condições econômicas, físicas ou psicológicas do consumidor, este coloca-se em posição de debilidade relativamente ao fornecedor (Miragem, 2013, p. 153);

Na vulnerabilidade técnica, 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 em matéria de serviços [...] A vulnerabilidade fática é aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo. Já a jurídica ou científica [...] é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia” (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno, 2003, p. 121).

A jurisprudência do STJ reconhece, ainda, outra vulnerabilidade, a vulnerabilidade informacional, senão vejamos:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. **FINALISMO APROFUNDADO**. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que 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.

2. Pela teoria finalista, 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 pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. 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, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode 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.

4. 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)[...].**

REsp 1195642/ RJ, Relator Ministra Nancy Andri ghi, terceira turma, DJe: 21/11/2012 (grifo nosso)

Assim, por exemplo, uma pessoa que adquire de um fornecedor monopolista produto com a intenção de utilizá-lo como insumo de sua atividade profissional, será considerado consumidor pelo colendo Superior Tribunal de Justiça diante de sua

vulnerabilidade frente ao único fornecedor de seu insumo. No ensejo, transcrevemos elucidativo trecho extraído de voto prolatado pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n.º 476.428 – SC, no qual dois empresários litigavam:

“(…) Recentemente, a Segunda Seção deste STJ superou discussão acerca do alcance da expressão "destinatário final", constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor.

Segundo a teoria preferida, a aludida expressão deve ser interpretada restritivamente. Com isso, o conceito de consumidor deve ser subjetivo, e entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado - o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.

Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.

Nesse prisma, a expressão "destinatário final" não compreenderia a pessoa jurídica empresária.

Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto.

Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. *Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I).*

Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.

Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não (...).

De fato, os critérios jurisprudenciais têm avançado no sentido de se reconhecer a necessidade de mitigar o rigor excessivo do critério subjetivo do conceito de consumidor, para permitir, por exceção, a equiparação e a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários. *Superada a questão da "destinação final" do produto, agora a jurisprudência é incitada à formação das diretrizes para o reconhecimento da vulnerabilidade ou da hipossuficiência*

(*aspecto processual*) no caso concreto” (grifos nossos) (REsp 476428 / SC. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI. 3T. J. 19/04/2005. DJ 09/05/2005 p. 390).

Transcrevemos a ementa do referido Recurso Especial n ° 476.428 – SC:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação(art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

- A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.

- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

- Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal).

Recurso especial não conhecido (REsp 476428 / SC. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI. 3T. J. 19/04/2005. DJ 09/05/2005 p. 390. Partes: AGIPLIQUIGÁS S/A x GRACHER HOTÉIS E TURISMO LTDA).

A jurisprudência do STJ passou a, repetidamente, acatar esse entendimento, aplicando o Código de defesa do Consumidor quando se verificasse, no caso concreto, a vulnerabilidade de uma parte em face de um fornecedor, mesmo que esta parte não possa ser enquadrada na noção finalista de destinatário final.

Porém, há, entre as turmas do colendo STJ, uniformidade acerca dos critérios de aplicação da teoria finalista mitigada ou aprofundada? Há uniformidade acerca do que aquele tribunal entende por vulnerabilidade técnica, fática, jurídica e informacional quando da análise de casos concretos?

Fizemos a análise de alguns julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça para buscar essa resposta.

O primeiro caso concreto a ser analisado foi julgado pela terceira turma do colendo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de agravo regimental no recurso especial n. 1321083/

PR, terceira turma, ministro relator: Paulo de Tarso Sanseverino, decisão publicada em 25/09/2014.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA DE AERONAVE POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS. AQUISIÇÃO COMO DESTINATÁRIA FINAL. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

1. Controvérsia acerca da existência de relação de consumo na aquisição de aeronave por empresa administradora de imóveis.
2. Produto adquirido para atender a uma necessidade própria da pessoa jurídica, não se incorporando ao serviço prestado aos clientes.
3. Existência de relação de consumo, à luz da teoria finalista mitigada. Precedentes.
4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

No caso concreto, a agravada, que tem como objeto social a administração de imóveis, havia celebrado com a agravante, que é vendedora exclusiva no Brasil de aviões produzidos pela sociedade empresária Hawker Beechraft Corporation, um contrato para adquirir uma aeronave, com o propósito de conferir dinamismo à locomoção de seus diretores, funcionários e potenciais clientes.

