

O EMPRESÁRIO ENQUANTO SUJEITO VULNERÁVEL E HIPOSSUFICIENTE PROCESSUAL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA)

Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino*

Fábio Fernandes Neves Benfatti**

Resumo: Objetiva analisar em quais situações o empresário poderá ser considerado sujeito vulnerável nas relações negociais. O recorte metodológico da pesquisa tem como núcleo analisar em quais situações o empresário poderá ser considerado sujeito vulnerável nas relações negociais. Analisa a relação entre o poder econômico e a vulnerabilidade. Conceitua o termo “vulnerabilidade”. Discute acerca da (im)possibilidade de considerar o empresário enquanto sujeito vulnerável e hipossuficiente. Para tanto, o presente estudo se vale de uma metodologia técnico-formal, por meio do método dialético e do procedimento monográfico, que consiste na análise das normas (*lato sensu*), doutrina e jurisprudência relativa à temática. Como resultados, a pesquisa aponta que os tribunais brasileiros em alguns casos têm reconhecido a vulnerabilidade do empresário e possibilitado a incidência das normas consumeristas. Conclui que, devido à desigualdade existente nas relações negociais, inclusive constitucionalmente reconhecida (art. 170, IX, da Constituição Federal), em algumas

* Pós-Doutor pela Università degli Studi di Messina - Itália. Doutor em Direito – FADISP. Mestre em Direito Negocial – UEL. Professor e Parecerista.

** Pós-Doutor pela Università degli Studi di Messina - Itália. Doutor em Direito – MACKENZIE. Mestre em Direito Negocial – UEL.

situações ficando provado que o empresário encontra-se em situação de vulnerabilidade na relação negocial, é possível o dirigismo estatal, por meio do Estado-Juiz, no intuito de equilibrar a relação e cumprir os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 3º, I, da Constituição Federal).

Palavras-Chave: empresário consumidor; vulnerabilidade; defesa do consumidor; pessoa jurídica consumidora; hipossuficiência.

Sumário: 1. Introdução. 2. Poder econômico e vulnerabilidade. 3. O consumidor enquanto sujeito vulnerável. 4. A (im)possibilidade de considerar o empresário enquanto sujeito vulnerável e hipossuficiente. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO



comércio é uma das mais antigas manifestações do ser humano e deu-se de várias formas no decorrer da história¹. Assim como o Direito, o comércio é indispensável para a existência e a manutenção da vida em sociedade. Com o desenvolvimento da humanidade, as infinitas necessidades humanas e os finitos recursos, fez-se necessária a criação de métodos capazes de assegurar a sobrevivência.

Os autores Roberto Pereira Andrade e Luís Carlos Lisboa, em seu livro *Grandes enigmas da humanidade*, sustentam a existência de indícios de passagem dos fenícios pela Amazônia, para possíveis relações de comércio, pois haveria inscrições deles gravadas em pedras, com referências a diversos reis de Tiro e Sidon (887 a 856 a.C.), o que demonstra que a busca pela subsistência humana, por meio do comércio, não é recente (ANDRADE; LISBOA, 1968, p. 96-100).

¹ Com base no latim, *commercium* é trabalhado no sentido *lato*.

O desenvolvimento e a regulação do comércio deram-se na dinâmica estabelecida entre os mercadores. Com isso, Paula A. Forgioni (2009, p. 14) sustenta que “o direito comercial liga-se ao *mercado* [...] seu objetivo sempre se relacionou à tutela do tráfico econômico, ou seja, à defesa do ‘interesse geral do comércio’, na expressão de Carvalho de Mendonça”.

Por ter nascido no seio das dinâmicas estabelecidas entre os mercadores, poder-se-ia dizer que haveria pleno predomínio da *autonomia da vontade*, e isso, *a priori*, permitiria aos negociantes realizar o que quisessem².

O *Direito Empresarial* sempre foi marcado por uma forte *tradição liberal* e, na visão tradicional, carrega consigo o ideal de intervenção mínima sobre o mercado. Todavia, o que se verifica é que o comércio, desde sua gênese, sofreu influências exógenas, e também, há muito, as relações comerciais eram tidas como atividades públicas (REHME, 1941, p. 124 e *ss*). Nesse aspecto, deve-se reconhecer o Direito como instrumento de implementação de políticas públicas, portanto o mercado surge como (re)alocador de recursos na sociedade.

Do Estado Liberal ao atual Estado Democrático de Direito diversas foram as formas de atuação do Estado, em matéria econômica, que em alguns momentos pendia para uma intervenção mínima, outrora para intervenção mais densa e acentuada. A maior ou menor intervenção dava-se de acordo com o contexto político-econômico-social no qual a sociedade estava inserida.

Com as revoluções burguesas, o movimento codificatório e a filosofia liberal, sob a insígnia do Estado de Direito, consolida e juridiciza os direitos do homem; ao assegurar os direitos individuais, busca evitar as arbitrariedades e a concentração de poder do Estado (SARMENTO, 2006, p. 9)³. Então, as normas constitucionais preocupam-se com matérias atinentes ao Estado,

² Atualmente, entende-se que há a superação da *autonomia da vontade* pela *autonomia privada*. Para mais esclarecimentos: (TARTUCE, 2016, p. 57-62).

³ Peter Häberle estabelece que o ano de 1789 é um marco na concretização do Estado Constitucional (HÄBERLE, 1998).

e, por seu turno, ao Código Civil cabe regular as relações entre os particulares, com base na autonomia privada⁴. É nesse contexto que Jürgen Habermas sustenta que as codificações surgem no intuito de assegurar o livre intercâmbio entre os agentes privados, com base no conceito de liberdade (HABERMAS, 1984, p. 95).

De acordo com os ensinamentos de Manuel García-Pelayo, o Estado – e, por conseguinte, o Direito Público – pautava-se em determinados valores e objetivos, por meio de uma organização racional, e, conseqüentemente, tinha como objeto a produção de leis gerais e abstratas, a divisão dos poderes no intuito de racionalizar a ação do Estado e a organização burocrática da Administração Pública.

