

# A fragilidade/hipossuficiência nos contratos eletrônicos empresariais de massa e a contribuição do novo Código de Processo Civil para o Direito Empresarial

**Luiz Fernando Silva Oliveira**

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Conceito; 3. Breve histórico; 4. Os contratos empresariais; 5. Os contratos empresariais de massa; 6. Os contratos empresariais de massa celebrados eletronicamente; 7. A diferença entre fragilidade/vulnerabilidade e fragilidade/hipossuficiência; 8. O mecanismo do CPC para garantir a igualdade processual da sociedade empresária hipossuficiente; 9. Conclusões; 10. Bibliografia.

## 1. Introdução

Desde a década de 1960, o filósofo e teórico de comunicação canadense Herbert Marshall McLuhan, ao tratar das novas tecnologias eletrônicas, nas obras *A galáxia de Gutenberg*, editada em 1962, e *Os meios de comunicação como extensão do homem*, editada em 1964, falava das transformações sociais decorrentes das novas tecnologias eletrônicas e referia-se ao mundo como “aldeia global”.

Em *A galáxia de Gutenberg*,

*MacLuhan afirma que, até o surgimento da televisão, vivíamos na “Galáxia de Gutenberg”. Nela, o conhecimento era entendido apenas em sua dimensão visual. Em sua ideia a antiga dimensão oral do conhecimento, aonde este era transmitido oralmente, por lendas, histórias e tradições foi transformado com o invento de Gutenberg. Esse redimensionamento, por um lado, permitia a difusão do conhecimento, mas por outro, reduziu a comunicação a um único aspecto, o escrito. Além do estudo dessas transformações, McLuhan nos apresenta como se reconfigura essa Galáxia de Gutenberg nos tempos da comunicação eletrônica. Foi com esta obra que popularizou-se o termo Aldeia Global. No livro, o autor revela como a tecnologia da informação (principalmente a mídia impressa) afeta a organização cognitiva dos indivíduos e como isso afeta a totalidade da organização social. McLuhan afirma também que as tecnologias não são simplesmente invenções que as pessoas empregam, mas são os meios pelos quais as pessoas são reinventadas<sup>1</sup>.*

Em *Os meios de comunicação como extensão do homem*, Mac Luhan:

---

<sup>1</sup> MARSHALL MCLUHAN. In: WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. [S. l.]: Wikipedia, 26 ago. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/2mpKiTH>. Acesso em: 20 set. 2019. Menção à obra: MCLUHAN, Marshall. *A galáxia de Gutenberg*: a formação do homem tipográfico. São Paulo: Editora Nacional, 1977.

*Passa em revista as tecnologias do passado e do presente e mostra como os meios de comunicação de massa afetam profundamente a vida física e mental do Homem e mostra como elas nos estão levando, do mundo linear, aristotélico, tipográfico, mecânico, da Primeira Revolução Industrial, para o mundo audiotáctil, tribalizado, cósmico, da Era Eletrônica”<sup>2</sup>.*

O termo cunhado pelo teórico de comunicação de massa “aldeia global” nada mais é que a conclusão de que com o avanço científico na área de comunicação e telecomunicação, o mundo tornar-se-ia uma mera aldeia, pois independentemente de onde os homens estejam, e independentemente da distância física, todos podem comunicar-se entre si, sem que a distância seja empecilho de qualquer natureza.

Não é somente a possibilidade de comunicação independentemente da distância: a interligação entre as populações de diversas partes do mundo, por meio de um sistema de comunicação integrado, que é a internet, leva o homem a pensar e agir de forma uniforme, na medida em que o modo de pensar e agir é difundido entre a aldeia, bastando mencionar o movimento político ocorrido no Oriente Médio e Norte da África a partir de 2010, mundialmente conhecido como Primavera Árabe.

Atualmente, a internet popularizou-se e praticamente toda a humanidade comunica-se utilizando as facilidades proporcionadas pela navegação. No mundo dos negócios, a humanidade experimenta também a vida em aldeia, na medida em que o encurtamento de distâncias pelas facilidades proporcionadas pelos meios de comunicação permite a contratação de negócios por pessoas situadas nas mais diversas partes do mundo, bastando estarem conectadas, e num mero clique, resta aperfeiçoada uma dada relação contratual.