Ocorre que a agravada ajuizou ação em face da agravante com o intuito de obter a resolução do contrato. A agravante arguiu exceção de incompetência, alegando que a agravada, então demandante, havia utilizado prerrogativa de foro prevista no CDC. Em síntese, arguiu em exceção que não estava configurada relação de consumo, e conseqüentemente não poderia ser aplicado o CDC, visto que o bem teria sido adquirido para incrementar os negócios e as atividades comerciais do seu adquirente.

No STJ o agravo regimental teve negado seu provimento de forma unânime, contudo o que chamou a atenção foram os votos que apesar de negarem provimento ao recurso, lançaram mão de entendimentos diferentes, contrariando o exposto na ementa acima mencionada.

O Ministro relator entendeu pela manutenção da decisão combatida, valendo-se da teoria finalista mitigada em seus fundamentos jurídicos, mas ao aplicá-la decidiu como se houvesse aplicado a teoria finalista:

Essa é justamente a hipótese dos autos, pois, conforme restou consignado no acórdão recorrido, a aeronave foi adquirida para atender a uma necessidade da própria pessoa jurídica (deslocamento de sócios e funcionários), não para ser incorporada ao serviço de administração de imóveis.

Por outro lado, o eminente ministro, Ricardo Villas boas Cueva, em voto-vista, fundamentou sua decisão toda na própria teoria finalista:

Com efeito no que tange à caracterização da relação de consumo, consoante o art. 2º do CDC, consumidor é toda pessoa física **ou jurídica** que adquire ou utiliza, como **destinatário final**, produto ou serviço oriundo de um **fornecedor**. Assim, segundo a

teoria subjetiva ou finalista, destinatário final é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, **suprindo uma necessidade ou satisfação própria**[...] Na hipótese, ambas as instâncias de cognição plena, examinando o contrato firmado pelas partes, o estatuto social da agravada e a realidade fática traduzida nos autos, concluíram que a aeronave foi adquirida para atender a uma necessidade da própria pessoa jurídica autora da demanda (facilitar o deslocamento de sócios e funcionários), não integrando diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – produto ou serviço por ela postos à disposição do mercado, motivo pelo qual se aplicam à relação em tela os ditames constantes da lei consumerista.

Da referida jurisprudência, podemos verificar que a ementa não condiz com os fundamentos mais sólidos dos votos, uma vez que neste caso a teoria finalista caberia suficientemente para aplicar o CDC, não refletindo o que a ementa propõe, ou seja, que se tratava de caso de finalismo aprofundado.

Noutro julgamento, do recurso especial n. 1010834/ GO, terceira turma, ministra relatora Nancy Andriighi, com decisão publicada em 13/10/2010, ocorreu a aplicação da teoria finalista mitigada. A seguir transcrevemos a ementa:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO.

1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor.

2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica.

4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro.

5. Negado provimento ao recurso especial.

Neste caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de relação de consumo, caracterizando como consumidora, pelo abrandamento da teoria finalista, uma empresária que adquiriu junto da recorrente uma máquina de bordar.

A recorrida avençou contrato de compra e venda em 20 (vinte) prestações mensais, mas alegou que nele constavam cláusulas abusivas, motivo que ensejou o pedido de reconhecimento das aludidas cláusulas como abusivas, bem como a repetição do indébito.

A recorrente arguiu exceção de incompetência do juízo da 3ª vara cível da comarca de Goiânia/GO, visto que, havia cláusula de eleição de foro, elegendo a comarca de São Paulo/SP, para dirimir quaisquer conflitos decorrentes da relação contratual. No juízo de

primeiro grau foi acatada a tese da exceção de incompetência, mas no tribunal a decisão foi reformada, aplicando ao caso o CDC, motivo que ensejou a ida do processo para o Tribunal da Cidadania.

