

**CURSO DE DIREITO**

Vanessa Carina Brandt

**A CARACTERIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE E A INVERSÃO DO ÔNUS DA  
PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ENVOLVENDO PESSOAS JURÍDICAS E  
PROFISSIONAIS**

Santa Cruz do Sul

2018

Vanessa Carina Brandt

**A CARACTERIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE E A INVERSÃO DO ÔNUS DA  
PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ENVOLVENDO PESSOAS JURÍDICAS E  
PROFISSIONAIS**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de  
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Veridiana Maria Rehbein

Santa Cruz do Sul  
2018

*Aos meus familiares, por todo o incentivo durante a graduação.*

## **AGRADECIMENTOS**

Com gratidão, menciono meus pais por estarem sempre presentes na minha caminhada, por terem paciência e disposição para comigo trazerem à realidade aquilo que juntos planejamos.

Também, com gratidão lembro a professora e orientadora Profa. Ms. Veridiana Maria Rehbein, pela disponibilidade em orientar, pelo incentivo e pelas sugestões essenciais à elaboração desta monografia.

Da mesma forma expresso gratidão a Profa. Dra. Rosana Helena Mass pelas orientações na disciplina de Trabalho de Curso II e ainda aos demais colegas do Curso de Direito que compartilharam comigo a busca pelo conhecimento.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como objetivo analisar as diferentes configurações da relação de consumo, especialmente no que se refere à conquista da proteção do consumidor, bem como consolidar o entendimento de que esta decorre do reconhecimento da vulnerabilidade inerente ao sujeito que adquire produtos e serviços como destinatário final e ainda, que independente de ser este consumidor pessoa física, jurídica ou profissional possa ter sua debilidade reconhecida desde que esteja inserido no mercado de consumo em situação de vulnerabilidade, da mesma forma pretende visualizar os reflexos do progresso da concepção do consumidor enquanto sujeito vulnerável no ordenamento jurídico brasileiro ao longo do tempo. Também busca a incidência do Princípio da vulnerabilidade quando o sujeito que mira a proteção conferida ao consumidor se tratar de pessoa jurídica e profissional bem como tem o propósito de analisar a possibilidade da inversão do ônus da prova nas lides que envolvem esses dois tipos consumidores. Nesse contexto, a problemática a ser enfrentada consiste em entender a maneira com que a pessoa jurídica e o profissional irão configurar a vulnerabilidade característica do Direito do consumidor através do estudo dos entendimentos de doutrinadores e especialmente das teorias a respeito desse assunto e dessa forma autorizar a inversão do ônus da prova nos processos em que estão envolvidos como parte. Para dar conta dessa tarefa, utiliza-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, sendo utilizada a monografia através da técnica de revisão bibliográfica para discutir os diversos tópicos e esclarecê-los com base em conhecimentos consolidados. Por fim, pode-se inicialmente afirmar, que a pessoa jurídica e o profissional podem se utilizar das normas do Código de Defesa do Consumidor nas suas relações de consumo, desde que no caso concreto apresentem a vulnerabilidade frente ao fornecedor, pois a vulnerabilidade é o preceito fundamental para a proteção do consumidor, da mesma forma no que tange possibilidade da utilização da inversão deve-se ter como regra a demonstração da verossimilhança nas alegações e da dificuldade que a parte possui para produzir provas, configurando a sua hipossuficiência na circunstância concreta.

Palavras-chave: Consumo. Pessoa jurídica. Processo. Profissional. Vulnerabilidade.

## **ABSTRACT**

The purpose of this monographic work is to analyze the different configurations of the consumer relation, especially with regard to the conquest of consumer protection, as well as to consolidate the understanding that it is derived from the recognition of the vulnerability inherent in the subject that purchases products and services as the final recipient and also that regardless of whether this consumer is a physical, legal or professional person may have its weakness recognized as long as it is inserted in the market of consumers in a situation of vulnerability, in the same way it intends to visualize the reflexes of the progress of the conception of the consumer as subject vulnerable in Brazilian legal order to the time. It also seeks the incidence of the Principle of vulnerability when the subject that looks at the protection granted to the consumer is a legal and professional person as well as has the purpose of analyzing the possibility of reversing the burden of proof in the cases involving these two types of consumers. In this context, the problem to be faced is to understand the way in which the legal person and the professional will configure the vulnerability characteristic of Consumer Law through the study of the understandings of doctrinators and especially of the theories regarding this subject and in this way authorize the reversal of the burden of proof in the cases in which they are involved as a party. To deal with this task, the hypothetico-deductive method is used as a method of approach, using the monograph through the bibliographic review technique to discuss the various topics and clarify them based on consolidated knowledge. Finally, it can initially be said that the legal person and the professional can use the rules of the Consumer Protection Code in their consumer relations, provided that in the present case they present vulnerability to the supplier, since vulnerability is the a fundamental precept for the protection of the consumer, likewise with regard to the possibility of using the inversion, one should have as a rule the demonstration of likelihood in the allegations and of the difficulty that the party possesses to produce evidence, configuring its hypothesis in the concrete circumstance.

Keywords: Consumption. Legal person. Process. Professional. Vulnerability.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO E OS CONSEQUENTES REFLEXOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS.....</b>	<b>09</b>
<b>2.1</b>	<b>A busca pelo lucro em detrimento do mais fraco.....</b>	<b>09</b>
<b>2.2</b>	<b>O reconhecimento da necessidade da proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>12</b>
<b>2.3</b>	<b>A delimitação dos componentes da relação de consumo.....</b>	<b>17</b>
<b>3</b>	<b>A VULNERABILIDADE PRESUMIDA DO CONSUMIDOR.....</b>	<b>25</b>
<b>3.1</b>	<b>Vulnerabilidade: princípio básico no direito do consumidor.....</b>	<b>25</b>
<b>3.2</b>	<b>A interpretação finalista mitigada ou aprofundada.....</b>	<b>30</b>
<b>4</b>	<b>A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....</b>	<b>35</b>
<b>4.1</b>	<b>As influências da Lei nº 7.347/85 e do CPC nos processos decorrentes das relações de consumo.....</b>	<b>35</b>
<b>4.2</b>	<b>A inversão do ônus da prova como reflexo da vulnerabilidade da pessoa jurídica e profissional.....</b>	<b>40</b>
<b>4.3</b>	<b>Análise jurisprudencial da vulnerabilidade e da inversão do ônus da prova nas lides envolvendo a pessoa jurídica e o profissional.....</b>	<b>45</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da caracterização da vulnerabilidade da pessoa jurídica e do profissional nas relações de consumo e quando estes demonstram os requisitos para a inversão judicial do ônus da prova, tendo em vista o entendimento teórico e jurisprudencial, especialmente do STJ, nos últimos dez anos.

O desenvolvimento tecnológico e econômico da sociedade tiveram seu start na Revolução Industrial, a produção artesanal passou a mecanizada, tal sistematização também modificou as relações de consumo, trazendo a impessoalidade para as relações, essa nova realidade, a do consumismo surpreende a todos até os dias de hoje, pois as possibilidades que envolvem a produção e comércio de produtos e serviços são incontáveis e exigem continuamente a atualização do ordenamento jurídico.

Por ter quem consome a sua vulnerabilidade reconhecida, buscou-se pela extensão desse entendimento também a pessoa jurídica e ao profissional, quando na relação figuram como destinatário final, bem como a possibilidade de estes se valerem da inversão do ônus da prova no processo quando reconhecida a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência, para que assim estes sujeitos adquirissem um meio de se defender juridicamente.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) ao propor a defesa do consumidor, veio ao encontro de uma fragilidade em comum, a de quem consome, quer seja ele pessoa física, jurídica ou profissional, que em sua necessidade de adquirir um produto para uso próprio ou para o emprego de sua atividade necessita confiar na qualidade daquilo que adquiriu, ou pelo menos da garantia de que se prejudicado terá meios de ser restituído.

Como objetivo, o trabalho pretende promover um estudo aprofundado do tema, no intuito de analisar a incidência do Princípio da vulnerabilidade, quando o sujeito que busca a tutela do Estado se tratar de pessoa jurídica ou profissional e também buscar a possibilidade de inversão do ônus da prova nas lides envolvendo esses sujeitos, conforme o atual entendimento dos tribunais.

No primeiro capítulo será abordado a Teoria Geral do Direito do Consumidor e o início das discussões acerca desse tema no mundo, assim como a questão da crescente desigualdade entre consumidores e fornecedores, também será abordado



o papel que o Estado terá na regulação dessas relações de consumo, e ainda será tratada a identificação dada pela doutrina aos sujeitos da relação de consumo.

No segundo capítulo será feito um estudo especial do Princípio da vulnerabilidade e a sua relevância no Direito do consumidor, bem como o seu reconhecimento nos negócios que envolvem a pessoa jurídica e o profissional enquanto consumidor, dessa forma também se fará uma análise da interpretação finalista aprofunda ou mitigada como a atual teoria utilizada pelos tribunais.

No terceiro capítulo serão estudadas as influências da Lei nº 7.347/85 e do Código de Processo Civil (CPC) nos processos decorrentes das relações de consumo, ainda será feita uma análise dos requisitos para a inversão do ônus da prova nos processos decorrentes de lides que envolvem consumidores, e por fim, será pesquisado na jurisprudência a incidência do Princípio da vulnerabilidade e como ocorre essa distribuição dinâmica do ônus da prova quando o consumidor for pessoa jurídica ou profissional.

A relevância do assunto consiste na questão de ser o tema cotidiano e que envolve toda a sociedade, nesse caso coloca a atenção no campo dos negócios, como por exemplo, a vulnerabilidade dos inúmeros profissionais liberais e pessoas jurídicas de pequeno porte que necessitam adquirir produtos e serviços de grandes fornecedores.

Com um viés voltado a esses consumidores, busca a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a consolidação de garantias aos negócios jurídicos promovendo uma interpretação extensiva do Direito do consumidor a pessoa jurídica e aos profissionais enquadrados como vulneráveis.

Para a elaboração desta monografia utilizou-se a pesquisa bibliográfica, na qual foram realizadas seleções de livros, artigos e jurisprudência, bem como a leitura da doutrina acerca do assunto, a partir da qual ocorreram constatações a respeito da evolução do Direito do consumidor no Brasil e também comparações entre as principais teorias apresentadas por conhecidos autores no assunto e que são realidade nos julgados. Dessa forma oportunizou o esclarecimento da problemática que envolve a questão da existência ou não da vulnerabilidade da pessoa jurídica e profissional, e os reflexos desse entendimento no processo, bem como seus resultados nos julgados.

## **2 O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO E OS CONSEQUENTES REFLEXOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS**

O consumo é como regra o impulso que movimenta toda a sociedade, especialmente as sociedades capitalistas, como ordem é a partir da criação da demanda que se terá produção e comércio e, portanto a criação de empregos, o desenvolvimento tecnológico, bem como a captação de impostos que possibilitam as políticas públicas e o consequente desenvolvimento social.

Como objeto de estudo é de importância relevante, porque embora seja considerado regrado por uma norma avançada e exemplar, pode-se constatar que o interesse legislativo no consumo é recente e deve ser presença constante nas discussões, seja para reafirmar conceitos indispensáveis, ou para acompanhar o avanço das técnicas de produção e comércio da sociedade, que são uma realidade constante e que evidentemente refletem na vida das pessoas.

### **2.1 A busca pelo lucro em detrimento do mais fraco**

A sociedade se organizou de modo à melhor suprir as suas necessidades de desenvolvimento, desde os primeiros registros históricos pode-se visualizar que o homem se apropriou da natureza e de suas matérias primas para o seu sustento.

O uso da natureza é inerente ao ser humano, as necessidades fisiológicas iniciam no nascimento e se perpetuam até o fim da vida, é correto afirmar que toda a pessoa consome, seja qual for a sua classe social, entretanto algumas pessoas, por motivos variados irão consumir mais que as outras. (ALMEIDA, 2002).

As necessidades do ser humano, unidas a popularização da cultura do consumo formaram uma soma que resultou no uso desmedido dos recursos naturais, enquanto que as necessidades das pessoas foram multiplicadas pelos mecanismos de persuasão e tornaram-se incontáveis, os recursos do ecossistema não conseguiram acompanhar esse aumento, pois estes recursos são finitos. (GRINOVER, 2004).

O mundo se dividiu em unidades socialistas e capitalistas, sendo que o capitalismo prevaleceu e inaugurou uma nova era, na qual a livre iniciativa, a busca pelo lucro e o acúmulo pessoal se tornaram suas características principais, esses

atributos foram os chamarizes desse sistema, sem falar na menor interferência do Estado nos assuntos comerciais e empresariais.

O desenvolvimento de mecanismos tecnológicos e científicos mudou o panorama da produção, modificando a produção de artesanal para a produção em larga escala, a Revolução Industrial destacou a fabricação da comercialização e o que antes era produzido e comercializado por uma mesma pessoa, passou a envolver um maior número de indivíduos, tudo para aumentar a produção e o comércio e conseqüentemente maximizar os lucros. (CAVALIERI FILHO, 2011).