Desse modo, buscava-se assegurar “a garantia da liberdade, da segurança e da propriedade, da convivência pacífica e da execução dos serviços públicos, fosse diretamente, fosse em regime de concessão” (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 9-10). O fundamento básico era deixar o indivíduo livre para agir de acordo com suas opções, esperando do Estado apenas a defesa da soberania, a defesa dos indivíduos de abusos cometidos por outro membro da sociedade e a manutenção de instituições não atrativas à iniciativa privada – uma espécie de Estado absentéista.

As relações se pautavam numa igualdade formal, e, à vista disto, possibilitou-se que os mais fortes, no caso os que detinham os bens, dominassem os mais fracos, os não detentores. Essa disparidade gerou muitas injustiças e, em consequência, muita pobreza e muitos conflitos sociais, principalmente a partir do final do século XIX.

Por esse motivo, o Estado não mais conseguiu legitimar-

⁴ Marcos de Campos Ludwig diz que o Código Civil, enquanto regulador das relações entre os particulares, era tido como “supostamente perfeito e total. Afora os critérios formais de hierarquia, não se cogitava então de eventuais ligações entre essas duas fontes, porquanto tratavam de esferas materialmente opostas” (LUDWIG, 2002, p. 96).

se como Liberal, precisando abandonar a neutralidade para corresponder aos anseios sociais. Com o intervencionismo, ocorreu a integração entre Estado e Sociedade Civil. Em decorrência das lutas sociais, a sociedade conquistou competências públicas, o que se deu, segundo Jürgen Habermas, porque o “intervencionismo estatal na esfera social corresponde também à transferência de competências públicas para entidades privadas” (HABERMAS, 1984, p. 170). Com mais intervencionismo, ampliam-se as atividades estatais, supera-se a função de estruturação e começa-se a influenciar sobremaneira nas relações privadas, por meio de regulamentação, incentivo e planejamento.

Sob essa insígnia, o legislador constitucional brasileiro optou por positivar um Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal), e temos muito bem delimitados os fundamentos (art. 1º da Constituição Federal) e os objetivos (art. 3º da Constituição Federal), estes que servem de parâmetros para a atuação do Estado e dos agentes privados. Por mais que a Constituição brasileira adote a economia de mercado, como opção, em contrapartida estabelece que a ordem econômica é fundada também na valorização do trabalho humano e impõe como fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170 da Constituição Federal).

Considerando que o constituinte brasileiro presumiu a desigualdade entre alguns empresários, o problema do presente estudo reside em verificar em quais situações o empresário poderia ser considerado vulnerável, como consequência incidindo as normas de defesa do consumidor, a partir da experiência brasileira.

O objetivo geral é analisar as situações em que o empresário poderá ser considerado vulnerável. Como objetivos específicos, temos: a) aferir a relação entre poder econômico e vulnerabilidade; b) defender a necessidade de o consumidor ser considerado vulnerável; c) analisar quais critérios a experiência jurídica brasileira utiliza para considerar o empresário enquanto

vulnerável.

A hipótese a ser levantada no presente estudo é como mitigar a autonomia privada em prol de uma equalização nas relações negociais. A relevância do presente estudo está no fato de que o fenômeno empresa ganha destaque na sociedade contemporânea devido a sua importância.

A contribuição é ampliar a discussão e o debate sobre a necessidade de reconhecer alguns empresários como sujeitos vulneráveis enquanto forma de atingir de fato a tão esperada justiça, nos termos dos preceitos constitucionais.

2. PODER ECONÔMICO E VULNERABILIDADE

A preocupação com o poder econômico na Constituição Brasileira já aparece no art. 14, sobre os direitos políticos, influenciando durante o sufrágio universal, sendo uma preocupação na verdade em todo constitucionalismo latino-americano.

Art. 14. [...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do *poder econômico* ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Para concluir, determina o parágrafo seguinte:

§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Cabe destacar que, em ambos os textos, o assunto é remetido para o campo legal, transferindo, portanto, ao legislador a importante incumbência de limitar o abuso do poder econômico. “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” Art. 173, § 4º, da Constituição

Federal de 1988.

A Constituição não trata diretamente da concorrência, mas apenas de forma indireta, no art. 146-A, quando em matéria de Direito Tributário, para evitar desequilíbrios regionais, ressaltando a competência da União para legislar sobre o assunto.

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Há nítida influência do poder econômico na elaboração da legislação, seja de forma explícita ou implícita, como na questão do livre mercado⁵, por exemplo.

Pela *forma* como a Constituição se preocupa com o fenômeno econômico, faz-se deduzir que *parte de qualquer solução* está no campo econômico, não só a disponibilização de recursos, mas também o enfrentamento macro e microeconômico da questão posta.

Isso nada mais representa que a incansável busca de alguns para fazer cumprir, minimamente, os direitos sociais (CF, art. 6º) que pactuamos na Constituição Federal de 1988, enquanto outros, muito poucos, mas que detêm o poder econômico, hoje globalizado e organizado nas grandes corporações, continuarão a eleger malandros que espoliam os cofres públicos e que não querem ser incomodados por um Poder Judiciário dinâmico, por um Ministério Público ativo, por uma Defensoria Pública que viabilize estes direitos materiais (CIANCI; QUARTIERI, 2007, p. 825-826).

Interessante, ainda, na temática do poder econômico multifacetário, é notar que há facetas do fenômeno que nem sequer são percebidas, mas que, provavelmente, terão impactos no futuro. Não que o Constituinte tenha pensado isso, mas o que ocorre é que a Carta Constitucional possui anseios implícitos, frutos da própria sociedade, os quais não se imagina.