As relações negociais realizadas pela internet trouxeram para a humanidade uma nova forma de comércio, que é a comercialização eletrônica, e na medida em que as relações negociais realizadas por meio da internet aumentam dia a dia, facilitando a geração de riqueza mundo afora, surgem os desacordos comerciais relativos a negócios realizados por meio da rede mundial de computadores, e daí a necessidade dos operadores do direito agirem na busca de soluções, dando a interpretação que os casos exigem.

## 2. Conceito

Não existe unanimidade na doutrina sobre o conceito de comércio eletrônico e, dada a novidade do assunto, ainda há muito a ser pesquisado e discutido para que a comunidade jurídica chegue a um denominador comum, ou ao menos, a diminuir as divergências que permeiam a matéria. A Organização Mundial do Comércio define o comércio eletrônico como “*The production, advertising, sale and distribution on products via telecommunications networks*”<sup>3</sup> ao que Paulo Henrique Vieira Sante critica, afirmando que:

---

<sup>2</sup> MARSHALL MCLUHAN. In: WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. [S. l.]: Wikipedia, 26 ago. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/2mpKiTH>. Acesso em: 20 set. 2019. No site da biografia de Marshall Mac Luhan, ao mencionar a obra *Understanding media: the extension of man*, fazendo remissão a *Os meios de comunicação como extensões do homem*. MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. 10. ed. São Paulo: Pensamento/Cultrix, 1974.

<sup>3</sup> ELETRONIC COMMERCE. In: WORLD TRADE ORGANIZATION. Genebra: WTO, c2019. Disponível em: <http://bit.ly/2lXszTr>. Acesso em: 20 set. 2019.

*Em uma tradução livre seria “A produção, publicidade, venda e distribuição de produtos através de redes de telecomunicação”. Trata-se de um conceito falho, pois o comércio eletrônico não se restringe somente a produtos, vai além, possuindo hoje inclusive prestação de serviço<sup>4</sup>.*

É certo que existe grande diversidade de definições, até porque o comércio eletrônico não se limita às contratações celebradas por meio da internet, entretanto, propomos a escrever exclusivamente sobre o comércio eletrônico empresarial realizado por meio dela. Por isso, limitamos o conceito de comércio eletrônico empresarial às relações negociais entre empresas realizadas por meio de internet, com objetivo de lucro.

### 3. Breve histórico

Até 1875, havia divisão judiciária em Justiça Cível e Justiça Comercial e a partir de 1875 houve a unificação da Justiça, mas conservando a divisão dos contratos entre civis e mercantis.

O Código Civil de 1916 regulava os contratos civis e o Código Comercial regulava os contratos comerciais, e o art. 121 do Código Comercial determinava a aplicação das regras do Direito Civil aos contratos comerciais, exceto as modificações do próprio Código Comercial, o art. 428 determinava a aplicação das regras do Direito Civil à dissolução das obrigações mercantis, exceto as modificações do Código Comercial, e o Decreto 21.683, de 18 de julho de 1932, determinava a aplicação do art. 172 do Código Civil de 1916 às obrigações mercantis, acerca das regras da prescrição<sup>5</sup>. Outros contratos permaneceram atípicos, sem disciplina especificada no Código Civil e no Código Comercial.

Apesar de existirem aproximações, pela própria natureza jurídica das atividades negociais com intuito de lucro, sempre existiram princípios diferentes entre o Direito Comercial e o Direito Civil, diferentes das demais atividades da vida civil, e para Waldirio Bulgarelli,

*No mesmo diapasão das diferenças entre obrigações civis e mercantis, situa-se a distinção entre os contratos civis e mercantis, que envolve a questão mais profunda, ou seja, a da própria autonomia do Direito Mercantil. Se a unificação do direito das obrigações não acarretaria necessariamente a perda da autonomia do Direito Mercantil, claro está que, como corolário necessário, dever-se-ia admitir também a unificação dos contratos. Contudo, uma série de questões se coloca a respeito, a que é necessário analisar, antes da conclusão final<sup>6</sup>.*

Até 2002, vigorava a teoria francesa dos atos do comércio, adotada pelo Código Comercial de 1850, inspirada na codificação napoleônica. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a teoria dos atos do comércio foi substituída pela teoria da empresa,

<sup>4</sup> SANTE, Paulo Henrique Vieira. Contratos eletrônicos e sua validade jurídica. *E-gov*, 30 mar. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2mpLVkh>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>5</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 42-45.