A aglomeração da população ao entorno das indústrias e dos centros comerciais formaram um movimento em cadeia, ao mesmo tempo em que a população trabalhava na produção de bens, também a consumia e assim formavam a demanda de que os empresários necessitavam, as cidades se tornaram um campo próspero para iniciativas e novos empreendimentos. (CAVALIERI FILHO, 2011).

Após o término da Segunda Guerra Mundial, vislumbrou-se um novo modelo de comércio e uma mudança relevante na estrutura econômica dos países capitalistas. Observou-se grande avanço tecnológico na área militar e, sobretudo uma modificação no modo de comercializar produtos e angariar clientes, com elementos como a indústria dos bens de consumo em massa, a massificação do crédito e a expansão da atividade publicitária. (MIRAGEM, 2014).

A massificação dos contratos foi um divisor de águas no sentido de potencializar o uso de práticas agressivas de contratação, com a persuasão do sujeito que consome, restringindo o seu conhecimento do negócio do qual participava e limitando a sua participação ao aceite ou não das exigências da parte que propunha o negócio. (MIRAGEM, 2014).

Segundo Marques (2014) em meio a essa comercialização em massa vislumbrou-se a questão das condições gerais dos contratos, que se destacam como meio de operacionalizar a contratação em escala, através de cláusulas homogêneas e racionalizadas que propunham uma maior praticidade ao proponente e a segurança que a disposição unilateral oferece, esses contratos se apresentam como um fenômeno da contratação moderna e pode-se observar o quão são predominantes até os dias de hoje, sobretudo nas contratações de empresas que tem supremacia econômica.

Nessa nova era de negócios a publicidade abriu possibilidades nunca antes conhecidas, até a pouco tempo não se tinha a noção dos seus reflexos no campo

jurídico, as inovações tecnológicas na área da informação fizeram o contato com as pessoas ficar mais fácil e assim oportunizar a propaganda em larga escala, foi através da publicidade que o fornecedor pode apresentar o seu produto, demonstrar suas qualidades e vantagens, é pela propaganda que se aguça o desejo de consumir. (MARQUES, 2014).

A abertura de crédito foi um meio de alavancar a comercialização, uma vez que permitiu a movimentação de produtos e serviços, sua proposta era a facilidade em adquirir mercadorias, propagada através da cultura do consumo e envolver os consumidores numa ideia de necessidade, além de mobilizar toda a cadeia produtiva, o fornecimento de crédito gerou outra oportunidade de negócio, a oportunidade dos negócios financeiros.

Todas essas inovações que ocorreram ao longo dos anos modificaram e muito as relações, a produção e comércio expandiram, aumentando o nível de complexidade nas negociações, ficou evidente a abertura de brechas para situações ainda não conhecidas, como haviam muitas novidades e possibilidades de negócios, não se tinha ainda o alcance normativo necessário, nessas relações a participação do Estado estava ficando cada vez menor. (ALMEIDA, 2002).

A criação de mecanismos modernos de comercialização e a falta de alcance normativo da época estavam fugindo do controle e repercutiam de forma negativa na vida das pessoas, havia um desequilíbrio que atingia em cheio a população, a integridade de uma coletividade estava em risco, o poder diretivo e econômico estava se concentrando em um lado. (ALMEIDA, 2002).

Ocorre que todo esse desenvolvimento, que incentivou empreendedores e levou ao acúmulo de riquezas, também abriu brecha para a exploração do vulnerável, as relações econômicas, tão necessárias ao desenvolvimento social, na medida em que se concretizavam, mostravam um desequilíbrio não suportável a uma das partes, que é aquela que não possui um aprimorado conhecimento técnico ou poder econômico. (CAVALIERI FILHO, 2011).

Essa parte vulnerável nas relações se apresenta como o consumidor que adquire um bem de outrem por necessidade, muitas vezes sem oportunidade de escolha, pois não é possível dispor da toda a tecnologia para produzir tudo aquilo que é preciso para viver, e ultrapassando o campo das necessidades primárias produzir ainda, todo o aparato para competir comercialmente no campo dos negócios. (CAVALIERI FILHO, 2011).

A vantagem experimentada por quem teve ganhos com esse modelo foi considerável, a obtenção de poder econômico e conhecimento técnico causou um distanciamento entre quem disponibiliza o produto e quem de fato faz o seu uso, com essa disparidade, a afinidade com o campo dos negócios foi determinante pois empoderou o detentor do maior acúmulo econômico e este passou exercer um controle sobre os grupos vulneráveis.(MIRAGEM, 2014).

Com a justificativa da competição para o desenvolvimento, foi aberto o caminho para a exploração, que se deu por diversas formas, dentre elas a exploração da mão de obra, a exploração ambiental e também a exploração do consumidor, todos estes grupos acabaram por necessitar de mais proteção jurídica. (CAVALIERI FILHO, 2011).

A desigualdade adquiriu caráter significativo, mostrando-se uma preocupação de ordem pública, com profundos reflexos na ordem econômica e impôs a sua discussão como tema necessário para a resolução de conflitos sociais, o reconhecimento da fragilidade da população, foi um marco para o entendimento que interesses difusos e coletivos estavam sendo segregados. (ALMEIDA, 2002).

Foi a partir do século XX que se inaugurou uma nova era de direitos, direitos esses que se fizeram necessários em vista de todo esse desenvolvimento, não se conseguia mais a devida tutela do Estado com a cartela de direitos até então disponível, sendo necessário também o avanço do ordenamento jurídico. (CAVALIERI FILHO, 2011).

## **2.2 O reconhecimento da necessidade da proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro**

A troca de mercadorias foi uma das primeiras práticas da sociedade, sem os meios de comercialização que são conhecidos, o modelo econômico não seria este, não há como imaginar uma realidade sem a possibilidade de comprar e vender, fazer trocas e empréstimos, o sentido de se viver em comunidade é justamente o de estar entre semelhantes para que um supra o que falta para o outro. (MARQUES, 2014).

A negociação como forma de interação foi o meio que os interessados se utilizaram para chegar a um termo que satisfizesse as expectativas de ambos, utilizaram-se do livre uso de métodos de convencimento como meio de busca a um

consenso, tentando dessa forma ultrapassar as suas carências que eram barreiras para o desenvolvimento e que unidas a lacunas normativas, resultaram numa infinidade de possibilidades de acordos. (CAVALIERI FILHO, 2011).

Para se assegurar uma mínima ordem, foi preciso pregar pela equiparação de forças e pela segurança do negócio, quando se fala em obrigações o acerto das atribuições de cada parte no negócio ocorre geralmente na presença de ambas as partes e a prestação de fato da obrigação poderá ocorrer em um momento posterior e para conseguir um mínimo de segurança foi preciso contar com mecanismos para dar aos obrigados alguma segurança jurídica. (MARQUES, 2014).

Se tudo se resumisse a negociações que resultassem em acordos satisfatórios a ambas as partes ou não houvesse a necessidade de se colocar nessa conta uma grande quantia de variáveis, tudo seria muito fácil, o procedimento seria padrão para todos e as relações de consumo estariam plenamente seguradas pelo direito privado com seus princípios da autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e responsabilidade fundada na culpa, no entanto essa matemática não pode ser aplicada discricionariamente, uma vez que nem tudo é estático, cada situação é diferente, assim diferem-se também os negócios e as condições que cada parte apresenta. (CARVALIERI FILHO, 2011).

Com um cenário de disparidade movido por diferenças relacionadas ao poder econômico, aprimoramento técnico, afinidade negocial e ampliado por uma falta de regramento jurídico que resultou em uma vasta desigualdade e valendo-se ainda da plena liberalidade, que ora foi tão importante para o desenvolvimento, o meio empresário e comercial se mostrou eficiente em criar meios de se beneficiar em prejuízo de quem adquiria seus produtos e serviços. (CARVALIERI FILHO, 2011).

Como remédio para essas desigualdades o Estado usou da diminuição da liberdade individual em prol de um interesse maior e precisou tomar um partido, interferindo de forma a equilibrar as forças, o Estado reconheceu o desequilíbrio entre fornecedores e consumidores com intuito de preservar direitos fundamentais e promover um desenvolvimento econômico e social justo, com segurança e equitatividade. (FILOMENO, 2001).

A segregação do consumidor era um problema vislumbrado em vários países, em especial pelos desenvolvidos ou em fase de desenvolvimento, pelo alcance dos efeitos na sociedade e que atingiam a um contingente de pessoas, acabou por

chamar a atenção de líderes mundiais e de importantes organizações de defesa e discussão de direitos humanos. (ALMEIDA, 2002).

As primeiras conversas sobre o assunto “proteção do consumidor” iniciaram, nos Estados Unidos a partir do discurso do presidente John Kennedy em 1962 ao referir os preceitos básicos, hoje consagrados do Direito do consumidor, sendo eles: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido. (MIRAGEM, 2012).

A grande novidade foi o entendimento que se teve na época da condição de consumidor da qual toda a sociedade faz parte e que era necessário fazer uma reflexão social, jurídica e econômica sobre o assunto, dessa forma alcançou-se um aspecto ainda antes não reconhecido publicamente que era a fragilidade de um sujeito frente a situações das quais não tinha controle e que se transformava por ser uma fragilidade em comum com outros indivíduos numa questão relacionada à sociedade em geral. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

Posteriormente na Conferência Mundial do Consumidor em 1972, os preceitos deflagrados por Kennedy se afirmaram ainda mais. Nessa onda de reconhecimento da necessidade da proteção do consumidor a Assembléia da Comunidade Européia aprovou a Resolução 543, que originaria a Carta Européia de Proteção do Consumidor que previa a prevenção e a reparação dos danos sofridos pelo consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2011).

Outro avanço normativo foi a intervenção da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, que no ano de 1973 em sua 29ª sessão em Genebra, levantou a bandeira da defesa do consumidor e reconheceu direitos básicos desse grupo, como o direito a segurança, à integridade física, à intimidade, à honra, à informação e o respeito à dignidade humana. (CAVALIERI FILHO, 2011).

Com o objetivo de diminuição da disparidade entre consumidor e fornecedor em 1985 a Organização das Nações Unidas expediu a Resolução 39\248 de 16 de abril, com as seguintes metas, Miragem (2012, p.33):

- a) a proteção dos consumidores frente aos riscos para a sua saúde e segurança;
- b) a promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores;
- c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes fazer eleições bem fundadas conforme os desejos e necessidades de cada qual;
- d) a educação do consumidor; incluída a educação sobre a repercussão ambiental, social e econômica que tem as eleições do consumidor;
- e) a possibilidade de compensação efetiva do consumidor;
- f) a liberdade de constituir grupos ou outras organizações pertinentes de

consumidores e a oportunidade para essas organizações de fazer ouvir suas opiniões nos processos de adoção de suas decisões que as afetem; g) a promoção de modalidades sustentáveis de consumo;

Essa resolução traçou preceitos pontuais e distintos, amplamente aceitos nas sociedades capitalistas, uma vez que é nesse tipo de arranjo econômico que se tem a indústria e o comércio mais desenvolvido e, portanto existe um maior risco de serem cometidos excessos. Como avanço para a proteção do consumidor a resolução estabeleceu que se tratava de um direito de nova geração, um direito econômico e social e que fazia o sujeito mais fraco alcançar um par de igualdade frente a oposição forte dos fornecedores, traçando efetivamente meios para garantir a igualdade material do leigo nos negócios. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

No Brasil o Direito do consumidor é algo relativamente recente, antes de se ter uma Constituição que trazia como princípio a proteção do consumidor ou ter um código específico para isso, usava-se o Código Civil e Comercial, os primeiros debates sobre esse tema no país foram por volta dos anos 1971 a 1973 com discursos políticos que chamavam a atenção para o problema social das relações de consumo. (ALMEIDA, 2002).

Embora ainda esparsa, a legislação que tratava de assuntos relacionados ao consumidor ganhava alguma forma no Decreto nº 22.626 de 1933 em que foi tratada a questão da reprimenda da usura. A Constituição de 1934 trouxe a proteção à economia popular e em um momento posterior os Decretos-Leis de 869 e 9.840 respectivamente dos anos 1938 e 1946, trouxeram novamente a questão da economia popular, a Lei de Economia Popular produz efeitos até os dias de hoje por estar em vigência, ainda em 1962 foram somados ganhos com a promulgação da Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico, ficou visível que a criação dessas leis demonstrava o interesse do Estado nas relações de consumo. (ALMEIDA, 2002).

Avanços significativos em relação ao reconhecimento dos direitos do consumidor ocorreram por volta do ano 1985, com criação da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor pela Lei n. 7.347 e também pelo Decreto Federal nº 91.469, alterado pelo Decreto 94.508 de 1987, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, cuja função era orientar o presidente da República na “formulação e condução da política nacional de defesa do



consumidor, com competência bastante extensa, mas sem poder coercitivo.” (ALMEIDA, 2002, p.11).