Aplicar a lei não é necessariamente aplicar o direito, embora seja necessariamente aplicar o poder econômico e o poder político. Confundir de modo necessário lei com direito, com

⁵ Vide art. 155 da Constituição Federal de 1988

legitimidade ou justiça científico-substantiva, é apenas ideologia a mascarar os jogos reais do poder (SOUTO, 1992, p. 71).

Em termos históricos, o poder econômico aparece ligado à classe dominante, seja ela denominada burguesia, revolucionária antes da Revolução Francesa e reacionária *logo* após, como já destacado, seja ela uma elite burocrática nos capitalismo de Estado (BRANDELLI, 2011, p. 105).

A valorização dos interesses individuais não surge de uma reivindicação expressa e pensada, mas sim como necessidade de *segurança jurídica* individual, para o livre comércio. Essa liberdade individual é deveras ideológica, mas, não se pode negar, bastante sedutora, mesmo nos tempos atuais.

O Estado liberal surge, assim, ancorado na ideia da conquista da liberdade, e da utilização dessa liberdade, pela revolução burguesa, e que vai atuar no intuito de diminuir o poder estatal, permitindo assim um agir mais consistente e desprendido da burguesia, detentora do poder econômico. Prevalece a vontade livre dos particulares (BRANDELLI, 2011, p. 266-267).

O econômico, o político e o jurídico são elementos do poder que se autoinfluenciam, em maior ou menor grau, dependendo do momento histórico e da concepção de Estado Nacional.

Esta pretendida criação neoliberal de Estado, na qual impera sem limites a economia de mercado, e ao direito só resta servila, não pode vingar, visto que se mostrou extremamente injusta, alijadora e tão somente benéfica para alguns que detêm o poder econômico, potencializando assim as diferenças entre aqueles que têm poder econômico e aqueles que estão à mercê desse poder (BRANDELLI, 2011, p. 294).

Nesse sentido, os registros públicos, notariais e garanti-dores do próprio Direito de Propriedade de bens imóveis no Brasil, com o advento da República, em 1889, retiraram da Igreja o papel de cartório, separando o Estado da Igreja, e passando ao ente estatal a função de *segurança jurídica* das relações privadas, inclusive a propriedade industrial, no INPI, prevista em Tratado Internacional e em publicação em revista criada para esse fim, que, ao mesmo tempo que protege a patente e o modelo de

utilidade, ajuda no desenvolvimento em *rede* da tecnologia em seus mais variados matizes.

Se a sociedade clama pela intervenção do Estado a fim de bre-car os abusos cometidos em nome da livre economia de mercado e a fim de proteger o débil economicamente e de concretizar valores sociais, esquecidos pelo neoliberalismo, tem essa mesma sociedade no notário um dos agentes mais hábeis e aptos ao auxílio de tais intentos. Buscar a equidade da relação jurídica que se estabelece protegendo o hipossuficiente, evitar o predomínio dos que têm poder econômico nas relações jurídicas, buscar enfim, na esfera de negociações privadas, o alcance dos valores sociais e não meramente o desenvolvimento da economia é o que se impõe ao notário nos dias de hoje, de maneira que nele encontrará a sociedade um baluarte de certeza e segurança jurídicas, e também de justiça, de coibição de abusos (BRANDELLI, 2011, p. 296-297).

Também nas relações internacionais é importante o destaque para a integração econômica da América Latina, como sendo uma das formas buscadas e positivadas constitucionalmente visando a uma comunidade latino-americana de nações⁶, não no sentido de uma área de livre comércio simplesmente, ou de mercado comum nos moldes do Mercosul, nas no sentido da construção de um Direito Comunitário rudimentar⁷, com economia própria, moeda comum, Parlamento comum e união social e cultural, provavelmente nos moldes europeus⁸.

O princípio da livre-iniciativa, tomado individualmente, permite e homologa aos agentes econômicos manejar o poder econômico com o intuito de produzir, circular e distribuir riquezas sem limites, gerando distorções não corrigidas pelas leis mercadológicas, o que impõe sua interação, nesse viés, com o princípio da livre concorrência, este último servindo

⁶ Vide art. 4º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

⁷ Rudimentar em comparação com o Direito Comunitário Europeu, no âmbito da União Europeia, mesmo restando infrutífera a promulgação de uma Constituição Europeia.

⁸ A chamada Constituição Europeia infelizmente não se concretizou, muito embora pudesse inaugurar uma nova página no Constitucionalismo Clássico Cf. EUR-LEX. *Uma Constituição para a Europa*. [S.l.], 2016. Disponível em: <http://europa.eu/sca-plus/constitution/introduction_pt.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.

como um dos fundamentos de validade da intervenção do Estado no e sobre o domínio econômico (BOMFIM, Diego, 2010, p. 175).

Como será visto adiante, há um ténue equilíbrio entre Estado, concorrência, livre-iniciativa e mercado. A conjugação entre esses três elementos, dentre outros, é uma verdadeira arte, que, na visão de Schumpeter, como já analisado acima, pode atrapalhar o que busca a própria concorrência, pois ela se torna exatamente artificial, pela ação do próprio Estado.

Por mais que os agentes econômicos sejam afetados por um eventual abuso de poder econômico tendente a limitar ou falsear a livre concorrência, haverá sempre prejuízo da coletividade como um todo (BOMFIM, 2010, p. 178).

Principalmente se for entendido como sendo patrimônio nacional, nos termos do art. 219 da Constituição Federal.

O princípio da livre concorrência, em uma de suas manifestações, impõe uma igualdade de condições na atuação de mercado, nunca uma igualdade absoluta entre os competidores. O texto constitucional legitima e reconhece expressamente a existência do poder econômico, não o tolhendo, desde que não verificado abuso no seu exercício, seja pela tentativa de dominação de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros (BOMFIM, 2010, p. 180-181).

É assegurado, também, por lei, o aproveitamento econômico da criação, como técnica e processo inventivo. Logicamente, esse dispositivo é ligado à autonomia da vontade e à segurança jurídica do investidor.