<sup>6</sup> BULGARELLI, Waldirio, op. cit., p. 42.

inspirada no Código Civil italiano de 1942, baseada no critério da empresarialidade, previsto no art. 966 do Código Civil, segundo o qual “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”.

Nessa linha de raciocínio, a inserção do critério da empresarialidade no direito pátrio substituiu a antiga expressão “Direito Comercial” pelo “Direito Empresarial”.

Durante a vigência do Código Comercial de 1850, que está na maior parte revogado, o art. 19 do Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, dispunha que eram considerados atos de mercancia as atividades de compra e venda ou troca de bens móveis ou semoventes; operações de câmbio, banco e corretagem; fabricação, depósito, expedição e transporte de mercadorias; realização de espetáculos públicos, seguros, fretamentos; e a armação e expedição de navios. Por isso, quem explorasse tais atividades submetia-se às normas de direito comercial e era considerado comerciante.

Com o Código Civil de 2002, o critério da empresarialidade ampliou o ordenamento jurídico que regula as atividades com finalidade lucrativa de atividades comerciais para atividades empresárias, e hoje, pelo critério da empresarialidade, todas as atividades econômicas em que há capital, trabalho, insumos e tecnologia, para a produção de bens e serviços, com objetivo de lucro, é atividade empresária.

Discordamos, respeitosamente, daqueles que entendem que os quatro fatores de produção são capital, mão de obra, insumos e tecnologia, porque o empresário individual, mesmo que não tenha empregados, exerce atividade empresária. Por exemplo, o dono de uma banca de jornal, o vendedor ambulante (mascate), a sacoleira que vai ao Paraguai (apesar de empresária irregular), não têm empregados, mas exercem atividade empresarial.

Portanto, as atividades negociais com intuito de lucro praticados mediante o concurso de capital, trabalho, insumos e tecnologia são atividades empresariais, e os contratos celebrados nessas condições obedecem a critérios diferenciados em relação aos demais ramos do direito.

#### **4. Os contratos empresariais**

Nos contratos civis, as partes celebram suas avenças com fundamento na autonomia da vontade, contratando negócios não empresariais, como por exemplo, a compra e venda de um imóvel entre particulares e a compra e venda de um automóvel entre particulares. No primeiro, o proprietário de um imóvel que pretende construir uma casa própria para moradia quer vender o imóvel residencial que possui para construir nova moradia, e o oferece a quem possa interessar. O interessado celebra o contrato de compra e venda e torna-se o comprador do imóvel. No segundo exemplo, o particular que pretende vender seu automóvel para adquirir outro, oferece-o a quem possa interessar, e o interessado faz sua proposta, que é aceita pelo proprietário do veículo, e celebra o contrato de compra e venda entre particulares.

Estes contratos são regulados pelo Direito Civil, adotando as regras existentes no Código Civil. São contratos onde nenhuma parte está em condições mais vantajosas que a outra e ambas contratam, uma dispendo e outra adquirindo o bem da vida sem fazer daquela contratação uma forma habitual e profissional. É uma contratação esporádica, sem intenção de fazer do contrato uma forma habitual de lucro.

Diferentemente do Direito Civil, o Direito Comercial/Empresarial cuida dos contratos celebrados de forma habitual, profissional e com o intuito de lucro. Nessas avenças vigoram os princípios gerais clássicos da teoria geral dos contratos, que são autonomia da vontade, consensualismo, obrigatoriedade das convenções, relatividade das convenções e a boa-fé.<sup>7</sup> Atualmente, a doutrina menciona outros princípios da nova teoria contratual, enfatizando que:

*Nessa onda evolucionista (CPDC e depois CC/2002) foi criado o princípio da transparência e consagrado o princípio da boa-fé objetiva, que, inobstante sua anterior existência, ficou adormecido pelo absolutismo da regra do pacta sunt servanda e, mais importante ainda, passou o Código Civil a operar com os princípios da eticidade, socialidade e instrumentalidade, estendendo então a Função Social – um preceito constitucional cuja utilização era restrita ao instituto da propriedade – também aos contratos<sup>8</sup>.*

Aliado aos princípios supramencionados, a doutrina relaciona também o princípio do equilíbrio econômico, segundo o qual,

*De forma a limitar o Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, o Princípio do Equilíbrio Econômico se aplica quando determinada obrigação se torna demasiadamente onerosa para uma das partes. À sua luz, surgem institutos tais como o da lesão (art. 157, CC/02), da revisão contratual (art. 317, CC/02) e da resolução por onerosidade excessiva (art. 478 e 479, CC/02)<sup>9</sup>.*

Diferente dos contratos de consumo, no qual de um lado está uma sociedade empresária e de outro lado está um consumidor, adquirindo produto ou serviço como destinatário final, nos contratos empresariais, em ambos os polos da relação jurídica estão sociedades empresárias, contratando de forma habitual, profissional e com intuito de lucro.