A consagração do Direito do consumidor no Brasil se dá com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor no ano de 1990, tendo a norma de ordem pública fundamentação no art. 5º inciso XXXII e no art. 170, inciso V da Constituição Federal.

Art. 5º, XXXII. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Art. 170. A ordem econômica, fundamentada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V- defesa do consumidor; (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

O Direito do consumidor como princípio constitucional, alcançou um patamar de garantia palpável, e assim se fez presente como um alicerce do ordenamento jurídico, se destacando em meio a outras tantas normas como um paradigma para a igualdade e dignidade, trazendo mais elementos louváveis a essa Constituição tão celebrada. (MIRAGEM, 2012).

Já disse o autor Nunes (2009, p.9): “Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao *edifício jurídico*. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper.”

A importância do art. 5º inciso XXXII e do art. 170, inciso V da Constituição Federal serem elencados como princípios, se dá pelo reconhecimento jurídico que adquiriram, por nortear todo o posicionamento de uma nação e afastar tentativas de desvirtuar esse entendimento, uma vez que reconhecido como princípio uma concepção adquire caráter de condição a manutenção do ordenamento jurídico.

A disposição do Direito do consumidor como direito fundamental, foi e ainda é considerada de suma importância sendo amplamente defendida sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro por autores como Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 31):

Nota-se aqui a importância da Constituição brasileira de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direito, o consumidor, individual e coletivo, e assegurado sua proteção constitucionalmente, tanto como direito fundamental no art.5º, XXXII, como princípio da ordem econômica nacional no art. 170, V, da CF/1988. Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores do Brasil, pois no art.48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encontra - se o mandamento (*Gebot*) para que o legislador ordinário estabelecesse um Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o que aconteceu em 1990. É Lei 8.078, de 1990, que aqui será chamada de Código de Defesa do Consumidor e abreviada por CDC.

A promulgação do Código de Defesa Consumidor, vem a ser o meio pelo qual serão promovidas as disposições Constitucionais, operacionalizando os princípios, abrigando toda a ideia de proteção do consumidor, guiando as interpretações e por consequência fazendo de fato o Direito do consumidor acontecer. (CAVALIERI FILHO, 2011).

O Código de Defesa do Consumidor propõe uma interdisciplinaridade entre as esferas civil, penal e administrativa pretendendo a sua plena aplicação, é também uma norma de ordem pública, com viés de direito privado e direito público e fundamentalmente possui uma função social (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.54).

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de *função social*, traz normas de direito privado, mas de ordem pública (direito privado indisponível), e normas de direito público. É uma lei de ordem pública econômica (ordem pública de coordenação, de direção e de proibição) e lei de interesse social (a permitir a proteção coletiva dos interesses dos consumidores presentes no caso), como claramente especifica seu art. 1º, tendo em vista a origem constitucional de lei.

Como lei por apresentar caráter inter e multidisciplinar e possuir aspectos de um microssistema jurídico, demonstra uma nova visão da aplicação da norma, uma vez que atualiza antigos institutos jurídicos e trata de situações que também estão normatizadas no Direito constitucional e Direito processual, além dos já mencionados Direito civil, penal e administrativo. (GRINOVER, 2004).

Através da ocorrência das relações se verificou a necessidade da criação do microssistema jurídico do Direito do consumidor para abranger toda a gama de oportunidades de ser o consumidor colocado em situação de desvantagem, pois se não fosse a finalidade de unir as normas, criando o microssistema, não teria o Direito do consumidor razão de existir, uma vez que os Códigos Civil e Penal anteriormente ao Código de Defesa Consumidor já regulavam as relações primordiais entre as pessoas físicas e jurídicas. (GRINOVER, 2004).

### **2.3 A delimitação dos componentes da relação de consumo**

A incidência de uma norma irá depender de um fato ou relação entre indivíduos e que essas situações produzam efeitos jurídicos, o termo “relação

jurídica” é um conceito fundamental da Ciência do Direito e no Direito do consumidor ocorrerá quando se vislumbrar um ato de consumo que no caso será uma relação jurídica com legislação específica para o seu tratamento, o Código de Defesa do Consumidor. (CARVALIERI FILHO, 2011).

No cotidiano quando acontecem os negócios, sobretudo os oriundos de necessidades de consumo, devem ser identificados primordialmente dois sujeitos com características distintas, o consumidor e o fornecedor, para então se aplicar as normas regentes das relações de consumo, assim define o autor Cavalieri Filho (2011, p.56):

O Código do Consumidor,[...] tem um campo de aplicação abrangente e difuso, que permeia todas as áreas do Direito onde ocorrem as relações de consumo. Não obstante, ele é uma lei especial em razão dos seus destinatários (*ratione personae*), porque só é aplicável aos consumidores e fornecedores em suas relações.

A partir do exame do código pode-se considerar que não há texto que trate da relação de consumo propriamente dita, e sim, a identificação do fornecedor e daquele sujeito que adquire o produto ou usa o serviço como último destinatário, assim afirma Miragem (2014, p.143): “É preciso referir que, de acordo com a técnica legislativa adotada no direito brasileiro não existe no CDC uma definição específica sobre o que seja *relação de consumo*.”

Reconhecer no cotidiano a relação de consumo é fundamental para se garantir a aplicação das normas de defesa do consumidor, ao que parece o Código de Defesa do Consumidor procurou facilitar a caracterização dessa relação tendo em vista as múltiplas possibilidades de negócios, através das disposições a respeito dos sujeitos envolvidos, que são o consumidor e o fornecedor, e nessa tentativa também delimitou os objetos da relação que são o produto e o serviço, dessa forma disponibiliza para o aplicador todas as partes fundamentais da relação, e deixa para ele a tarefa de aplicar no caso concreto os conceitos que disponibilizou. (MIRAGEM, 2012).

O Código de Defesa do Consumidor em seu Art. 2º estabelece que: “Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>). Essa conceituação deu abrigo a dois tipos de consumidores, a pessoa física e também a pessoa jurídica que adquire e utiliza produtos, a única exigência que se deve

observar é em relação ao uso do bem de consumo que deverá ser exaurido. (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2012).

O legislador no conceito de consumidor tentou através da última exigência traçar um meio de distinguir o consumidor de fato de outros sujeitos que fazem parte das relações civis, no entanto em vista das peculiaridades do cotidiano, foi necessário um exercício de interpretação desse conceito para que abrangesse a todas as especificidades das relações de consumo, diminuindo as lacunas que estavam surgindo. (NUNES, 2009).

Essas lacunas diziam respeito a situações que não se encaixavam perfeitamente na terminologia do artigo e que geraram controvérsias na doutrina e jurisprudência, caso da interpretação do termo “destinatário final” que no artigo está disposta dessa maneira, mas que mais tarde se desdobrou em outros três entendimentos, o entendimento de destinatário final fático, destinatário final econômico e de destinatário final fático e econômico. (CARVALIERI FILHO, 2011).

Uma peculiaridade que pode ser observada nas relações de produção e comércio é que ainda que se tenha a compra e venda de objetos, ou o uso de um serviço, nem sempre haverá a relação de consumo, podendo se tratar de uma relação regida pelos Códigos Civil e Comercial, ou seja, dependendo da situação nem todas as relações onerosas estarão abrigadas pelo CDC, como ensina Benjamin, Marques e Bessa (2012, p.86):

[...] a definição subjetiva neste novo direito privado solidário é racional: assim um leigo, um civil frente a outro civil, será uma relação puramente de direito civil; o mesmo civil frente a um empresário, ou fornecedor, será uma relação de consumo; e este empresário ou profissional, talvez no mesmo tipo contratual de compra e venda, de transporte de coisas, de mandato, se frente a outro empresário ou profissional, será uma relação empresarial ou do antigo direito comercial.

Nesse sentido pode-se analisar diversos casos em que ocorre a comercialização de bens e serviços, por exemplo, se a negociação de algo se dá entre dois cidadãos comuns, ambos estando em situação de igualdade, não há a visualização de vulnerabilidade de um em relação ao outro, pois não existe a figura do fornecedor, da mesma forma é a situação de empresas com negócios de um mesmo segmento que comercializam produtos e serviços entre si, nesse cenário também não haverá a configuração da superioridade em relação a uma das partes,

pois trata-se de um negócio entre iguais não sendo necessária a incidência do CDC. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

No intuito de proteger o sujeito vulnerável o CDC ampliou o manto de sua proteção para a pessoa jurídica e o profissional e para o sujeito que não necessariamente adquire o produto, mas que sofre os efeitos deste, caso do terceiro vítima de um acidente de consumo e também o caso da equiparação da coletividade que por vezes sofre com efeitos dessas relações. Tais previsões estão nos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29 do CDC:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. 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; (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ao referir-se ao consumidor, o CDC determinou que poderiam se valer de sua proteção, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, desde que adquirissem e usassem do produto ou serviço como destinatário final, há duas outras situações que podem ser identificadas a partir desse conceito e dão a entender que um consumidor pode adquirir o produto mas não o utilizar, ou então que o consumidor pode não pessoalmente adquirir o produto ou serviço mas que por circunstâncias diversas faz uso e sofre os efeitos deste. (NUNES, 2009).

No que tange a inclusão das pessoas jurídicas enquanto merecedoras da proteção do CDC, o que se viu foram diversos debates, demonstrando que tal disposição gerou dúvidas, porque muito embora as pessoas jurídicas e profissionais adquiram produtos e serviços, nem sempre elas esgotam sua utilidade, e repassam tanto o produto como o valor final ao consumidor pessoa física.

Mas pode-se afirmar que sim, há ocasiões que pessoas jurídicas e profissionais esgotam a utilidade de um produto ou serviço por serem consumidores de bens de consumo totalmente alheios a sua atividade fim, nesse sentido Almeida (2002, p.37) diz que: “Em princípio, toda e qualquer pessoa física ou jurídica pode ser havida como consumidora”.

Buscando esclarecer melhor o tema formaram-se interpretações teóricas, cuja finalidade é delimitar o sujeito protegido pelo código, sendo elas: a interpretação maximalista, a interpretação finalista e a finalista mitigada ou aprofundada.

A primeira interpretação a ser apresentada, a chamada interpretação maximalista propõe uma interpretação ampla do que é considerado destinatário final e estabelece que o CDC deverá tutelar as relações de consumo de maneira geral e não somente as que envolvem o consumidor familiar.

A interpretação maximalista quer estender a proteção à pessoa jurídica que adquire produtos para empregar em sua atividade, também ao Estado que necessita de implementos para prestar os serviços à população, e ao profissional liberal que necessita de material para desempenhar a sua função, entre outros.

O autor Miragem (2012) cita Marques (1999) nesse sentido:

Como anota Claudia Lima Marques, os maximalistas percebem nas normas do CDC, “o novo regulamento de consumo brasileiro, e não normas para proteger somente o consumidor não profissional”. (MARQUES, 1999 citado por MIRAGEM, 2012, p. 129, grifo do autor).

Convém salientar que para essa interpretação importa o conceito de destinatário final fático e não de destinatário econômico, o que significa que o consumidor pessoa jurídica e profissional poderia adquirir o produto ou serviço e fazer o emprego em sua atividade, repassando posteriormente o valor daquilo que consumiu ao cliente final do seu produto ou serviço, tal entendimento era visto como tendência nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ). (MIRAGEM, 2012).

A interpretação finalista já é menos abrangente, propõe proteger o consumidor familiar, aquele não profissional, na contramão do que preceitua o art.2º do CDC e, portanto excluir a pessoa jurídica das relações de consumo, restringindo a proteção a aquele consumidor que retira o produto do mercado e extingue a sua função econômica, não permitindo a obtenção do lucro com ele sendo, portanto destinatário final fático e econômico como expõe Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 90):

Esta interpretação restringe a figura de consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

Em meio a tantos entendimentos e na tentativa de encontrar um norte para a aplicação do CDC, formou-se uma terceira e nova interpretação, a chamada interpretação finalista mitigada ou aprofundada, que propõe a proteção daquela pessoa jurídica ou profissional que adquire um produto ou serviço alheio a sua

atividade fim como destinatário final fático, nessa situação o consumidor pessoa jurídica ou profissional será o destinatário final fático, mas não sendo tecnicamente, destinatário final econômico, uma vez que direta ou mesmo indiretamente, acaba repassando o custo do produto para o consumidor final.

Nesse sentido Miragem (2012) dispõe:

*Nosso entendimento é de que consumidor é pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático e econômico, isto é, sem reempregá-lo no mercado de consumo com o objetivo de lucro. Admite-se, todavia, em caráter excepcional, que agentes econômicos de pequeno porte, quando comprovadamente vulneráveis, e que não tenham o dever de conhecimento sobre as características de um determinado produto ou serviço, ou sobre as conseqüências de uma determinada contratação, possam ser considerados consumidores para efeito de aplicação das normas do CDC. (MIRAGEM, 2012, p. 121, grifo do autor).*

Esse entendimento tem sido a base para as atuais decisões do Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que a parte litigante se tratar de pequenos empresários, profissionais liberais e até cooperativas de agricultores sempre que apresentem vulnerabilidade técnica, fática ou jurídica. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

A proposta desse entendimento é no sentido de que aquele que busca a tutela do Estado, a pessoa jurídica ou profissional, não atue no âmbito da especialidade daquilo que adquiriu, e quando configurado esse distanciamento entre fornecedor e consumidor, possa ser conhecida a vulnerabilidade. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

Enquanto que a conceituação de consumidor é permeada por muitas variáveis, quando se fala em fornecedor esta é melhor delimitada pelo art. 3º do CDC, no entanto carece do parágrafo segundo para concluir o entendimento de que se faz essencial o requisito da remuneração para a existência da relação de consumo.(MIRAGEM, 2014).