Ora, o objetivo de quem ingressa no domínio econômico com anseios de lucro é justamente criar uma vantagem competitiva em relação aos demais agentes econômicos, não havendo de se punir ou rechaçar esse tipo de atitude. O interesse é justamente esse. Haverá desigualdade entre os competidores; o que o ordenamento impede é que essa desigualdade decorra de uma atuação estatal (princípio da neutralidade concorrencial do Estado), proibindo o abuso do poder econômico⁹.

Prosseguindo para reconhecer a propriedade industrial como importante para o desenvolvimento econômico e

⁹ Vide art. 5º, inciso XXVIII, alínea *b*, da Constituição Federal de 1988.

tecnológico, estando assegurada a inovação tecnológica¹⁰.

Se o modelo de concorrência perfeita fosse a substância do mundo real não haveria lugar para qualquer Política de Concorrência, uma vez que não haveria nenhuma escolha a fazer. Porém, na estrutura real dos “Espaços de Transacção” que moldam as civilizações, não é assim. Para além do poder de mercado, existe poder económico e, nem sempre este está devidamente separado do poder político, o que só por si, significa que é imperativo escolher, e, mais do que isso, escolher bem! Em todo o caso, as decisões que devem ser adoptadas pela Política de Concorrência devem visar uma comparação crítica tão densa quanto possível das situações reais, em termos de poder de mercado, ao modelo de concorrência perfeita (RODRIGUES, 2007, p. 156-157).

Compete à União legislar sobre o desenvolvimento nacional¹¹ e, de forma concorrente, sobre o Direito Económico¹², bem como sobre a exploração económica directa pelo Estado¹³, sendo assim agente normativo e regulamentador da actividade económica¹⁴, e tendo como agente bancário de fomento o BNDES¹⁵.

Esta perspectiva rasga novos horizontes sobre o “estado de natureza”, que constitui a matriz sociológica fundamental a partir da qual emergem as diferentes Organizações do Poder, prevalentes em cada sociedade, ou melhor, em cada Geografia Concorrencial. Refira-se, desde já, que é esta Estruturação de uma Base Organizativa do Poder de Mercado, do Poder Económico e do Poder Político que, em última análise, justificam as Políticas de Concorrência. Assumir um exercício lúcido de Cidadania não se esgota, contudo, na vivência de um qualquer “Presente”, que é sempre efêmero ... Na verdade, todo o “Presente” é um momento do “*continuum* espaço-tempo”, o que significa que inclui a ressonância do “passado” e a projecção do “futuro” (RODRIGUES, 2007, p. 7).

¹⁰ Vide art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988.

¹¹ Vide art. 21, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

¹² Vide art. 24, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

¹³ Vide art. 173 da Constituição Federal de 1988.

¹⁴ Vide art. 174 da Constituição Federal de 1988.

¹⁵ Vide art. 239, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

É evidente a relação do Direito Concorrencial com o Direito Econômico, e é por esse motivo que o poder econômico é multifacetário, pois, além de tratar de expectativas do próprio mercado, tem influências no médio e longo prazos, com base no que foi construído no passado, principalmente em termos de Brasil, onde não houve um rompimento do processo histórico, e não há perspectiva de que isso ocorra.

O fenômeno do “Poder” é a variável central da Geopolítica, e tem congregado a atenção dos mais eminentes cientistas, políticos, filósofos e professores. O Poder de Mercado é, naturalmente, apenas uma das múltiplas manifestações do Poder Econômico e uma via de sentido duplo e biunívoco para o Poder Político. Em termos técnicos, no quadro da economia industrial, o Poder de Mercado exprime-se pela capacidade que determinadas empresas demonstram de praticar preços muito superiores aos custos marginais (medidos pela forma mais verossímil possível) e, isto de forma rentável durante um longo período de tempo. Sem prejuízo de o conceito de espaço de transação, através das suas metamorfoses definidas precisamente na base das respectivas matrizes de Poder, estar vocacionado para ser utilizado em qualquer domínio científico, é manifesto que nesta tese está confinado aos mercados onde se faz sentir a concorrência entre Empresas, entre os Estados e entre algumas empresas e alguns Estados (RODRIGUES, 2007, p. 61-62).

O poder não está subscrito a fronteiras nacionais, como faz crer todo o aparato jurídico, pois o Direito é nacional, mas o capital é sempre internacional, globalizado e mutagênico. Não entender isso é não entender a própria limitação do Direito em face dos fenômenos concretos e práticos das transferências de poder econômico, político e (nesse caso) jurídico, e suas influências no concorrencial.

Por outro lado, a perspectiva funcional da Concorrência visa contribuir para desmontar qualquer possível hermetismo dos normativos jurídicos, de modo a facilitar qualquer esforço de compreensão por parte do empresário que se fez a si próprio, ou do trabalhador que não compreende porque as vendas, para um determinado mercado da sua empresa, onde esteve empregado quase toda a vida, são repentinamente interrompidas, ou

ainda do consumidor dileitante, que não percebe por que o mesmo produto apresenta enormes dispersões de preços, entre dois quaisquer pontos do Mercado Interno Europeu. Esta perspectiva pode igualmente conduzir-nos à consciência clara de que o mercado quando entregue a si mesmo, gera fenómenos de concentração, que são agregadores de formas cada vez mais corrosivas de um Poder Económico, multifacetado, que manifestasse, iterativamente com uma voracidade crescente de mais Poder. E, que este, não precisa de muito tempo para matar a própria concorrência (RODRIGUES, 2007, p. 325).

No entanto, a busca pela concorrência perfeita pode ser mitológica e, na verdade, desnecessária, na visão de Schumpeter, já destacada acima, pois não se teria o capital para as condições ideais garantidoras de que a inovação aconteça.

Fora do contexto marxista, mas sem esquecer que Marx salientou a dicotomia entre infraestrutura econômica e superestrutura legal, essa foi uma das primeiras manifestações de cunho científico a respeito dessa vinculação entre legislação e poder econômico (FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 2).