A doutrina sustenta que:

*No âmbito do Direito Empresarial, o estudo dos contratos dá atenção especial aos Contratos Empresariais (também referidos como Contratos Interempresariais), que são aqueles celebrados entre empresas (i.e., em que somente empresas fazem parte da relação jurídica). Ou seja, não há pessoas físicas e/ou sujeitos de direito organizados sem os elementos de empresa<sup>10</sup>.*

Ao referir-se aos contratos celebrados entre empresários/sociedades empresárias, Paula Forgioni afirma que:

<sup>7</sup> BULGARELLI, Waldirio, op. cit, p. 62.

<sup>8</sup> MAXIMILIAN, Paulo. *Contratos bancários*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 17.

<sup>9</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso. *Contratos empresariais*. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2014. p. 12. Disponível em: <http://bit.ly/2l3G4AU>. Acesso em: 26 jul. 2016.

<sup>10</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso. *Contratos empresariais*. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2014. p. 16. Disponível em: <http://bit.ly/2l3G4AU>. Acesso em: 26 jul. 2016.

*A atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, i.e., em que somente empresas fazem parte da relação. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm a sua atividade movida pela busca do lucro<sup>11</sup>.*

Nos contratos empresariais, que a doutrina denomina interempresariais, não há relação de consumo, porque nenhuma das partes da relação contratual é destinatária final do produto ou serviço, e todos os contratantes (uns mais, outros menos) possuem conhecimento acerca do objeto do contrato, porque antes da celebração da avença, as partes fazem análise de mercado sobre o produto ou serviço que pretendem contratar, avaliam quais as possibilidades de lucro e retorno dos investimentos e quais os riscos que o negócio apresenta.

Por isso, os lucros e prejuízos decorrentes da celebração e execução de um contrato empresarial são consequências naturais do negócio e do mundo empresarial. Os lucros refletem a habilidade na negociação e também os aspectos externos, tais como a variação da economia do país, que por sua vez reflete questões climáticas, dentro e fora do país, entre outros aspectos. E o insucesso é reflexo natural da vida empresarial, tanto que a legislação, prevendo os insucessos e riscos que o mundo dos negócios apresenta, regulamenta a limitação da responsabilidade do sócio/acionista ao capital integralizado.

## 5. Os contratos empresariais de massa

Existem outros tipos de contratos, que são os contratos que Waldirio Bulgarelli denomina **atos em massa** ou **contratação em massa**, afirmando que:

*A disciplina dos “atos em massa”, voltada para uma “economia de mercado”, pôs em relevo a existência da empresa, que entra para o direito comercial, por via do conceito de atividade econômica organizada, que mantém características próprias em relação a outras atividades não empresariais, impondo assim uma diferente concepção jurídica<sup>12</sup>.*

Uma parte das chamadas **contratações em massa** são contratos celebrados entre o empresário ou a sociedade empresária com particulares, por exemplo, os consumidores. Na contratação com consumidores existem regras específicas que estão fora dos limites dos contratos empresariais, por exemplo, o direito de arrependimento regulado pelo art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual, nos sete dias seguintes à contratação ou do recebimento do produto ou serviço, o consumidor pode desistir do contrato, quando celebrado fora do estabelecimento comercial ou por telefone.

Segundo Bulgarelli,

---

<sup>11</sup> FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

<sup>12</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 48.