*Art.3.º 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. § 2.º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações trabalhistas. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).*

O fornecedor enquanto parte da relação de consumo pode ser identificado de diversas maneiras, o legislador cuidou para que isso acontecesse, quando enumerou os sujeitos que poderiam exercer as atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Dessa forma citou a pessoa jurídica, que por si só já engloba uma parte considerável dos fornecedores, como por exemplo, as empresas públicas prestadoras de serviços, as empresas oriundas de outros países, multinacionais e franquias que comercializam seus produtos no país e ainda os entes despersonalizados, como no caso da massa falida, que antes de sua efetiva decretação, possivelmente ainda efetuou negócios. (NUNES, 2009).

A pessoa física enquanto fornecedor está disposta de forma a acolher em seu grupo um grande número de espécies, como o profissional liberal que presta serviços, também aquele profissional, que embora não seja liberal presta serviços de jardinagem, de eletricitista, instalador, entre outros ou então a pessoa física que rotineiramente ou que por temporadas produz e comercializa produtos. (NUNES, 2009).

Ainda há uma situação ambígua, que é a da pessoa física que comercializa produtos em um local estabelecido, que possui uma clientela, negociando de modo rotineiro, muitas vezes com empregados, mas que não está regularizado. (NUNES, 2009).

Assim nos ensina Alcantara:

Todos aqueles que estiverem envolvidos na relação de consumo, direta ou indiretamente, serão considerados fornecedor, sendo que cada qual vai responder conforme as responsabilidades que lhe são atribuídas por lei. (ALCANTARA, 2017, p.119).

Por fim vale destacar a disposição existente no código a respeito da prestação de serviços públicos, serviços que são prestados direta e indiretamente e que estão abarcados no entendimento da pessoa jurídica enquanto fornecedor. Os serviços públicos estão previstos no CDC no art. 22:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos



essenciais, contínuos. Parágrafo Único. Nos casos de descumprimento da lei, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumprir-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ao disciplinar a prestação dos serviços públicos, a norma englobou todos os tipos de contratação que se pode ter com a Administração Pública para prestação serviços a sociedade, nesse aglomerado se encontram as autarquias, as empresas públicas, fundações e as sociedades de economia mista, que possuem o dever de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quando essências de forma contínua. (NUNUES, 2009).

Quando se fala em produto, o CDC o trata pela denominação adequada, pois faz referência a terminologia de bem, sendo esse conceito de entendimento universal, podendo ser utilizado por todos os tipos de fornecedores de produtos ou serviços do mercado. (NUNES, 2009).

O art. 3º, parágrafos 1º e 2º dispõe que tudo aquilo que é material e imaterial e ainda a prestação de serviço que licitamente pode ser comercializado, poderá ser entendido como produto e serviço, excluindo-se a relação de emprego. (ALCANTARA, 2017).

§ 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. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

O produto ou o serviço é o motivo pelo qual a relação jurídica ocorreu, ele é fruto da necessidade do consumidor, e a partir de sua troca onerosa é que se terá as obrigações que fundam o Direito do consumidor, a maneira com que são fabricados os bens de consumo e a forma como é realizada a prestação dos serviços, bem como o meio pelo qual são negociados e os efeitos decorrentes do seu uso é que originaram a demanda para o qual foi criado o CDC. (CAVALIERI FILHO, 2011).

### **3 A VULNERABILIDADE COMO CONDIÇÃO PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**

A produção e comercialização de produtos e serviços é constante na sociedade, não há sujeito que nunca comprou ou vendeu algo, como visto, pode haver a compra e venda de algum produto entre cidadãos em uma mesma situação de igualdade, pode existir também a compra e venda de produtos e serviços entre cidadão e pessoa jurídica ou o uso de serviços de entidades públicas, desse forma também ocorre com a pessoa jurídica e profissional quando adquire produtos e serviços de outra pessoa jurídica e também das entidades públicas.

As normas protecionistas do CDC não serão aplicadas indiscriminadamente nas situações que envolvem a compra e venda de produtos e serviços, e dependerão da visualização da desigualdade entre as partes, tanto quando se tratar de relações que envolvem cidadãos comuns como quando envolver a pessoa jurídica e profissional.

No decorrer deste capítulo serão abordadas as principais concepções em relação à norma jurídica protecionista que é o CDC no que tange a visualização da vulnerabilidade que permeia as relações de consumo, e principalmente as interpretações que fundamentam a proteção do consumidor pessoa jurídica e o consumidor profissional.

#### **3.1 Vulnerabilidade: princípio básico no direito do consumidor**

Ao vislumbrar as normas do ordenamento jurídico, podem-se encontrar dois meios de se impor condutas a sociedade, uma delas será por meio de regras e a outra é através de princípios. As regras conferem a aplicabilidade aos princípios, sendo dependentes destes, os princípios, entretanto, são independentes, existem por si só, e revelam a concepção geral da sociedade sobre um assunto, tem o princípio um caráter de mandamento jurídico do qual o legislador não pode se afastar. (MIRAGEM, 2014).

A legislação do consumidor possui como princípios gerais os seguintes descritos: Princípio da vulnerabilidade; Princípio da solidariedade; Princípio da boa-fé; Princípio do equilíbrio; Princípio da intervenção do Estado; Princípio da efetividade; Princípio da harmonia nas relações de consumo. (MIRAGEM, 2014).

Todos esses princípios são necessários para entender o Direito do consumidor e poder aplicá-lo de forma que produza os efeitos para o qual foi constituído.

A origem do Direito do consumidor se deu primeiramente e fundamentalmente para equilibrar as desigualdades oriundas da sociedade de consumo, a ideia que engloba todo o sentido da proteção do consumidor tem base na fragilidade que este apresenta em relação ao fornecedor, o princípio que faz frente a essa desigualdade é o Princípio da vulnerabilidade.

Já disse o autor Almeida (2002) em sua obra “A proteção jurídica do consumidor” que a vulnerabilidade deve ser tratada como um pressuposto fundamental para a tutela do consumidor:

A primeira justificativa para o surgimento da tutela do consumidor, segundo entendemos, está assentada no reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações de consumo. Como citado em linhas anteriores, **trata-se da espinha dorsal do movimento, sua inspiração central, base de toda a sua filosofia**, pois, se, a *contrário sensu*, admite-se que o consumidor está cômico de seus direitos e deveres, informado e educado para o consumo, atuando de igual para igual em relação ao fornecedor, então a tutela não se justificaria. (ALMEIDA, 2002, p. 22, grifo nosso).

O Princípio da vulnerabilidade visa proteger o consumidor, por este ser a parte mais fraca nas relações de consumo, essa desigualdade é clara e produz efeitos concretos, que decorrem de situações que demonstram a fraqueza do consumidor, mas que podem ser identificados na doutrina de maneiras distintas. (NUNES, 2009).

O Princípio da vulnerabilidade leva em consideração a disparidade de força entre as partes, considerando como parte mais fraca aquela privada de conhecimento técnico, desprovida de poder econômico e também deficiente de conhecimentos jurídicos. (CAVALIERI FILHO, 2011). Para Marques (2014), ainda existe uma quarta vulnerabilidade a chamada vulnerabilidade informacional.

A vulnerabilidade técnica, decorrente da falta de conhecimentos técnicos é aquela que o adquirente apresenta quando compra um produto ou adquire algum serviço, pois não possui o olhar apurado em relação ao bem como um especialista, o que dificulta a visualização dos atributos e dos defeitos do bem. Ela pode ser presumida para o consumidor comum, o não profissional, e também pode ser reconhecida no consumidor pessoa jurídica e profissional, mediante comprovação e quando o consumidor profissional está em situação de destinatário final fático. (MARQUES, 2014).

Como vulnerabilidade jurídica ou científica entende-se o não conhecimento jurídico, contábil e econômico do consumidor, que ocorre especialmente em contratos de adesão ou que contenham cláusulas gerais, ao contrário do fornecedor que geralmente tem assistência profissional, o consumidor pouco ou nenhum contato tem com esse meio, assim a vulnerabilidade jurídica para o consumidor comum é presumida, enquanto que para o consumidor pessoa jurídica ou profissional dependerá da demonstração no caso concreto. (MARQUES, 2014).

Em relação a vulnerabilidade econômica ou fática, a sua principal característica é a desigualdade econômica entre os componentes das relações de consumo, uma vez que o fornecedor possui um grande acúmulo de capital que reflete nos meios de convencimento do cliente, pode ser visualizada também na maximização dos lucros que decorre da otimização da produção, algo que nem sempre favorece o consumidor e posteriormente nas cobranças contratuais. Dá mesma forma essa vulnerabilidade para ser aplicada a pessoa jurídica e profissional dependerá de comprovação. (CAVALIERI FILHO, 2011).

Por último no entendimento de Marques (2014) existe ainda a vulnerabilidade informacional, que é o direito que o consumidor tem, por ser vulnerável, de saber o que está comprando e os riscos que esse produto ou serviço pode trazer, como exemplo traz a indústria dos medicamentos e a indústria do tabaco que tem sua publicidade regulada pelo art. 220 da Constituição Federal.

Quando se fala em vulnerabilidade, a que se ter em pauta o art. 4.º do CDC que dispõe a respeito de todos os direitos do consumidor como o respeito a sua dignidade, a saúde e segurança, a defesa de seus interesses econômicos, bem como a melhoria da qualidade de vida e harmonia e transparência das relações de consumo, em especial deve se atentar ao inciso I que elenca o reconhecimento da vulnerabilidade como princípio do Direito do consumidor e o constitui como “presunção legal absoluta”. (MIRAGEM, 2014).

Art.4.º A Política Nacional 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.** II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente do consumidor no mercado de consumo: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas, c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços

com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho; III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.170 de Constituição Federal), sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V – incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII – estudo constante das modificações do mercado de consumo. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>, grifo nosso).

O art. 4.º traz o Direito do consumidor enquanto Política Nacional e é considerado como a disposição que efetivamente traz os princípios a luz da sociedade, sendo o meio operativo pelo qual se alcançará a defesa do consumidor, tendo sido apontado como um dos artigos mais usados para se alcançar a proteção do consumidor. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

A vulnerabilidade da pessoa física é tranquilamente presumida e de ampla aceitação, não há o que se discutir, pois é claro que uma pessoa comum não terá o conhecimento técnico sobre tudo que consome, pode-se até esperar que leia algum manual ou que saiba a composição de algum produto, porém não se pode exigir dela que tenha o conhecimento técnico sobre tudo que adquire. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

Da mesma forma que se evoluiu em relação ao reconhecimento acerca da vulnerabilidade do consumidor comum, deve-se olhar para a pessoa jurídica e profissional, que embora figurem na maioria dos casos no lado daquele que tem a supremacia na relação de consumo, também consomem e apresentam vulnerabilidade quando, por exemplo, adquirem produtos e serviços para uso próprio, no entanto alheios ao seu ramo de negócio, para assim possibilitar a produção e comércio na sua atividade. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

Há correntes que criticam essa posição extensiva do legislador no art. 2º do CDC, e não entendem o Direito do consumidor enquanto protetor da pessoa jurídica e profissional, mas é necessário que se demonstre que sim, que a pessoa jurídica também precisa de garantias quando expostas aos riscos de adquirir produtos e serviço de terceiros e que os profissionais liberais e autônomos não se comparam a

grandes empresas, até porque o Direito do consumidor não encontra razão de existir somente quando tem numa relação às figuras da pessoa física ou jurídica e o fornecedor, mas de fato se configura pela constatação da vulnerabilidade no caso concreto. (CAVALIERI FILHO, 2011).

Espera-se da pessoa jurídica o conhecimento técnico de sua atividade fim, talvez algum conhecimento jurídico, mas não há como querer que uma empresa ou profissional tenha o conhecimento de todo o necessário para produção e comercialização de seus produtos, como por exemplo, o conhecimento da funcionalidade de uma rede elétrica ou telefônica, o conhecimento técnico sobre automóveis e caminhões e outros produtos e serviços fundamentais para qualquer atividade empresarial, nesses casos deve-se analisar o caso concreto e a possível vulnerabilidade que essa parte possa apresentar, como fica claro no entendimento de Miragem (2012, p.132):

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.