Não é por acaso que os Estados Unidos reconhecem a possibilidade de *lobby*, no processo legislativo, pois as chamadas Assembleias, como *casas de leis*, possuem *poder* dito *legislativo* suficiente para *reequilibrar forças*, mudando, de forma explícita ou implícita, a economia, intervindo na própria economia, e, obviamente, favorecendo determinado grupo.

Em primeiro lugar, o fenômeno dos chamados grupos de pressão ou grupos de interesse, normalmente conhecidos como *lobbies*. Aqui cabe uma explicação que considero interessante: a palavra *lobby* vem do fato de que aqueles que iam para Washington, a capital dos Estados Unidos, solicitar algum tipo de legislação, algum tipo de norma que favorecesse determinados interesses, dirigiam-se ao *lobby* sala de estar – de um hotel onde se hospedavam os congressistas e lá exerciam o seu proselitismo (FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 3).

Essa norma, muitas vezes constitucional, ao arripio da Ética, desprende-se do legislador, ou do Constituinte Originário ou Derivado, e passa a ter existência própria, influenciando, via *regulação*, o mercado.

Até aqui, foram focalizadas as formas de o poder econômico

se fazer presente no momento em que é editada uma norma, seja uma norma regulamentar, seja uma norma legal, ou mesmo uma norma constitucional. Entretanto, uma vez editada, ela passa a integrar o universo jurídico de um determinado país. E aí, o que fazer? Agora nos dirigimos mais para o âmbito processual, para o âmbito judiciário. Isto é, de que maneira essa mecânica, própria dos interesses do poder econômico, influenciando sobre o texto da lei, sobre o texto da norma, vai repercutir na visão do Judiciário, em termos de jurisprudência (FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 6).

Da mesma forma, há o *poder interno* das corporações, as próprias empresas. Mas, em caso de litigância, como o Poder Judiciário irá interpretar, aplicar e julgar essas mesmas leis? Interessante também é discutir sobre os efeitos, se apenas entre as partes, ou geral.

3. O CONSUMIDOR ENQUANTO SUJEITO VULNERÁVEL

Em temo vulgar ou comum, no dicionário *Aurélio*, o termo *vulnerável* significa “todo aquele suscetível de ser ferido, ofendido ou atacado, ou seja, diz-se do lado fraco de uma questão, ou do ponto por onde alguém pode ser ferido ou tocado” (HOLANDA, 2010, p. 944. Contudo, em temas de ciência jurídica e defesa do consumidor, é importante que haja uma proteção especial, pois o consumidor é vulnerável por natureza (MORAES, 1999, p. 10). Nesse ponto é importante a *opinio legis* de John Rawls em relação ao antecessor da vulnerabilidade, sendo a igualdade em sentido jurídico:

- a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da

sociedade (RAWLS, 1992, p. 47-48):

Teresa Negreiros entende da seguinte forma:

É certo que as desigualdades entre os contratantes tendem a assumir uma dimensão coletiva, traduzindo-se em desigualdades entre categorias econômicas. No caso do consumidor, porém, esta categoria é por demais ampla numa sociedade caracterizada, precisamente, pela onipresença do consumo. Por outras palavras, não parece constitucionalmente consistente tratar todos os consumidores de forma igual. Afinal, isto representaria, sob o pretexto de uma maior justiça, um verdadeiro retrocesso da teoria contratual, um retorno à mística das categorias abstratas e redutoras. Hoje, ao contrário, avulta a importância da criação de “padrões de diferenciação” (NEGREIROS, 2002, p. 199).

Assim, como ensina Benfatti (2014), todo consumidor em termos de sistema latino-americano de defesa do consumidor é vulnerável, e portanto possui proteção indireta (ou muitas vezes direta), em termos da sua Constituição Nacional, principalmente em relação à economia de mercado, prevista principalmente nos princípios constitucionais da ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição Brasileira:

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.

Cumpra verificar como José Joaquim Gomes Canotilho trata o tema principiológico:

Este esquema não se desenvolve apenas numa direção, de cima para baixo, ou dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstrato. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo biunívoco de “esclarecimento recíproco” (Larenz). Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial (CANOTILHO, 1993, p. 182-183).

Por fim, como regra constitucional, cabe citar como exemplo as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, previstas no § 1º do art. 174, que explicita:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do Desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de Desenvolvimento.

Em uma visão clássica, ou mesmo de ativismo judiciário (VERISSIMO, 2008, p. 427-428), em que o Poder Judiciário será o grande tutor da atividade cotidiana, há uma convergência na abordagem em Jürgen Habermas, na tênue relação do público com o privado, sensível quando se trata da questão do poder econômico.

Em Portugal, contudo, a questão da vulnerabilidade parece estar ligada à concorrência desleal, o que reduz ainda mais a proteção do consumidor português, igualmente vulnerável em qualquer sistema jurídico, e é ainda mais injusto se considerado em termos de Direito Comunitário Europeu.

Artigo 6º

Práticas comerciais desleais em especial

São desleais em especial:

- a) As práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção;
- b) As práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas referidas nos artigos 7º, 9º e 11º;
- c) As práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas referidas, respectivamente, nos artigos 8º e 12º, consideradas como tal em qualquer circunstância.

A Norma Portuguesa parece nitidamente em discordância, portanto, com a Norma Europeia. Já em países latino-americanos, como o Brasil, que não tem a proteção do Direito Comunitário Europeu, e o Pacto de São José da Costa Rica ainda foca em Direitos Humanos em sentido amplo, ou seja, na vulnerabilidade da modernidade tardia e arcaica, a vulnerabilidade do consumidor é prevista nos seus ordenamentos jurídicos:

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 económicos, 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; (grifos nossos)

Os fatores da economia real, com a constatação de uma modernidade tardia e a impossibilidade doutrinária atual de, na prática, conciliar o discurso constitucional com as vertentes liberais ou neoliberais, trazem o risco da aplicação da velha técnica da norma constitucional de eficácia contida, e, portanto, o consumidor, diante de uma onda liberal, se vê ainda mais vulnerável diante da sociedade de consumo, e de ter o seu reconhecimento como vulnerável negado.