*Assim é que, após reconhecer a tendência da emigração para o Código Civil dos princípios especiais do tráfico mercantil, recolhidos pelos Códigos de Comércio, entende que por isso deve desaparecer a dualidade das teorias gerais em matéria de obrigações para dar lugar a uma única, que decorrente do Direito Mercantil, seja aplicável tanto às relações jurídicas tradicionalmente chamadas mercantis como às civis, inclusive no caso em que, legislativamente, se mantivesse essa dualidade de relações. A seguir, coloca a questão de saber se é necessário determinar se a crescente contratação em massa, pelas grandes empresas, determinou a aparição de novos princípios ou normas especiais que não são necessárias nem aplicáveis, para as relações obrigatórias que surgem dos contratos, que estipulados entre particulares, não implicam as mesmas exigências. Essas novas especialidades são: contratos por meio de formulários; existência de condições gerais em todos ou na sua maioria; proteção necessária àquele que contrata em regime de inferioridade perante a grande empresa (como por exemplo, preveem as modernas leis de seguros); eficácia do uso, ao menos interpretativo, nas relações que surgem das atividades dos contratos de empresa; certas exigências de licitude que devem existir entre empresas quando pretendem prejudicar a liberdade de concorrência, etc.<sup>13</sup>.*

Nas chamadas contratações em massa, existem contratos que não têm natureza empresarial, e são contratos de consumo, regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, que apesar de num polo da relação jurídica estar um empresário ou uma sociedade empresária, tais contratos estão adstritos a princípios específicos, visando proteger a parte vulnerável técnica, jurídica e economicamente.

Já existem contratos em massa que têm natureza jurídica empresarial, que são os celebrados entre o empresário ou sociedade empresária com outros empresários ou sociedades empresárias. Exemplo são os contratos bancários de adesão celebrados para fomentar a atividade econômica. Os bancos têm os contratos padronizados e as empresas aderem a eles para financiarem a atividade econômica. Exemplo comum é a contratação de financiamento para adquirir matéria-prima para a industrialização de produtos que as empresas vão colocar no mercado de consumo, e também a contratação de alienação fiduciária de caminhões para o fomento da atividade econômica numa empresa de transportes, entre outros contratos de adesão, celebrados entre empresas.

Esses contratos são os que Waldirio Bulgarelli menciona que são contratos por meio de formulários<sup>14</sup>. Na verdade, são contratos padronizados, nos quais uma parte elabora o contrato, contendo todas as cláusulas ou a maioria delas, e a outra, se quiser contratar, deverá aderir ao contrato já elaborado, sujeitando-se às suas cláusulas, sem possibilidade de discutir os termos da contratação. São os contratos de adesão.

A natureza jurídica empresarial (interempresarial) dos contratos entre duas sociedades empresárias impede que o contrato tenha natureza jurídica de contrato de consumo. As grandes corporações não podem ser consideradas inimigas da sociedade, e o constituinte originário adotou a forma de Estado capitalista. A busca do lucro é estimulada pela própria

<sup>13</sup> BULGARELLI, Waldirio, op. cit., p. 49.

<sup>14</sup> BULGARELLI, Waldirio, op. cit., p. 49.



Constituição da República de 1988, segundo a qual, “A ordem econômica, (é) fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa [...]”<sup>15</sup>

Mas, será que a igualdade jurídica das partes contratantes nos contratos empresariais traduz em igualdade de fato?

É inegável que o mercado é composto por atores econômicos com estruturas diferentes. Existem macrocorporações, com estruturas organizacionais globalizadas, que têm à sua disposição executivos com formações profissionais diversificadas e em condições de atuação em todos os continentes. De outro lado, existem sociedades empresárias menores, que atuam em mercado relevante restrito a uma região, que não têm estrutura equivalente às das grandes corporações multinacionais, entretanto, a diferença da estrutura organizacional das partes num contrato empresarial não traduz em relação de consumo.

O Superior Tribunal de Justiça, diante da dificuldade de resolver lides contratuais empresariais, em que de um lado há uma grande corporação e de outro, uma sociedade empresária modesta ou um empresário individual, passou a aplicar a teoria finalista aprofundada, e considerar como relação de consumo uma relação jurídica em que não há destinatário final de produto ou serviço. A Corte decidiu assim no REsp 1.080.719 – MG (2008/0179393-5)<sup>16</sup> e tem adotado em vários outros acórdãos o entendimento de que, havendo vulnerabilidade, a parte vulnerável deve ser considerada consumidora.

Na verdade, tais contratos são contratos de massa, previamente elaborados, materializando o que Waldirio Bulgarelli denomina “contratos formulários”<sup>17</sup>, que são os contratos de adesão, tendo num polo da relação negocial corporações com estrutura econômica muito maior que a estrutura empresarial das sociedades empresárias que com elas contratam, todavia, em que pese o respeito ao STJ, os contratos celebrados entre sociedades empresárias não são contratos de consumo.