Vale também lembrar que pessoas jurídicas, não são apenas grandes empresas, detentoras de grande patrimônio e com possibilidade de ter em sua cartilha funcionários técnicos, pessoas jurídicas são também aquelas pequenas empresas, como o mercadinho do bairro, a boutique de roupas do centro, o salão de beleza, o lava carros que buscam a proteção do CDC em seu art. 2º, é admissível que pessoas jurídicas e profissionais nessas situações busquem a tutela do Estado, pois fica evidente a vulnerabilidade em que se encontram, estando à frente de fornecedores de produtos e serviços indispensáveis a sua atividade.

Ademais, cabe ressaltar que para o bom andamento dos negócios econômicos, são necessárias garantias que demonstrem a preocupação do Estado em promover a igualdade acima de tudo e quando isso transparece em normas, doutrina e políticas públicas o caminho para o desenvolvimento se torna um meio para conquistas sociais.

### 3.2 A interpretação finalista mitigada ou aprofundada

Para que sejam aplicadas as regras do Direito do consumidor é necessário que ocorra a relação de consumo, ou seja, que se tenha um fornecedor e um consumidor e que haja a troca de valores por bens ou serviços. (MIRAGEM, 2012).

Uma vez caracterizada a relação de consumo, tem-se duas figuras, o fornecedor que tem o conhecimento técnico do seu produto ou serviço, que conhece a composição e a técnica utilizada na fabricação e que detém o poder econômico.

Do outro lado, temos o consumidor, sujeito que precisa de inúmeros produtos e serviços para o seu cotidiano, que não possui meios de conseguir o conhecimento de tudo aquilo que consome e que está sujeito a competição de grandes fornecedores pelo lucro (NUNES, 2008). É razoável se esperar que o fornecedor tenha responsabilidade pelo produto que coloca no mercado, que prime por sua qualidade, porque é ele quem tem lucratividade.

Mas como nem tudo o que é esperado se concretiza, foi necessária a interferência do Estado para regular as relações entre fornecedores e consumidores, não é sem razão que a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 tem como nome Código de Defesa do Consumidor, pois foi de fato para a proteção do consumidor que ela foi criada.

Ao decorrer do tempo a tutela do consumidor foi repensada, de proteção alguma chegou ao status de Política Nacional e foi constituída de modo que abrigasse um sem fim de possibilidades, do consumidor comum, ao terceiro que sofre os efeitos e até a pessoa jurídica, podem se utilizar do CDC para enfrentar o mercado de consumo.

A pessoa jurídica e aqui também se incluem os profissionais liberais e autônomos estão contidas no art. 2.º do CDC por adquirirem produtos e serviços que por vezes originam demandas que necessitam de uma resolução jurídica, mas o questionamento que fica é o como e quando esses consumidores se utilizarão das normas do CDC.

Para se esclarecer essas dúvidas e buscando encontrar um meio termo para a tutela da pessoa jurídica e do profissional nas relações de consumo, surgiu uma nova interpretação, a **chamada interpretação finalista aprofundada**, também conhecida como **finalista mitigada**, que é uma interpretação mais abrangente que a interpretação finalista e um pouco mais seletiva que a interpretação maximalista.

Como novo entendimento tem se mostrado presente a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, estando nos pareceres do STJ e mostrando-se como nova alternativa a interpretação maximalista que era utilizada, como coloca Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 92):

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (art.4º, I), que poderíamos denominar aqui de *finalismo aprofundado*. (grifo do autor).

Essa interpretação tem como fundamento a demonstração da vulnerabilidade, que é o preceito crucial para a aplicação do CDC, não basta que ocorra a comercialização de um produto ou serviço, deve-se vislumbrar a debilidade da parte como enfatiza Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 92-93):

É uma interpretação finalista aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compre gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.

Como bem explicado por Benjamin, Marques e Bessa (2012) a interpretação finalista aprofundada ou mitigada, foi um avanço para o entendimento da relação entre CDC e a pessoa jurídica e profissional, de forma madura chegou ao entendimento de que não era correto excluir esses consumidores, e propôs um meio para que comprovassem a sua vulnerabilidade.

A importância dessa interpretação enquanto ferramenta de equilíbrio para aplicação do CDC nas relações de consumo da pessoa jurídica e profissional é comentada por autores como Marques (2014, p. 351) que diz; “[...] o STJ, em especial, desenvolveu interessante teoria de meio, que passo a examinar: o *finalismo aprofundado* ou *interpretação finalista aprofundada*”. (grifo do autor).

Por se tratar de uma linha de entendimento que busca o equilíbrio na aplicação das normas de proteção do consumidor, utiliza-se de critérios específicos e fundamentais na caracterização do consumidor enquanto sujeito vulnerável, de



forma que a pessoa jurídica ou profissional, enquanto destinatário final fático possa demonstrar na situação em concreto a sua condição de vulnerabilidade, e assim de forma legítima invocar a proteção do CDC.

**Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço. (MARQUES, 2014, p.343, grifo nosso).**

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO REQUERIDO. [...] 4. Este Tribunal formou jurisprudência no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre nas categorias de fornecedor ou destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica, autorizando a aplicação das normas prevista no CDC. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ. 2.1. Na hipótese, o Tribunal de origem, com base nas provas carreadas aos autos, concluiu pela caracterização da vulnerabilidade da pessoa jurídica. Incidência da Súmula 7/STJ. AgInt no AREsp 1218885 / MG AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0316666-2, julgado em 07/06/2018. (grifo nosso).**

Muito embora possa ser subdividida por Marques (2003) citado por Miragem (2012, p. 101) em “vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade fática”, o princípio da vulnerabilidade é o princípio geral do Direito do consumidor e a interpretação finalista mitigada ou aprofundada não se afasta dele, de modo que o fundamento desse entendimento decorre da comprovação da vulnerabilidade da pessoa jurídica e profissional, pois a questão da vulnerabilidade é fundamental no Direito do consumidor e todas as garantias do consumidor decorrem da presunção dessa debilidade, como no caso do direito a informação, do direito do equilíbrio contratual, do direito a reparação de danos.

A forma que a pessoa jurídica e o profissional irão comprovar a sua vulnerabilidade dependerá de sua situação em relação ao fornecedor no mercado de consumo, como, por exemplo, uma pessoa jurídica constituída como cooperativa de pequenos agricultores que adquire máquinas agrícolas de última geração para o trabalho no campo, dando final fático ao bem, nessa situação fica evidente a vulnerabilidade técnica em relação ao fornecedor que detém o conhecimento de toda a tecnologia utilizada na fabricação desses equipamentos. (MARQUES, 2014).

Da mesma forma que o pequeno agricultor, o profissional tem sua vulnerabilidade técnica comprovada, por exemplo, no caso de um autônomo que precisa de energia elétrica para realizar o seu trabalho, o entendimento de que esse profissional não tem o conhecimento técnico de redes de energia elétrica e reconhecido juridicamente.

A vulnerabilidade jurídica ou científica da pessoa jurídica e profissional tem apoio por parte da jurisprudência quando estes consumidores dão final fático ao bem de consumo, explica-se da seguinte maneira, mediante comprovação, considera-se vulnerável juridicamente uma costureira que adquire mediante contrato de compra e venda uma máquina de costurar, neste contrato há cláusulas abusivas relacionadas à eleição do foro competente para uma possível discussão judicial, obviamente que no caso tal consumidora possui a vulnerabilidade técnica e a vulnerabilidade econômica por se tratar da compra de um equipamento de uma grande empresa do segmento. (MARQUES, 2014).

A vulnerabilidade econômica pode ser visualizada nos consumidores pobres ou também chamados de hipossuficientes quando estão à frente de grandes empresas comercializadoras de produtos ou serviços e também nas relações de consumo com fornecedores de bens de consumo essenciais, pode-se notar que a vulnerabilidade econômica vai além da diferença de capital e alcança o status de dependência do consumidor em relação ao fornecedor, a vulnerabilidade econômica poderá ser relativizada se no pólo do consumidor existir um grupo. Em relação ao profissional e a pessoa jurídica pode-se aplicar o conceito de vulnerabilidade quando estes fazem uso de serviços essenciais dos quais depende a sua produção. (MARQUES, 2014).

Ao se referir à interpretação finalista aprofundada Miragem (2014, p.159) traz dois critérios que devem ser observados ao aplicar esse entendimento, inicialmente que a “extensão do conceito de consumidor por equiparação é medida excepcional no regime do CDC” o segundo critério trazido por ele e que “é requisito essencial para esta extensão conceitual e por intermédio da equiparação legal (artigo 29), o reconhecimento da vulnerabilidade da parte que pretende ser considerada consumidora equiparada”.

Por mais que seja a proteção do consumidor uma necessidade permeada pela certeza em relação ao consumidor pessoa física, tal reconhecimento e legitimação não pode ser um obstáculo a proteção de outros tipos de consumidores

do mercado, sendo que a expressão “medida excepcional” não deve ser entendida como uma proteção inatingível e sim que todo aquele que demonstrar os requisitos necessários para aplicação dessa norma protetiva, poderão quando necessário e sem limitações, recorrer ao Estado para fazer valer seu direito.

[...] - **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 dá análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre 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 consumidor-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. – São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. [...] (REsp 476.428/SC, rel. Min. Fátima Nancy Andrigli, j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005, p.390). (MIRAGEM, 2014, p. 160, grifo nosso).

É importante destacar que a boa aplicação da norma jurídica depende de intérpretes e aplicadores que saibam identificar nas situações cotidianas as fragilidades das partes nas relações e com uma base principiológica possam diferenciar subjetivamente os sujeitos da relação, sem estarem amarrados a concepções engessadas em ideias que não acompanham o desenvolvimento.

Por isso quando se fala em vulnerabilidade da pessoa jurídica e profissional, o STJ tem usado a interpretação finalista aprofundada ou mitigada, para buscar a aplicação do CDC quando tem a configuração de uma dessas espécies de vulnerabilidade, diferentemente do que ocorre à pessoa física, que tem sua vulnerabilidade presumida. (CAVALIERI FILHO, 2011).

Por todo o demonstrado, fica evidente a complexidade e a relevância do assunto discutido, o legislador em seu dia-a-dia irá se deparar com questões que envolvem diversos fatores, e em suas decisões deverá possuir uma máxima compreensão dos requisitos das relações de consumo e então aplicar as normas protecionistas do CDC.

## **4 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

A busca pela justiça social é a razão da existência do direito, para que esta se concretize são necessárias garantias que muitas vezes ao um olhar menos apurado parecem ser coadjuvantes, mas que se estudadas a rigor se mostram fundamentais para a conquista da justiça social.

A Lei nº 8.078 de 11 de dezembro de 1990 é conhecida garantidora do direito material do consumidor, mas nela também podem ser visualizadas importantes regras processuais características do Direito do consumidor, caso da previsão da distribuição dinâmica da prova.

A previsão de regras processuais diferenciadas para as lides decorrentes das relações de consumo se mostram indispensáveis, pois conferem a efetividade que a lei material necessita para produzir efeitos no cotidiano da sociedade.

### **4.1 As influências da Lei nº 7.347/85 e do CPC nos processos decorrentes das relações de consumo**

O Direito do consumidor quando vislumbrado na esfera material é considerado avançado, pois prevê as desigualdades entre as partes em uma relação de consumo, como visto anteriormente, é a vulnerabilidade do consumidor a raiz principal da sua forma protecionista. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

Ultrapassando a esfera material, quando se busca a tutela do Estado através da aplicação do CDC temos a sua plena concretização quando no processo há o reconhecimento e o êxito nas alegações, não há o que se falar em direito se este não é reconhecido em suas vias formais.

Existe uma preocupação com a aplicabilidade das normas em nosso ordenamento jurídico, no âmbito processual buscou-se meios de assegurar essa tutela jurisdicional de forma que a parte possuidora do direito violado receba a proteção do estado e a reparação do dano. (GRINOVER, 2011).

Quando se fala que um direito é reconhecido, tal reconhecimento vai além da sua explanação em uma norma jurídica, ou que sua letra esteja em livros de doutrina, mas que seja uma realidade nos julgados e que seus efeitos sejam parte da vida das pessoas.

Dessa forma torna-se fundamental que o direito processual esteja em sintonia com o direito material, pois existe a necessidade de um completar o outro, não há o que se falar em um bom direito material se este no caso concreto não tem aplicabilidade, a falta da garantia na esfera processual torna uma lei ineficaz como denota Cavalieri Filho:

É universal o entendimento de que os direitos materiais fundamentais devem corresponder as garantias processuais indispensáveis à sua efetivação. Sem as garantias processuais, os direitos materiais tornam-se normas programáticas, promessas não cumpridas, sem a realidade prática na vida do consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 106).

Anteriormente ao CDC, havia a vigência no ordenamento jurídico brasileiro de outras normas que dispunham acerca da tutela jurisdicional dos interesses difusos, caso da Lei nº 7.347/85, que é chamada de Lei da Ação Civil Pública (LACP), tal lei não foi revogada pelo CDC, o que ocorreu foi um destacamento da parte que protegia o consumidor.