A proteção faz parte da essência do Direito do Consumidor e de outros ramos) NUNES, 2011, p. 193)¹⁶. “A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores” (BENJAMIN, 2011, p. 224-225). Flávio Tartuce enfoca que “a expressão consumidor vulnerável é pleonástica” (TARTUCE; NEVES, 2013, p. 33), portanto a solução é econômica, logo, conclui Benfatti (2014) que a situação da vulnerabilidade passa por uma solução econômica, em qualquer sistema jurídico e econômico.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DE CONSIDERAR O EMPRESÁRIO ENQUANTO SUJEITO VULNERÁVEL E HIPOSSUFICIENTE

Antes de adentrar a discussão quanto à (im)possibilidade de considerar o empresário enquanto sujeito vulnerável e hipossuficiente, necessário se faz analisar o próprio conceito de empresário. A análise será feita na perspectiva das legislações italiana e brasileira.

O Código Civil italiano traz a definição legal do que considera empresário no seu art. 2.082, que diz: “é empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens ou serviços”. Da definição, extraem-se quatro elementos, que identificam a presença ou a ausência da figura do empresário¹⁷.

O primeiro elemento é “quem exerce”, e, com isso, o Código estipula quem é o sujeito de direito, ou seja, a pessoa física ou jurídica que exerce a atividade econômica em nome próprio.

O segundo elemento é “uma atividade econômica

¹⁶ A jurisprudência também é uníssona nesse sentido: (Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. RMS 27512/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.08.2009, publicado no DJe em 23.09.2009).

¹⁷ O Código Civil italiano será analisado com base em: (ASQUINI, 1996).

organizada”. É imprescindível o caráter profissional, o que quer dizer que o sujeito de direito deve organizar os fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia) para o desenvolvimento de determinada atividade econômica. Assim, conclui-se que estariam fora do conceito de empresário aqueles que exercessem a atividade econômica a custos e riscos alheios. De igual forma, não seriam considerados aqueles que exercessem atividades com caráter personalíssimo, como os profissionais intelectuais, salvo se organizados na forma de empresa, nos termos do art. 2.238 do Código italiano. E também não o seriam caso a produção fosse ocasional ou simplesmente para fazer testes e/ou uso particular.

Importante destacar nesse ponto que o que caracterizará o empresário não será a dimensão econômica do empreendimento, mas sim se a atividade assume características de atividade organizada e se essas atividades não têm caráter personalíssimo, como as atividades profissionais. Com isso, o que se percebe, na construção de Asquini, é a presença do elemento subjetivo (é empresário aquele que regularmente e de forma profissional exerce a atividade) e do elemento objetivo (são empresários os que praticam atos de comércio – elemento de empresa).

O terceiro elemento, “com fim de produção para a troca de bens ou serviços”, significa que o Código quer abranger todas as atividades econômicas que operem no mercado e aproximem os bens e/ou serviços do mercado de consumo. Assim, quem produz ou aloca no mercado está enquadrado no conceito de empresário, já que distribuir bens é uma forma de produção, pois aproxima os bens do mercado de consumo.

O quarto e último elemento é “profissionalmente”, o que quer dizer que a atividade não deve ser ocasional, mas sim contínua. Tal fato se confirma no art. 2.070 do Código Civil italiano, que, ao tratar da eficácia dos acordos coletivos de trabalho, amplia a sua aplicação aos não profissionais, ou seja, aos não empresários. Do conceito “profissionalmente” surge um elemento

natural, porém não essencial, que é o objetivo de lucro. O lucro é elemento natural, pois o interesse da atividade do empresário é o proveito do empreendimento, o que vai inclusive ao encontro dos princípios da *Carta del Lavoro*. Em contrapartida, não é elemento essencial, pois há expressa previsão de entes públicos que serão considerados empresários (arts. 2.093 e 2.201 do Código italiano).

Todavia, o autor deixa clara a necessidade de as empresas terem resultados superavitários, sob pena inclusive de contrariar a sua própria função social, pois, ao não gerar riquezas e renda para a sociedade, consomem e não cumprem os seus compromissos (com sócios, fornecedores, trabalhadores etc.). Ter uma atividade autossustentável é extremamente necessário para a continuidade da atividade, seja pelos resultados superavitários ou pelo financiamento público (no caso das empresas públicas).

No Direito brasileiro, a teoria jurídica da empresa, com influência da codificação italiana, foi adotada pelo Código Civil de 2002. O conceito de empresário está positivado no Código Civil brasileiro no seu art. 966, que assim dispõe: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Traz como exceção, no parágrafo único do referido artigo, ao não considerar empresário “quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. Ou seja, conforme se percebe, a legislação brasileira em muito se assemelha à legislação italiana, em especial em relação aos elementos caracterizadores do conceito de empresário.

Definido o conceito de empresário, discussões recorrentes na doutrina e na jurisprudência se dão em relação às situações em que o empresário será considerado consumidor, consequentemente vulnerável.

O problema reside no fato de o Código de Defesa do

Consumidor considerar consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º). Neste ponto, a discussão está em torno do termo *destinatário final*. Quando o empresário poderia ser caracterizado como sujeito da relação consumerista? Teorias divergem quanto à qualificação do consumidor nesses casos.

A *teoria finalista*, também conhecida como *subjetiva*, adotada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, considera consumidor o destinatário final fático (o último da cadeia de consumo) e econômico (não utiliza o produto com o intuito de lucro, repasse ou transmissão onerosa). De acordo com essa teoria, apenas se caracterizaria como consumidor o não profissional, que adquirisse o produto para uso próprio e de sua família, o que restringe a figura do consumidor. O Enunciado n. 20 da I Jornada de Direito Comercial estabelece que “não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços”.