A controvérsia residia em considerar ou não a recorrida como consumidora, pois adquiriu a máquina de bordar para o exercício de atividade profissional. Estaria, portanto, segundo a recorrente, praticando consumo intermediário.

Entretanto, o voto da Ministra Relatora, Nancy Andrighi reconheceu a necessidade de aplicação da legislação consumerista ao caso. Vejamos:

No processo em exame, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica.

Dessarte, reconhecida a possibilidade de abrandamento da teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, é de se enquadrar a recorrida na definição constante do art. 2º do CDC.

Em seu voto, o Ministro Massami Uyeda, acompanhou integralmente o voto acima, tecendo as seguintes considerações:

Não se olvida que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aquisição de equipamento, por pessoa física (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária), com o objetivo de melhoria da atividade empresarial, por constituir uma atividade de consumo intermediária, em regra, afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido: REsp n. 541.867/BA, relator para o acórdão o eminente ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 16/05/2005. Contudo, é certo que a teoria finalista do conceito de consumidor sofreu abrandamento ao longo dos anos, passando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a admitir, excepcionalmente, a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, no caso concreto, a sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica [...].

Assim, a interpretação que deve se dar ao art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, à luz da doutrina finalista, é no sentido de que há presunção de relativa vulnerabilidade do consumidor, inclusive pessoa jurídica, mormente na hipótese de se cuidar de microempresas ou empresários individuais litigando contra sociedades empresárias de considerável porte econômico (ut REsp 575. 469/RJ, relator Ministro Jorge Scartezini, DJ 06.12.2004 e Ag 555. 510/SP, relator Ministro Vasco Della Giustina, DJ de 27/10/2009).

O fundamento para aplicar a teoria finalista mitigada foi a vulnerabilidade econômica. Segundo o julgado acima, a vulnerabilidade estaria caracterizada simplesmente pelo fato de haver discrepância entre o porte dos empresários contratantes.

Por outro lado, em julgamento do Recurso Especial n. 567.192/SP, quarta turma, Ministro Relator Raul Araújo, DJe 29/10/2014, o Tribunal da Cidadania, julgou caso semelhante de forma diversa:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE MÁQUINA FOTOCOPIADORA COM SERVIÇO DE MANUTENÇÃO. INADIMPLEMENTO DA LOCATÁRIA PESSOA JURÍDICA. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUERES EM ATRASO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ARTS. 2º E 4º, I). BEM E SERVIÇO QUE INTEGRA CADEIA PRODUTIVA. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO (CDC, ART. 29). EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. PRÁTICA ABUSIVA OU SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. NÃO RECONHECIMENTO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REVISÃO. INVIABILIDADE (SÚMULA 7/STJ). RECURSO DESPROVIDO.

1. "A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfratamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da súmula 7/STJ." (EDcl no AREsp 265.845/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe de 1º/8/2013)

2. Em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva.

3. Na espécie, dada a desproporção entre as contratantes, é incontestável a natural posição de inferioridade da ré frente à autora e de supremacia desta ante aquela, o que, entretanto, por si só, não possibilita o reconhecimento de situação de vulnerabilidade provocada, a atrair a incidência da referida equiparação tratada no art. 29 do CDC. É que tal norma não prescinde da indicação de que, na hipótese sob exame, tenha sido constatada violação a um dos dispositivos previstos nos arts. 30 a 54 dos Capítulos V e VI do CDC. A norma do art. 29 não se aplica isoladamente.

4. As instâncias ordinárias, no presente caso, recusaram a incidência do Código do Consumidor, por não haverem constatado a ocorrência de prática abusiva ou situação de vulnerabilidade na relação contratual examinada, mostrando-se inviável o reexame do acervo fático-probatório para eventualmente chegar-se a conclusão inversa, ante a incidência do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial desprovido.

A lide tinha como partes Xerox do Brasil Ltda e M de Lima Costa Bazar – Microempresa. O objeto da demanda era um contrato de locação de máquina e fornecimento de material e assistência técnica para o correto funcionamento da copiadora.

A controvérsia estava no fato de considerar ou não como consumidora a recorrente, M de Lima Costa Bazar – Microempresa, visto que sociedade empresária que utiliza a copiadora no seu negócio.