[...]à disposição do art. 90 do CDC, demonstra que não houve revogação da Lei nº 7.347/85 pelo advento do CDC, mas apenas a regulamentação destacada de um dos direitos protegidos por aquela lei, que é o Direito do Consumidor. (GRINOVER, 2011, p.219).

Dessa maneira ficou fixado que em matéria de defesa do consumidor o regime processual adotado em juízo, a partir da vigência do CDC, seria o regime de lei especial, o Código de Defesa do Consumidor, e se sobressairia em razão do seu caráter especial sobre as leis gerais: Lei 7.347/85 e Código de Processo Civil. (GRINOVER, 2011).

A previsão para a possibilidade de se utilizar a LACP e o CPC como norma subsidiária para o preenchimento de lacunas do CDC se dá por serem essas leis ordinárias e de caráter geral, estando a previsão da ocorrência dessa possibilidade no art. 90 do CDC:

Art.90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita o inquérito civil, naquilo que não contrariar as disposições. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

As normas processuais utilizadas no sistema do CDC têm sua concentração no Título III, inicialmente o art. 89 do CDC tratava sobre as regras a serem utilizadas

nos processos de direitos difusos e individuais homogêneos e que eram tratados coletivamente, no entanto o art. 89 foi admitido pelo Congresso Nacional, mas teve seu conteúdo vetado pelo presidente. (GRINOVER, 2011).

O artigo foi vetado pelo presidente, mas o efeito desse veto não alcançou o sistema do CDC e da legislação que dispõe sobre os aspectos processuais dos interesses difusos. A LACP em seu art. 21 com a redação dada pelo art. 117 do CDC dispõe justamente, que “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. (GRINOVER, 2011).

Constatou-se então que as disposições dadas pelos CDC e que foram incorporadas pelo art. 21 da LACP davam uma maior cobertura para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, pois esta disposição não taxava quais interesses individuais eram abrangidos pelo CDC, diferentemente do que propunha o vetado art. 89, que restringia a aplicação das regras processuais do CDC às demandas que tratavam dos direitos individuais homogêneos, conhecidos de forma coletiva. (GRINOVER, 2011).

Segundo Grinover (2011) existe a possibilidade de se utilizar também a LACP nas ações propostas com fundamento no Direito do consumidor, quando essas não conflitarem, como exemplo, a utilização do regulamento do inquérito civil, criado pelo art. 8º da LACP, que poderá ser instaurado pelo Ministério Público para a investigação de situações decorrentes das relações de consumo e que estão sob a ordem do Código de Defesa do Consumidor.

Em se tratando de interação entre CDC e LACP, pode-se afirmar que se conseguiu uma bem sucedida integração, respeitado sempre o quesito da especialidade em ações provenientes de relações de consumo, a partir de agora será visto como ocorre a interação entre CDC e CPC. (GRINOVER, 2011).

É correto afirmar que o próprio CDC é que ditará as regras pelas quais o Direito do consumidor será alcançado, em seus artigos há a previsão de garantias que consumidor poderá utilizar para comprovar o seu direito, quando se fala em processo decorrente de uma relação de consumo, primeiramente se buscará a incidência do CDC e de forma suplementar se aplicará o Código de Processo Civil, segundo Nunes (2008, p. 772): “Dessa forma, no que diz respeito à questão das provas no processo civil, o CDC é o ponto de partida, aplicando-se a seguir, de forma complementar, as regras do Código de Processo Civil [...]”.

As regras processuais do CPC encontram influências no liberalismo e individualismos jurídicos oriundos no século XIX, tais influências são visíveis nas premissas até hoje buscadas no processo ideal, a “igualdade entre as partes e a neutralidade do juízo”, a idealização desses conceitos partem do anseio pela certeza do direito e pela segurança jurídica. (MIRAGEM, 2014).

Foi com o avanço do direito no século XX que sobreveio o entendimento da promoção do efetivo direito, na qual a ideia de que igualdade processual decorre da concepção aristotélica de que deve-se tratar os iguais de forma igual e os desiguais desigualmente em acordo com sua desigualdade, visando o pleno equilíbrio processual, assim descreve Miragem (2014, p. 649) no seguinte trecho:

Apenas com a evolução do direito no século XX e a valorização do elemento efetividade do direito, a noção de igualdade processual acompanha a releitura do princípio da igualdade nos amplos campos da ciência jurídica para entender que por igualdade do processo também se deve ter em conta a definição aristotélica de *tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade*. (grifo do autor).

O interesse em tornar o Direito do consumidor efetivo e capaz de ser alcançado é visto também na parte processual do CDC, por isso que há a previsão de se utilizar das regras conhecidas do CPC no Direito do consumidor, como por exemplo, a possibilidade de se utilizar de provimentos antecipatórios coercitivos, caso da multa por descumprimento, também o aproveitamento dos efeitos úteis da sentença procedente a todos os interessados, bem como a antecipação da tutela cominada com a multa diária prevista no art. 84 do CDC, desde que verificada a verossimilhança das alegações, o temor quanto a danos irreparáveis ou de difícil reparação, e também quando há o manifesto propósito protelatório do réu. (MIRAGEM, 2014).

Em se tratando da produção de provas, no Direito processual civil, o processo como esclarecedor do litígio é objetivo no sentido de que aquele que deu origem a demanda é que inicialmente deverá comprovar o seu direito, costumeiramente é assim. (CAVALIERI FILHO, 2011).

Entretanto, em decorrência das peculiaridades do processo e sempre com o objetivo de elucidar os fatos, o legislador trouxe no CDC a previsão de duas possibilidades de distribuição do ônus da prova nos processos decorrentes de relações civis, na primeira, visualizada no inciso I do CPC, o autor deverá provar o

fato constitutivo do seu direito, sendo que na segunda possibilidade, prevista no inciso II, existe a previsão de dar ao réu a incumbência de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a letra do CPC para a inversão do ônus da prova é chamada de inversão estática.

Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ocorre que o Direito do consumidor por ter esse caráter especial, o de conferir e de garantir a proteção à parte vulnerável da relação de consumo também em sua parte processual, preparou um meio de assegurar que o consumidor conseguisse efetivamente comprovar as suas alegações em juízo, seja através da distribuição dinâmica do ônus da prova, na forma judicial, prevista no art. 6º, VIII, ou pela forma legal prevista nos arts. 12 e 14 do CDC.

Art. 6º, VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Art. 12. *caput*. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. *caput*. O fornecedor de serviços 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. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Vale ressaltar os arts. 12 e 14 do CDC imputam a responsabilidade objetiva pelos danos causados pelos defeitos do produto ou serviço ao respectivo fabricante



e fornecedor, uma vez que é um dever a colocação de produtos e serviços de qualidade no mercado. Essa imputação de responsabilidade decorre da obrigação que o fabricante e o fornecedor possui de proporcionar o uso seguro do produto.

Nesse sentido, enquanto o direito norte-americano partiu-se do sistema de garantias implícitas (*implied warranties*) para alcançar-se a responsabilidade objetiva, do sistema da diretiva europeia incorporou-se no direito brasileiro a noção de *defeito no produto* (ainda que no caso europeu, não tratasse de serviços), e a conveniência de imputar-se a responsabilidade objetiva com vista a chamar o fabricante para arcar com os ônus dos riscos causados por sua atividade. (MIRAGEM, 2014, p.530, grifo do autor).

É importante essa preocupação em garantir meios de promover a tutela do consumidor, pois não basta que o direito seja reconhecido materialmente, deve-se fornecer os instrumentos necessários aos envolvidos no litígio para que alcancem a finalidade a que o processo dispõe que é o conhecimento da verdade real e a reparação do dano causado.

#### **4.2 A inversão do ônus da prova como reflexo da vulnerabilidade da pessoa jurídica e profissional**

Assim como existe a possibilidade do reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa jurídica e do profissional e a consequente aplicação do CDC, a inversão do ônus da prova será um dos efeitos desse reconhecimento, não se pode afastar da tutela do Estado o sujeito que está abrigado pela lei, é preciso uma forma de garantir que o direito material seja efetivado.

O consumidor teve a sua vulnerabilidade declarada pelo Estado na medida em que seus direitos tornaram-se matéria de lei, mas isso não significou a plena e real satisfação de suas demandas, há que se falar que a matéria processual também teve que se adequar de modo a promover o acesso a justiça e a real defesa do consumidor. (MIRAGEM, 2014).

Tal adequação é demonstrada pela facilitação à defesa de seus direitos no âmbito judicial, já prevista no texto constitucional no art. 5º, XXXV, e concretizada no âmbito do Direito do consumidor com a autorização da inversão do ônus da prova no art. 6º, VIII, e também com a observação do art. 5º do CDC, que dispõe sobre a criação de instrumentos para a promoção e facilitação dos direitos do consumidor. (MIRAGEM, 2014).

Uma das preocupações em relação a eficácia da tutela do consumidor, vista do ponto Estatal também é presente na atuação dos juízes que se deparam com acordos entre consumidores e fornecedores, quando nesses acordos há a estipulação de cláusulas de eleição de foro diferente do domicílio do consumidor, nessas oportunidades o magistrado reconhecerá a cláusula prejudicial ao consumidor e a declarará nula. (MIRAGEM, 2014)

Pode-se verificar a preocupação Estatal em fazer com que direito material seja efetivado processualmente através da atuação dos magistrados frente a situações de vulnerabilidade do consumidor, e que estes ajam com a autorização da norma processual e assim possam trazer a realidade o efetivo equilíbrio entre consumidores e fornecedores.

O CDC ao tratar da proteção do consumidor nas relações de consumo mostrou-se uma norma completa e avançada elencando a vulnerabilidade como característica principal do consumidor, tal condição foi o motivo que ensejou a norma com esse caráter especial, quando foi reconhecida a desigualdade do consumidor em relação ao fornecedor, incluiu-se na lei as diretrizes para sua proteção, e também foram criados meios processuais para o alcance da tutela jurídica.

Quando se fala em Direito do consumidor, vulnerabilidade e norma processual deve ser visualizado o contexto em que se encontram, primeiramente se busca a tutela do Direito do consumidor, através de sua vulnerabilidade em relação ao fornecedor, que será efetivada por meio das normas processuais construídas observando a vulnerabilidade que é o cerne da relação consumidor/fornecedor.

Essa desigualdade é tão aparente, que o CDC trouxe em seu texto a possibilidade de que no processo em que irá ser discutido o interesse do consumidor, seja facilitada a sua participação, oportunizando meios do consumidor construir e fundamentar suas alegações.

Buscando a facilitação para o consumidor comprovar suas alegações no processo, e essa facilitação deve ser entendida como um meio de equilibrar as forças e diminuir a desigualdade entre as partes, o CDC em sua norma trouxe a idéia de distribuição dinâmica da prova, concepção essa que leva em conta a subjetividade na inversão do ônus da prova.

Em se tratando de processo, o legislador se preocupou em oportunizar meios para que a verdade fosse alcançada, obviamente que numa disputa judicial, fatores

como superioridade econômica e expertise técnica farão a diferença na produção de provas.

Por isso o sistema de defesa do consumidor adotou uma teoria diferente do que propõe o CPC, **a teoria da carga dinâmica da prova**, na qual determina que em certas situações, quando uma das partes apresenta maior facilidade em demonstrar os fatos ou então que detenha maior informação, que a parte com essas condições produza provas e informe o juízo. (GRINOVER, 2011).

Adotada que seja de modo explícito, a *teoria da carga dinâmica da prova*, também a regra que se acresce às clássicas (art. 333 do CPC), de competir à parte que tiver maior facilidade de fazer a demonstração dos fatos, pelo domínio dos conhecimentos técnicos e científicos e pela detenção de informações sobre os fatos probandos, estará ínsita no ordenamento. (GRINOVER, 2011, p.7, grifo do autor).

O cerne da teoria da carga dinâmica da prova trazida pelo código busca a flexibilização das regras gerais da distribuição do ônus da prova em nome do conhecimento da verdade concreta, almejando uma tutela justa e efetiva do Estado. (GRINOVER, 2011).

De maneira prática, a teoria da carga dinâmica da prova tem como requisitos, a demonstração pela parte autora que a ré possui supremacia econômica, a detenção do conhecimento técnico e a facilidade de prestar de informações sobre o caso e que a parte autora na sua alegação demonstre em juízo os requisitos indispensáveis e que estão no artigo 6º do CDC: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da parte. (MIRAGEM, 2014).

O CDC possui essa previsão em seu art. Art. 6º, VIII:

Art. 6º, VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>).

O termo hipossuficiência aparece no CDC, mas não deve ser confundido com vulnerabilidade, uma vez que as terminologias têm significados distintos, a vulnerabilidade é conferida a todos os consumidores, constituindo-se como o princípio elementar do Direito do consumidor, enquanto que a hipossuficiência é determinada no caso concreto, por meio de características objetivas, não sendo

presumida, constituindo-se como impossibilidade pecuniária de dar segmento no processo. (MIRAGEM, 2014).