Devido à limitação da teoria finalista e às injustiças que da sua aplicação podem advir, a *teoria maximalista*, contrapondo-a, busca ampliar o conceito de consumidor. Também conhecida como *objetiva*, visa estender a incidência da legislação consumerista a todos os agentes do mercado. O problema da total ampliação do conceito encontra óbice ao trabalhar-se com típicos contratos empresariais; por exemplo, nos contratos de distribuição e franquia, que são, em regra, de adesão, considerar a incidência do Código de Defesa do Consumidor os desqualificaria como empresariais¹⁸. Nesses casos, inexistente a relação de

¹⁸ Sobre distribuição: TJPR. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento. Ação de rescisão de contrato de distribuição c/c cobrança e indenização por dano moral. 1.192.105-8 (Acórdão), Rel. Fábio Haick Dalla Vecchia, julgado em 10.06.2014, DJ 1367, 09.07.2014. A respeito de franquia, cita-se a seguinte decisão do STJ: Terceira Turma. REsp 687.322/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21.09.2006, DJ 09.10.2006. p. 287.

consumo. Ademais, ampliar a legislação a todos os agentes do mercado seria tornar o Direito do Consumidor regra geral, o que desvirtuaria a sua essência protecionista.

A jurisprudência tende, em determinadas situações, a ampliar o conceito de consumidor, em casos de flagrante hipossuficiência. Para Claudia Lima Marques, surge a *teoria finalista aprofundada*, que “é uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada”. Defende a autora que o instuto seja aplicado, “em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista”. Cita como exemplo “principalmente na área de serviços”, e estabelece como necessária a prova da “vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente” (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010, p. 87).

Nos casos em que há a figura de pequenas empresas, justifica-se a aplicação da *teoria maximalista* (ou *teoria finalista aprofundada*). Há ocasiões em que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos empresários, na condição de consumidor equiparado (*bystander*), com fundamento nos arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29¹⁹.

Importante estudo realizado no Brasil, em especial quanto à problemática relativa à aplicação das normas consumeristas à pessoa jurídica, foi realizado por Luciano Velasque Rocha (2014). Para o referido autor, toda interpretação de normas jurídicas tem como pano de fundo uma justificação constitucional (COELHO, 2007, p. 107; FREITAS, 2004, p. 330; NERY JUNIOR, 2008, p. 251). O que se busca, nas palavras do autor, é transformar “a *racionalidade subsuntiva* do sistema jurídico em uma *racionalidade teleológica*, de maneira que passa a ser relevante otimizar a consecução dos *fins* contidos nas normas jurídicas em geral e nas normas constitucionais em particular”

¹⁹ Cita-se a seguinte decisão: TJPR. 15ª Câmara. AC 4.876.264/PR, 0487626-4, Rel. Luiz Carlos Gabardo, julgado em 17.09.2008, DJ 7718.

(ROCHA, 2014, p. 50).

Nesse contexto, ao interpretar o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, o que se que é “*elegir la solución más correcta constitucionalmente hablando*” (USERA, 1988, p. 80). O que importa dizer que há tamanha importância em reconhecer o princípio da maximização de eficácia da norma constitucional (ROCHA, 2014, p. 50). No caso de reconhecer empresários, nas hipóteses em que há flagrante hipossuficiência, nada mais é do que interpretar o artigo com base no inciso IX do art. 5º da Constituição Federal, que determina o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

Ao considerar a relação como de consumo, algumas vantagens práticas (tratamento favorecido) advêm ao contratante. As principais são: a) quanto ao ônus da prova nos processos judiciais; b) quanto ao foro competente para a propositura da ação contra o fornecedor; c) o consumidor submete-se a regime mais favorável de responsabilidade civil; d) o consumidor se beneficia da responsabilidade solidária entre os fornecedores em hipótese de vício do produto ou do serviço; e) o consumidor usufrui de prazo prescricional mais dilatado em caso de fato do produto ou do serviço; f) o consumidor é favorecido pela interpretação de cláusulas contratuais que lhe for mais benéfica.

Em relação à primeira vantagem, o Código de Processo Civil estabelece, no seu art. 373 (no Código de Processo Civil de 1973 era o art. 333), que “o ônus da prova incumbe [...] ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”, e “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Vale ressaltar que o Código de Processo Civil (art. 373) traz inovações quanto à carga dinâmica da prova, podendo o juiz, diante das particularidades dos fatos, inverter o ônus da produção da prova.

Em contrapartida, o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 6º, VIII, dispõe sobre o direito à inversão do ônus da

prova “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. O que isso importa na prática, ao falar em relação de consumo, é que basta o autor alegar o fato para que o réu tenha de provar o contrário; por exemplo, numa lide em que se discute o defeito de um produto, bastaria o autor alegar que o produto está com defeito que competiria ao réu a prova de que não está. Em muitos casos, a prova é muito difícil para o réu. Assim, não teriam esse privilégio *os não destinatários finais*.

A segunda vantagem ocorre quanto ao disposto no art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece foro privilegiado aos consumidores. Assim, mesmo que no contrato haja cláusula de eleição de foro, é possível demandar no domicílio do consumidor. Considerando que esse recurso tem como finalidade proporcionar ao agente econômico uma defesa mais acessível e barata, por razão prática entendemos que deve ser aceita a aplicação dessa regra aos pequenos empresários.

Em recentes decisões, o Superior Tribunal de Justiça tem aceitado a invalidade da cláusula de eleição de foro em contrato de franquia quando reconhecida a hipossuficiência; nesse sentido, a seguinte decisão: “a cláusula de eleição de foro firmada em contrato de adesão de franquia é válida, desde que não tenha sido reconhecida a hipossuficiência de uma das partes ou embaraço ao acesso da justiça. Precedentes” (AgRg no REsp 493.882/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21.08.2012, *DJe* 18.09.2012).