O que caracteriza uma relação jurídica como relação de consumo é ter num dos polos da relação jurídica um consumidor. O conceito de consumidor está definido na lei, CDC, art. 2º, *caput*, segundo o qual, “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Se o objeto do contrato não é produto ou serviço para ser utilizado ou adquirido por um destinatário final, a relação jurídica não é de consumo.

Em suma, o fato de um contrato ser de massa, ser contrato de adesão, não traduz, necessariamente, uma relação de consumo, e o fato de uma parte da relação jurídica ter estrutura corporativa melhor, não significa que a outra parte seja consumidora. E ainda que a diferença de estrutura corporativa das empresas torne uma das partes mais forte na relação jurídica, essa diferença estrutural não traduz, necessariamente, em

<sup>15</sup> CR/1988, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada; [...] IV – livre concorrência”.

<sup>16</sup> Ementa:

*Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. - Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. - Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. - Nesta hipótese está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido.*

<sup>17</sup> BULGARELLI, Waldirio, op. cit., p. 49.



vulnerabilidade da sociedade empresária mais fraca. E ainda que a força corporativa de uma das partes na relação jurídica resulte em fragilidade da outra sociedade empresária, esta fragilidade não é sinônima de vulnerabilidade e não transforma uma relação jurídica interempresarial em relação de consumo. E mais: não é porque um contrato empresarial é contrato de massa, de adesão, que a parte aderente é frágil, e se for, a fragilidade não transforma um contrato empresarial em contrato de consumo. Por fim, o STJ está aplicando o princípio da vulnerabilidade a um contrato em que a parte mais fraca é, na verdade, hipossuficiente e, assim, interpretando como sinônimos os institutos da vulnerabilidade e hipossuficiência, que são diferentes.

O perigo dessa interpretação é que se o STJ considera consumidora uma das partes do contrato empresarial, a natureza empresarial da avença deixa de existir, porque nas relações jurídicas de consumo, o fabricante, produtor, construtor e o importador têm responsabilidade objetiva, independentemente de culpa (CDC, art. 12), assim como o fornecedor de serviços também tem responsabilidade objetiva, independentemente de culpa (CDC, art. 14). Além disso, em benefício do consumidor, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária é decretada com base na teoria menor da desconsideração, prevista no art. 28, parágrafo quinto, do CDC, segundo a qual basta a inadimplência, não sendo necessário comprovar o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, que são requisitos exigidos pela teoria maior, prevista no art. 50 do Código Civil.

Portanto, já é tempo de a jurisprudência parar, e nem deveria ter começado, de inserir nos contratos empresariais institutos específicos do direito do consumidor, deixando ao direito empresarial/comercial a tarefa de resolver as questões de natureza empresarial.

## 6. Os contratos empresariais de massa celebrados eletronicamente

Não é recente o fenômeno da mundialização da economia, atualmente denominado globalização. Desde os tempos do Antigo Testamento a humanidade já realizava o comércio internacional no mundo conhecido da época, tanto que o jovem José, filho de Jacó, foi vendido por seus irmãos a mercadores ismaelitas, que levaram-no para o Egito<sup>18</sup>. Muitos séculos depois, as grandes navegações culminaram na povoação da América, e o Brasil Colônia fornecia para a metrópole portuguesa o pau-brasil, a cana-de-açúcar, entre outras commodities, e recebia da África grande contingente de escravos, que eram vendidos para os engenhos de cana de açúcar. A Revolução Industrial fez da Inglaterra o país industrializado da época e grande exportador de produtos manufaturados. Com o passar dos séculos, a ciência desenvolveu-se intensamente, e atualmente o comércio eletrônico apresenta com maior clareza o que McLuhan denominou “aldeia global”.

Atualmente, a tecnologia permite a comunicação instantânea em ambiente virtual e, com isso, o comércio eletrônico intensificou-se, desaparecendo os limites territoriais no meio comercial. Segundo Geraldo Frazão de Aquino Júnior,

*Na contratação eletrônica, soltam-se as amarras dos territórios físicos, dando-se lugar a um espaço virtual, desterritorializado, atemporal,*

<sup>18</sup> BÍBLIA Sagrada. *Gênesis*, capítulo 37, versículo 28: “Quando os mercadores ismaelitas de Midiã se aproximaram, seus irmãos tiraram José do poço e o venderam por vinte peças de prata aos ismaelitas, que o levaram para o Egito”.