A partir da distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência, pode-se entender o papel do reconhecimento da hipossuficiência enquanto elemento processual das demandas oriundas das relações de consumo, através da comprovação da falta de condições econômicas o consumidor pode argumentar pela impossibilidade de produzir a prova processual, requerendo a inversão da prova, com a justificativa baseada na alegação de hipossuficiência. (MIRAGEM, 2014).

Portanto a hipossuficiência não deve ser confundida com a vulnerabilidade, princípio basilar do Direito do consumidor e deverá ser analisada a partir de uma circunstância concreta, que no caso ocorre pela falta de condições econômicas da parte para arcar com os custos e produzir as provas do processo. (MIRAGEM, 2012).

Outro requisito para a inversão do ônus da prova nos litígios que envolvem consumidores e fornecedores trata-se da verificação da verossimilhança das alegações do consumidor, em que o magistrado irá verificar a probabilidade de os fatos narrados pelo consumidor serem verdadeiros, em comum com a norma ou até decorrentes de fatos notórios. (MIRAGEM, 2014).

A verossimilhança é a aparente veracidade da alegação, alegação essa que decorre de um fato que no cotidiano é provável que aconteça, ou porque uma situação ordinariamente decorre de outra, de forma que se pode prever de ante mão a origem e consequência de certas atitudes, o juiz verificará se é provável a veracidade das alegações e decretará a inversão do ônus da prova.

O momento processual para inversão do ônus da prova que melhor se mostra para que seja alcançada a integração do direito fundamental de defesa do consumidor em conjunto com as garantias processuais da ampla defesa e do devido processo legal será no momento da instrução processual. (MIRAGEM, 2014)

Deve-se levar em conta a relevância desse momento, como explica o autor Miragem (2014, p.656):

Outro aspecto de enorme relevância com respeito à faculdade de inversão do ônus da prova pelo juiz é o momento em que este se deve produzir. Nota-se que qualquer das alternativas logicamente passíveis, como no momento da citação do réu, no início da instrução processual ou no momento da sentença, apresentam uma série de argumentos em contrário. Entretanto, em vista da necessidade de compatibilizar o direito fundamental

de defesa do consumidor com as garantias processuais da ampla defesa e devido processo, o momento mais adequado parece ser o da instrução processual, quanto mais não seja mediante a advertência da possibilidade de inversão do ônus da prova na sentença.

Por fim, autores como Cavalieri Filho, também defendem a inversão do ônus da prova quando constatada a desigualdade entre os sujeitos de uma relação, devendo a vulnerabilidade processual ser considerada, e assim ser facilitada a defesa dos interesses da parte fragilizada.

Consciente das desigualdades existentes entre os sujeitos de uma relação jurídica de consumo e da vulnerabilidade processual que também caracteriza o consumidor, estabeleceu o art. 6º, VIII, da Lei 8. 078/90, como o direito básico deste, a facilitação da defesa dos seus interesses em juízo, inclusive com a possibilidade de ser invertido o ônus da prova, em seu favor e a critério do juiz, quando estiver convencido o julgador da verossimilhança das alegações daquele, ou, alternativamente, de sua hipossuficiência (em sentido amplo). (CAVALIERI FILHO, 2011, p.106).

A inversão do ônus da prova, disciplinada no artigo 6º, inciso VIII do CDC, deverá ser invocada quando ficar demonstrada a verossimilhança das alegações e também quando a parte for hipossuficiente, assim, para que o juiz determine a inversão, as alegações do consumidor no processo, deverão ser analisadas por um critério de probabilidade, em que a partir dos argumentos da parte seja previsível o resultado final do processo. (MIRAGEM, 2012).

Não há uma exigência da ocorrência conjunta da verossimilhança e da hipossuficiência, sendo importante constar que basta uma das condições para que ocorra a inversão do ônus da prova.

Nota-se também que a partícula “ou” bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC- sendo assim, ao juiz facultado o inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais expert na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdadeiro o “risco profissional” ao – vulnerável e leigo-consumidor. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.81).

Também fica a critério do juiz o reconhecimento no caso concreto dessas condições, levado pelo seu livre convencimento, uma vez constado o requisito é fundamental para correto andamento do processo a determinação da inversão do ônus da prova.

### 4.3 Análise jurisprudencial da vulnerabilidade e da inversão do ônus da prova nas lides envolvendo a pessoa jurídica e o profissional

A aplicação CDC e conseqüentemente a consagração do Direito do consumidor já pode ser vista como realidade nos julgados. Temos como exemplo decisões reconhecendo a vulnerabilidade da pessoa jurídica e profissional, quando apresentam a vulnerabilidade fática, técnica ou jurídica, bem como a autorização da inversão do ônus da prova para esses sujeitos quando no processo demonstrem a verossimilhança de suas alegações e quando for constada a sua hipossuficiência, neste caso também da pessoa jurídica e profissional.

No caso apresentado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu parcial provimento a Apelação Civil e Recurso Adesivo 70070662036/RS (BRASIL, 2016, <<http://www.tjrs.jus.br>>) em uma ação promovida por uma pessoa jurídica em face de um agente financeiro, na qual mantém o reconhecimento da relação de consumo e aplicabilidade do CDC.

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL e RECURSO ADESIVO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. CONTRATOS DE CONSUMO. AÇÃO REVISIONAL. 1. CDC. PESSOA JURÍDICA. Aplicável aos contratos financeiros (art. 3º, caput e §2º, CDC e Súmula 297, STJ). Observância da Teoria Finalista - Finalismo Aprofundado. No caso, constatada a vulnerabilidade da pessoa jurídica em questão. 2. JUROS REMUNERATÓRIOS. A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. Súmula nº 382/STJ. Contrato de conta corrente/cheque especial nº 23854-8, Cédulas de Crédito Bancário B42030979-7 e B42030978-9. No caso, levando em consideração a tabela do Bacen para as operações da espécie, constata-se que as taxas contratadas não apresentam significativa discrepância, motivo pelo qual não há razões para sua limitação. Cédula de Crédito Bancário B32031853-0. No caso, os juros remuneratórios pactuados são superiores às taxas disponibilizadas pelo Bacen, razão pela qual devem ser limitados à taxa média de mercado por ele publicada, conforme determinado na sentença. 3. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. Admite-se a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados após 31/03/2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/00, revigorada pela medida provisória n. 2.170-36/01 e desde que expressamente pactuada. Contrato de conta corrente/cheque especial nº 23854-8. No caso em liça, diante da ausência de elementos informativos que demonstrem a contratação expressa acerca da capitalização de juros, bem como da inexistência de informação acerca da taxa de juros anual, a fim de verificar se é superior ao duodécuplo da mensal, resta vedada a cobrança. 4. JUROS MORATÓRIOS. Consoante o que disciplinam os arts. 1º e 5º do Decreto nº 22.626/33, os juros moratórios devem ser fixados em 1% ao mês. 5. TAXAS ADMINISTRATIVAS. Ausência de prova de sua cobrança. No entanto, a instituição financeira, em contestação, defende sua legalidade, razão pela qual é de ser vedada. Sentença mantida. 6. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. Não conhecimento do recurso da autora, nesse ponto, pois configurada inovação recursal. 7.

COMPENSAÇÃO DE VALORES E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. In casu, tendo ocorrido a revisão parcial do contrato, é viável juridicamente, tanto a compensação, quanto a repetição do indébito na forma simples. Sentença mantida, no ponto. 8. PREQUESTIONAMENTO. Basta que o Tribunal se manifeste expressamente sobre a matéria, não sendo necessário que faça menção aos dispositivos legais/constitucionais invocados. APELAÇÃO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO DA AUTORA PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70070662036, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fernando Flores Cabral Junior, Julgado em 31/08/2016)

Em primeira instância a juíza julgou pela aplicação do CDC em conjunto com a súmula 297 do STJ, uma vez que as pessoas jurídicas quando destinatárias finais de um produto ou serviço também são consideradas vulneráveis, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, sendo passíveis do abrigo da interpretação finalista aprofundada.

Ocorre que o litígio se deu pelo fato de os juros remuneratórios pactuados serem maiores que as taxas disponibilizadas pelo Bacen, devendo estas serem limitadas à taxa média do mercado, caracterizando uma cobrança abusiva, como determinado em sentença.

Assim sendo, em vista da ausência de elementos que informassem e demonstrassem a contratação expressa da capitalização de juros, não houve comprovação por parte do agente financeiro de informação sobre a taxa de juros anual, para que fosse verificada a superioridade ou não ao duodécuplo da mensal, a cobrança restou vedada.

A instituição financeira em cede de contestação defende a cobrança de juros e taxas administrativas, as quais não conseguiu comprovar a contratação. Ficou confirmada a compensação de valores e a repetição do indébito.

Em outra decisão na qual foi desprovida a Apelação Civil 70032825580/RS (BRASIL, 2010, <<http://www.tjrs.jus.br>>) do réu, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a prestação de serviço defeituoso.

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. RECONDICIONAMENTO DE MOTOR DE CAMINHÃO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. CONFIGURAÇÃO. PERDAS E DANOS. RECONHECIMENTO. 1. Comprovada a vulnerabilidade do profissional no caso concreto, pode ser considerado consumidor para fins de aplicação do CDC. Hipótese em que a autora é autônoma, retirando seu sustento dos fretes feitos com o caminhão cujo reparo foi defeituoso. 2. À luz da prova dos autos, notadamente da prova pericial, restou evidenciado que a causa principal de ter o motor do veículo passado por uma segunda reforma, em curto espaço

de tempo (seis meses e cinco dias), foi a negligência da demandada no primeiro conserto. Assim, caracterizado o defeito na prestação do serviço, devem ser reparados os danos sofridos pela autora. 3. Quanto aos lucros cessantes, a toda evidência a autora deixou de lucrar nos 22 dias em que o caminhão ficou parado em face da má realização do primeiro conserto, de modo que caracterizadas as perdas e danos de que trata o art. 402 do CCB. Manutenção da sentença no ponto em que remeteu à liquidação de sentença o cálculo de tal verba, para o efeito de considerar o rendimento líquido médio dos últimos seis meses anteriores à entrada do caminhão na oficina. 4. No que tange ao pedido de indenização por gastos excessivos com óleo lubrificante, assiste razão à demandante. Prova pericial que demonstrou que o caminhão teve gasto excessivo de óleo lubrificante, dado o superaquecimento do motor provocado pelos problemas no termostato, na bomba d'água e com o vazamento de água. Assim, comprovado está o prejuízo, cujo valor exato deve ser apurado em liquidação de sentença. 5. Sucumbência redimensionada. APELO DO RÉU DESPROVIDO. APELO ADESIVO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70032825580, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 28/04/2010)

No caso a autora, uma profissional autônoma na modalidade de transportes levou a conserto o motor do caminhão que usava para trabalho (recondicionamento de motor de caminhão) e em decorrência da negligência da ré ao realizar o conserto, precisou fazer o reparo novamente em um curto período, as alegações restaram confirmadas em perícia. Logo ficou constada a prestação defeituosa do serviço e também os lucros cessantes da autora.

A autora também alegou gastos excessivos com óleo lubrificante, foi comprovado o prejuízo através de perícia. Nesse caso também foi mantido o caráter de relação de consumo entre a profissional autônoma e a prestadora de serviços de conserto, sendo reconhecida a vulnerabilidade da autora e conseqüente incidência do CDC.

Conforme determinado em sentença e mantido em acórdão foi configurada a relação de consumo pelo fato da profissional necessitar do reparo para continuar o seu labor, e mesmo que ela venha a utilizar o bem reparado para fins econômicos, enfrenta o mercado de consumo em situação de vulnerabilidade técnica frente à prestadora de serviço.

Outra demonstração em concreto da aplicação da interpretação finalista mitigada às demandas oriundas das relações de consumo que envolve pessoas jurídicas e profissionais que apresentam vulnerabilidade se deu na Apelação Cível Nº 70075293902 (BRASIL, 2018, <<http://www.tjrs.jus.br>>) na qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, manteve a sentença de primeiro grau que condenou a



ré a rescisão do contrato, com restituição dos valores pagos e condenação em dano moral.

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. SERVIÇO MULTIMÍDIA. PESSOA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO CDC. TEORIA FINALISTA MITIGADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. INDISPONIBILIDADE DO SERVIÇO DE INTERNET. COOPERATIVA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO CONCRETO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Estabelecida em decisão interlocutória a inversão do ônus da prova, diante da incidência do CDC à hipótese dos autos, competia à parte ré tão somente demonstrar a disponibilização do serviço contratado, ônus do qual não se desincumbiu. 2. Quanto à multa por fidelização, ainda que fosse exigível, somente se justificaria no caso de correta prestação do serviço. Não é a hipótese dos autos. 3. Caso em que, excepcionalmente autoriza o ressarcimento pelo dano moral suportado. Quantum mantido, pois fixado em consonância com os parâmetros desta Câmara Cível para casos análogos. 4. Cabível, ainda, a restituição dos valores pagos durante o período de indisponibilidade do serviço, na forma do art. 42, parágrafo único, do CDC. Sentença integralmente mantida. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70075293902, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marta Borges Ortiz, Julgado em 22/02/2018).