O ministro relator entendeu haver discrepância econômica entre as partes, mas não decidiu pela aplicação do CDC. Vejamos:

Sendo a autora da ação sociedade empresária de grande porte, integrante de um conglomerado internacional, detentora de técnica avançada e específica utilizada em suas máquinas, materiais e serviços, de alta tecnologia, poderia, em tese, ter imposto um contrato de adesão repleto de cláusulas abusivas na locação ajustada com a ré, sociedade empresária de pequeno porte, que utilizava a máquina Xerox copiadora como um serviço a mais comercializado em seu estabelecimento.

Dada a desproporção entre as contratantes, é incontestável a natural posição de inferioridade da ré frente à autora e de supremacia desta ante aquela, o que, entretanto, por si só, não possibilita o reconhecimento de situação de vulnerabilidade provocada [...]

O fundamento para decidir pela não aplicação da legislação consumerista foi o da súmula 7/STJ, ou seja, de que inviável o reexame do acervo fático-probatório, uma vez que as instancias ordinárias concluíram pela não incidência do CDC. Ocorre que, poderia perfeitamente decidir pela aplicação do diploma consumerista com base nas provas existentes que não estaria ferindo a aludida súmula.

Se tomarmos por base o entendimento de vulnerabilidade econômica acima apresentada, seria possível enquadrar referido caso concreto na hipótese de vulnerabilidade econômica, uma vez que patente a distância financeira que separa as partes componentes da lide.

Entretanto, este não foi o entendimento adotado pelo STJ, revelando a incoerência no momento de decidir em casos semelhantes quando o assunto é vulnerabilidade econômica.

Portanto, em que pese ser louvável a preocupação de abrandar o entendimento finalista quando, no caso concreto, houver a verificação da vulnerabilidade de uma parte em relação à outra, mesmo que o produto ou serviço seja utilizado em sua atividade econômica, verificamos que não há uma uniformidade, entre as turmas do colendo Superior tribunal de justiça, acerca do que caracteriza vulnerabilidade técnica, fática, jurídica e informacional.

4. CONCLUSÃO

O Superior Tribunal de Justiça de um modo geral, se filia à corrente finalista de conceituação de destinatário final.

O referido tribunal, entretanto, vem mitigando, em seus julgados, a interpretação finalista, para aplicar o Código de Defesa do Consumidor mesmo àqueles que não sejam considerados como destinatário final, quando, excepcionalmente, estiver presente a vulnerabilidade econômica, jurídica ou técnica, inclusive às pessoas jurídicas.

Tais julgados formam o que se convencionou denominar teoria finalista mitigada ou aprofundada.

Ao analisar os julgados acima colacionados, verificamos que o Tribunal da Cidadania, a despeito de aplicar largamente a referida teoria, não apresenta critérios definidos do que considera vulnerabilidade técnica, fática, jurídica e informacional.

A ausência de critérios definidos do que é vulnerabilidade técnica, fática, jurídica e informacional faz com que, eventualmente, o colendo Superior tribunal de justiça ofereça decisões contrárias em processos que guardam semelhança.

Em tempo, é imperioso ressaltar que houve um recorte apenas referente aos julgados acima, e que tal conclusão não tem a finalidade de esgotar o tema, gerando necessidade de uma pesquisa de maior fôlego.

5. REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor - à luz da jurisprudência do STJ*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06/06/2015.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 06/06/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no Agravo de instrumento n. 1.371.143/PR - 2010/0209626-3*. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em: 07/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 837871 SP 2016/0000575-3*. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em: 07/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 402817 / RJ 2013/0330208/2*. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em: 07/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1195642/ RJ*. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em: 07/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1321083/ PR*. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em: 07/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 1010834/ GO*. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em: 07/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 567.192/SP*. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em: 07/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 476428 / SC*. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em: 10/09/2016.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. (Re) Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. – 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. Possibilidade de aplicação do código de defesa do consumidor aos contratos firmados entre empresários. In: MATTOS NETO, Antônio José de; NETO LAMARÃO, Homero; SANTANA, Raimundo Rodrigues (org.) Direitos Humanos e Democracia Inclusiva. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p, 114-382.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.