A terceira vantagem é a de o consumidor submeter-se a regime mais favorável de responsabilidade civil. O ordenamento jurídico brasileiro adota como regra a teoria da responsabilidade subjetiva. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, o elemento culpa é requisito que imprescindivelmente deve estar presente quando da caracterização da responsabilidade civil, pois “a ideia da culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que,

de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva" (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 38). Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor, ao trabalhar a questão da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, institui a responsabilidade objetiva, ou seja, não se exige prova da culpa nos termos do art. 186 do Código Civil.

Nesse sentido, o art. 13 do Código de Defesa do Consumidor institui que "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa" pelo fato do produto. E o § 3º do referido artigo dispõe que o fornecedor apenas não será responsabilizado se provar "I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Dispondo sobre a responsabilidade civil pelo fato do serviço, dispõe o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor que o fornecedor "responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". E o § 3º do referido artigo afasta a responsabilização nos casos em que provar "I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". O Código deixa a responsabilidade subjetiva apenas ao profissional liberal (§ 4º).

Vale lembrar que a responsabilidade objetiva, no caso do consumidor, decorre da lei e não da existência ou não de atividade de risco (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 89). Entendemos que também afastaria a responsabilidade nos casos das excluídas denexo de causalidade (art. 393 do Código Civil), quais sejam: a existência de caso fortuito ou de força maior.

A quarta vantagem está relacionado ao fato de o consumidor se beneficiar da responsabilidade solidária entre os fornecedores em hipótese de vício do produto ou do serviço. Considerando que a solidariedade é exceção e não regra, o Código de Defesa do Consumidor estabelece o instituto da solidariedade em relação a todos presentes na cadeia de consumo (arts. 7º, parágrafo único, 18 e 19 do Código de Defesa do Consumidor).

A quinta vantagem relaciona-se ao fato de o consumidor usufruir de prazo prescricional mais dilatado em caso de fato do produto ou do serviço, pois na hipótese de reparação civil o prazo é de cinco anos, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, enquanto no Código Civil seria de três anos (art. 206, § 3º, V).

A sexta e última vantagem é o favorecimento do consumidor pela interpretação de cláusulas contratuais que lhe forem mais benéficas, nos termos do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina não é unânime quanto à incidência de normas consumeristas aos empresários²⁰. Todavia, na linha que estamos adotando, podemos chegar à conclusão de que, em regra, aplica-se a *teoria finalista*, considerando-se consumidor o destinatário final fático (o último da cadeia de consumo) e econômico (o que não utiliza o produto com o intuito de lucro, repasse ou transmissão onerosa); entretanto, quando presente a hipossuficiência (ou a vulnerabilidade, como alguns denominam), deve-se aplicar a *teoria maximalista* (ou *finalista aprofundada*), em respeito ao contido no inciso IX do art. 170 da Constituição Federal (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 34).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para chegar à conclusão de que a hipossuficiência pode ser

²⁰ Paula A. Forgioni defende a não incidência das normas consumeristas nas relações entre empresários: (FORGIONI, 2010, p. 34).

utilizada como critério de enquadramento dos empresários no *status* de consumidor, foram analisados os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e chegamos aos seguintes resultados:

No âmbito do Supremo Tribunal Federal não há notícias da discussão quanto à interpretação do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor e provavelmente não haverá, ante o óbice relacionado à competência dessa corte, que tem como função principal a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, da Constituição Federal). Ademais, trata-se de matéria infraconstitucional, e a constitucionalidade do referido artigo não foi posta em dúvida.

No Superior Tribunal de Justiça, por meio da ferramenta “Pesquisa pronta”, foi possível aferir 52 decisões que fundamentam o nosso posicionamento quanto à mitigação da teoria finalista para definição de consumidor. O fundamento de mitigar está relacionado à prova da hipossuficiência e à consequente e excepcional aplicação da legislação protetiva do consumidor.

Em relação à temática proposta, *O empresário enquanto sujeito vulnerável nas relações negociais*: uma análise a partir da experiência jurídica brasileira, conclui-se, que na experiência brasileira, o empresário aparenta estar nitidamente vulnerável em face do sistema jurídico nitidamente tardio e arcaico, o que indiretamente acaba propiciando ao mesmo tempo a vulnerabilidade do consumidor e reações legislativas de profunda intervenção no domínio econômico.

A proposta de aprofundamento dessas pesquisas é se nos sistemas europeu e norte-americano existe a mesma vulnerabilidade, se nesses sistemas existe mais regulamentação do que intervenção, e, se eventualmente existentes, se são pelos mesmos motivos, considerando como ponto de partida o mesmo sistema econômico e as mesmas relações de Poder Econômico.



6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Roberto Pereira; LISBOA, Luís Carlos. *Grandes enigmas da humanidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1968.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXXV, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.
- BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.
- BOMFIM, Diego. *Tributação e livre concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 33. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*: Lei n. 8.078, de 21.3.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem ao Professor Donaldo

- Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- EUR-LEX. *Uma Constituição para a Europa*. [S.l.], 2016. Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/constitution/introduction_pt.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009.
- FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Minima Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Positivo Editora, 2010.
- LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e direito privado: a superação da dicotomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- MAMEDE, Gladston. *Semiologia do direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do*

- consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. Público vs. privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Coord.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PORTUGAL. *Práticas comerciais desleais*: DL n. 57/2008, de março. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1067&tabela=leis>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 1992.
- REHME, Paul. *Historia universal del derecho mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941.
- ROCHA, Luciano Velasque. *Consumidor pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 2014.
- RODRIGUES, Eduardo Raúl Lopes. *Políticas públicas de promoção da concorrência*. 2007. Tese (Doutorado em Ciências Sociais e Políticas) – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2005.149.01.0022.01.POR>. Acesso em: 21 out. 2017.
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. p. 427-428.