A alegação inicial da parte autora foi má prestação do serviço de internet contratado, a insuficiente prestação de assistência técnica pela ré, e também quando do momento que avisou da rescisão do contrato a cobrança ilegítima de multa contratual.

Reconhecida a relação de consumo e forte no art. 6º, VIII do CDC, em sede de decisão interlocutória foi estabelecida que ré demonstrasse que disponibilizou o serviço a parte autora, ônus do qual não se desincumbiu.

E uma vez que a parte autora fez o início de prova, com documentos que demonstravam a suas tentativas em acionar a assistência técnica da ré e que diante da sua negativa, necessitou da prestação de um segundo serviço, bem como pela comprovação das perdas e danos sofridos decorrente da interrupção de sua produção, ficou claro que se tratava de situação abrangida pelas normas de proteção do consumidor.

Mais uma vez na Apelação Cível Nº 70077361707 (BRASIL, 2018, <<http://www.tjrs.jus.br>>) pode ser visualizada a aplicação da interpretação finalista mitigada nos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao negar o apelo da demandada o Tribunal reconheceu a relação de consumo entre um pequeno agricultor e uma empresa comercializadora de máquinas agrícolas.

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. COMPRA E VENDA DE MAQUINÁRIO AGRÍCOLA. TEORIA DA APARÊNCIA. APLICABILIDADE DO CDC. ÔNUS DA PROVA. I. As razões de decidir de agravo de instrumento julgado no curso da lide, e desprovido, não afastam a possibilidade de aplicação do CDC ao caso em tela. Exegese do art. 504 do NCPC. Nessa esteira, o artigo 2º do CDC descreve o consumidor como o destinatário final do produto ou serviço. Hipótese em que a parte autora, produtor rural, revela-se hipossuficiente frente à demandada, fornecedora de maquinário agrícola, caso em que permitida incidência da legislação consumerista, com fulcro na Teoria Finalista Mitigada. Precedentes jurisprudenciais. Preliminar de nulidade da sentença afastada. II. No mérito, ausente prova do pagamento devido aos demandantes, relativamente ao bem entregue na negociação sub judice, impõe-se a manutenção da sentença de procedência. Responsabilidade da parte ré pelo adimplemento que se apresenta por força da aplicação da teoria da aparência. III. Honorários de sucumbência majorados, com fulcro no §11 do art. 85 do NCPC. Apelo desprovido. Unânime. (Apelação Cível Nº 70077361707, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 16/05/2018)

Nesse caso, o casal demandante pleiteou o pagamento de um trator da família, ora entregue a demandada como abatimento no valor de um novo, ocorre que não houve abatimento, tampouco o pagamento do valor referente ao trator usado entregue pelos agricultores.

Tendo em vista a aparente veracidade dos fatos alegados pelos apelados, e o reconhecimento da sua hipossuficiência, e ainda a falta de documentos que afastassem da apelante a culpa pelo fato, foi determinado improcedência da apelação.

Por todo o exposto fica claro que o microssistema jurídico de defesa do consumidor tem se mostrado eficaz em todos os sentidos, de fato é uma norma avançada e que deve ser considerada como um exemplo a outros sistemas normativos, sua aplicação tem início no reconhecimento dessa cultura tão fundamental da sociedade que é a cultura do consumo, e que perpassa pelo reconhecimento do direito em sua materialidade, pela criação de políticas públicas e pela disponibilização de ferramentas processuais que permitem a concretização de sua finalidade protecionista.

## 5 CONCLUSÃO

A legislação que dispõe sobre a defesa do consumidor é considerada avançada e saudada amplamente por doutrinadores e aplicadores do direito, no Brasil teve sua consagração com a previsão no art. 5º de Constituição Federal e posterior efetivação pela instituição do Código de Defesa do Consumidor, pode-se afirmar que com o regramento das relações de consumo conseguiu-se um passo a mais na conquista da dignidade da pessoa humana.

As relações de consumo, que são a base da vida em sociedade não eram vistas sob o prisma dos dias de hoje, foi necessária uma caminhada ao longo das décadas para se alcançar essa legislação que é considerado completa, com normativa própria, regras processuais que conferem efetividade ao judiciário e dotada de status constitucional.

Todas essas conquistas decorreram de necessidades que foram surgindo ao longo do tempo, como geralmente ocorre em matéria normativa, primeiramente deparou-se com uma situação nova para então se buscar a discussão e posterior criação de uma legislação reguladora. Da mesma forma também aconteceu com o Direito do consumidor, ao passar do tempo viu-se uma carência normativa em meio ao crescente capitalismo, cujo símbolo foi a Revolução Industrial no século XVIII.

Tal movimento que ensejou o nome de “Revolução” trouxe uma realidade ainda não conhecida, a produção em larga escala em conjunto com aglomeramento de pessoas nos centros urbanos, a partir desse momento as relações que envolviam a produção e comércio se tornaram acirradas, minorias foram exploradas em nome da lucratividade.

Após a grande mudança organizacional que ocorreu na sociedade com a expansão do capitalismo, desenvolvimento tecnológico e produção em larga escala que se revelaram em significativos reflexos no modo como se configurou a produção e comercialização de bens e serviços, pode-se vislumbrar outro momento significativo ao final da Segunda Guerra Mundial, na qual ferramentas como a comercialização de bens de consumo em massa, a disponibilidade de crédito, e massiva publicidade, instalaram de vez a cultura do consumo.

A produção e comercialização de bens e serviços sempre foi motivo de interesse legislativo, uma vez que se constitui como atividade fundamental na sociedade, até a promulgação do Código de Defesa Consumidor, utilizava-se o

Código Civil como regramento para as relações de consumo. O Código Civil embora eficaz nas relações de comércio em geral, não conseguia assegurar a justiça a esse contingente vulnerável da sociedade que são os consumidores.

Eis que sabe-se que a sociedade não é estática, quanto menos a vontade do ser humano de conquistar mais, então a partir do ano de 1962 o mundo capitalista passou a olhar diferente para as relações de consumo, nos Estados Unidos, o então presidente John Kennedy, trouxe a pauta a questão do Direito do consumir enquanto sujeito vulnerável da relação de consumo.

No Brasil também pode-se observar discursos em defesa do consumidor, no entanto o reconhecimento de fato e a consagração dos direitos do consumidor se materializaram com a previsão constitucional e a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

Tal norma foi inovadora desde sua criação e permanece até a atualidade como símbolo de boa letra legislativa devido a sua complexidade e conteúdo capaz de fornecer os meios necessários à efetivação da defesa do consumidor, tanto é que as normas que regulam as relações de consumo são consideradas um microsistema jurídico.

Como premissa para a utilização do microsistema da defesa do consumidor, é primordial a regra da ocorrência da relação de consumo, no entanto o questionamento que fica é como e de que forma será visualizada essa relação.

A visualização da relação de consumo se dará basicamente quando num dos pólos da relação figurar o consumidor e no outro pólo o fornecedor e quando houver uma desigualdade de condições entre eles, essa desigualdade é característica do mercado de consumo e decorre da vulnerabilidade do consumidor por este não ter a expertise que o fornecedor tem.

Dessa forma o código em seus primeiros artigos tratou de conceituar esses dois sujeitos da relação de consumo, para que o magistrado pudesse aplicar a lei especial de defesa do consumidor e para que a sociedade no seu cotidiano identifique essas relações de consumo.

Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 2º conceitua o consumidor como toda a pessoa física ou jurídica que adquire um produto ou serviços como destinatário final, essa conceituação ao mesmo tempo em que determina como consumidor a pessoa física e a pessoa jurídica, também trouxe

dúvidas aos interpretes da norma no que diz respeito ao conceito de “destinatário final”.

Dessa forma o presente estudo teve como objetivo justamente este, o de colaborar com o esclarecimento de quem de fato poderá se utilizar dessa norma protecionista e avançada e garantir a proteção do consumidor.

Primeiramente é fato indiscutível a proteção do consumidor pessoa física, uma vez que é nele que se visualiza a vulnerabilidade em todas as suas formas, em uma relação de consumo é presumida a desigualdade entre esse consumidor e o fornecedor.

A controvérsia que o judiciário e doutrinadores tiveram, entretanto, foi em relação ao consumidor pessoa jurídica e profissional que na relação de consumo podem figurar em ambos os lados, como consumidores ou como fornecedores.

Obviamente que é mais natural ver a pessoa jurídica e profissional como fornecedor, mas o que deve ser levado em consideração pelo judiciário e que foi defendido no estudo é o reconhecimento da vulnerabilidade que a pessoa jurídica e profissional consumidores apresentam quando adquirem um produto ou serviço como destinatário final fático.

Nesse sentido o STJ dispõe que mesmo que a pessoa jurídica e o profissional não se enquadrem perfeitamente na conceituação de destinatário final, uma vez que dão final fático, mas não econômico ao bem, podem caso demonstrem em concreto a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor, buscar a proteção das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido o STJ tem acertado no seu posicionamento, quando elencou como interpretação utilizada nos seus julgados a Interpretação finalista mitigada ou aprofundada, na qual se verificará no caso concreto a vulnerabilidade da pessoa jurídica e profissional, tal posicionamento tem o aval de diversos autores que reconhecem o correto posicionamento do órgão.

Julgados com esse teor podem ser verificados no caso de pessoas jurídicas que contratam serviços de fornecimento de energia elétrica e internet, ou adquirem produtos alheios a sua atividade fim, da mesma forma, profissionais autônomos, liberais e os pequenos agricultores tem conseguido o reconhecimento de sua vulnerabilidade em relação a grandes fornecedores de bens e serviços utilizadas no seu labor.

Outro ponto discutido no estudo foi a previsão do art. 6º, VIII do CDC, a chamada inversão judicial do ônus da prova que oportuniza a distribuição dinâmica do ônus da prova nos processos decorrentes das relações de consumo, tal disposição também é aplaudida por diversos autores, que defendem a distribuição dinâmica do ônus da prova como meio de garantir efetivamente a tutela do consumidor. Sua aplicação irá decorrer do princípio basilar do Direito consumidor, que é o princípio da vulnerabilidade e ocorrerá quando verificada a hipossuficiência da parte ou a verossimilhança das suas alegações. Ainda existe uma segunda hipótese de inversão do ônus da prova, a chamada inversão legal, que é prevista nos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A distribuição dinâmica do ônus da prova é parte de um todo que é o microsistema jurídico de defesa do consumidor, que de forma exemplar consegue alcançar o fim ao qual se destina, é também passível de aplicação ao consumidor pessoa jurídica e profissional como pode ser verificada nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul trazidas ao texto.

A autorização da inversão do ônus da prova como ferramenta ao efetivo conhecimento da verdade real no processo atualmente também tem previsão no Código de Processo Civil, quando no caso existir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor e também quando houver maior facilidade em o réu obter a prova, conforme art. 373 do CPC, devendo ser essa inversão justificada pelo magistrado.

Como conclusão do estudo pode se afirmar que é correto o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa jurídica e profissional e que o tribunal teve um posicionamento adequado em suas decisões quando não afastou da tutela do Estado esses consumidores em situação de vulnerabilidade no mercado de consumo, uma vez que esse grupo representa uma parcela significativa da sociedade e colaboram para o desenvolvimento econômico, merecendo o olhar protecionista do Estado.

Pela mesma razão que se avançou normativamente em função da instalação da cultura do consumo e que levou ao reconhecimento da desigualdade entre consumidores e fornecedores nas relações de consumo, prega-se pelo avanço interpretativo às novas modalidades de consumidores que enfrentam a mercado de consumo e que por não fazerem parte do conceito estrito que o código possui de consumidor, não devem ter como ônus o afastamento da tutela do Estado.

## REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Silvano Alves. **Direito empresarial e direito do consumidor**. Curitiba: Intersaberes, 2017.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMN, A. H. V, MARQUES, C. L, BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em recurso especial nº 1.218.885*. Relator : Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 07 de junho 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.com.br>>. Acesso em 13 de julho de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de set. 90. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 maio. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297**.Vade Mecum Universitário de Direito Rideel organizado por Anne Joyce Angher. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

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

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRINOVER, A. P. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, A. P. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70070662036*. Apelante: Sicredi Uniao RS. Apelado: Geni de Oliveira Transportes. Relator: Fernando Flores Cabral Junior. Porto Alegre, 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em, 02 de nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70032825580*. Apelante: Dipesul Veiculos Ltda. Apelada: Ana Valeria Rodrigues Cabreira. Relator: Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 28 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 02 de nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70075293902*. Apelante: Bitcom Tecnologia em transmissão de dados Eireli Ltda/Serra Internet Eireli ME. Apelado: Cooperval Triticola Mista Vacariense. Relator: Marta Borges Ortiz. Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em, 19 de maio. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70077361707*. Apelante: Dipesul Augustin e Cia Ltda. Apelado: Maria Beatriz de Godoi Sartori/Giovanildo Sartori. Relator: Dilso Domingos Pereira. Porto Alegre, 16 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 19 de maio 2018.