*desregulamentado e ubíquo, como se o tempo virtual fosse diferente do real e o espaço virtual tivesse sido desafiado a ocupar todos os espaços simultaneamente. A negociação e a contratação são virtuais e ocorrem no ciberespaço. O desaparecimento dos limites territoriais abala a noção clássica de soberania, tornando difícil efetivar a regulamentação da rede, assim como assegurar a competência da jurisdição, especialmente quando se trata dos elementos de conexão atinentes ao direito internacional privado, tais como o domicílio, o local de celebração do ato, o lugar onde está localizada a coisa objeto do litígio, está-se diante do desafio de, diante de bens digitais que não conhecem localização física, reavaliar esses conceitos clássicos para adaptá-los à realidade virtual. A internacionalização das relações de consumo redimensiona a vulnerabilidade técnica e jurídica do consumidor, elevando a assimetria entre as partes contratantes, principalmente se se considera a debilidade informativa que, em regra, permeia essas relações. Paira um sentimento de perda da segurança garantida pela existência de um Estado que deveria proteger o indivíduo, mas que, paulatinamente, cede parcela de seu poder ao mercado. Essa internacionalização também traz desafios no que concerne aos valores locais, pois pode produzir uma padronização da cultura, perdendo-se a diversidade cultural característica de cada povo<sup>19</sup>.*

O comércio eletrônico pode ser realizado por vários meios, pois:

*Asociedade digital já assumiu o comércio eletrônico como novo formato de negócios. Realizado por meio de computador (e-commerce), telefone móvel (m-commerce) ou televisão (t-commerce), a tendência é que haja ampliação de sua abrangência, conforme a tecnologia se torne mais acessível, a rede mais estável e as normas-padrão mais aplicáveis<sup>20</sup>.*

Entretanto, aqui, estamos tratando exclusivamente do comércio eletrônico realizado por meio da internet, seja por sites disponibilizados na rede ou por troca de e-mails.

Para Rodrigo Fernandes Rebouças, ao referir-se ao comércio realizado por meio eletrônico,

*Nas chamadas contratações interativas, dissemos acima, que haverá uma direta interatividade entre o sujeito de direito e um sistema pré-programado, normalmente um site disponibilizado na Internet (de acesso público ou privado/limitado), onde o interessado na contratação irá optar pelo serviço e/ou produto que deseja e está procurando, sendo na maioria dos casos considerada como entre ausentes<sup>21</sup>.*

---

<sup>19</sup> AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. *Contratos eletrônicos: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 121.

<sup>20</sup> AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. *Contratos eletrônicos: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 113. Com referência a: PECK, Patrícia. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 90.

<sup>21</sup> REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos eletrônicos: formação e validade: aplicações práticas*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 119.

Já no comércio realizado por troca de correspondência eletrônica (e-mail),

*As correspondências eletrônicas representam um dos meios mais utilizados na atualidade para as tratativas entre empresas, em muitos casos sendo uma forma de substituição de ligações telefônicas, seja por representar um meio mais rápido e de menor custo, ou ainda, por ser mais fácil de realizar registros quanto ao que foi efetivamente tratado entre os diversos participantes das tratativas. Por este meio é possível contratar, transacionar, distratar, obter informações e esclarecimentos, notificar eventual mora ou inadimplemento, dar conhecimento etc.<sup>22</sup>.*

Diante da tecnologia existente à disposição do homem, a comunidade jurídica passa a ter que lidar com os contratos eletrônicos empresariais de massa, que são contratos eletrônicos celebrados entre sociedades empresárias (contratos interempresariais)<sup>23</sup>, com redação preestabelecida, traduzindo contratos de adesão, celebrados com habitualidade e intuito de lucro, nos quais nenhum dos contratantes é destinatário final do objeto do contrato.

Quando os contratos são convencionais (não eletrônicos), as partes celebram a avença e assinam o instrumento contratual. Havendo necessidade de readequar o contrato por quaisquer fatos surgidos posteriormente, as partes celebram instrumento aditando os termos do contrato, e os direitos e obrigações vinculativos das partes estão materializados no instrumento contratual e aditivos.

Em se tratando de contratos convencionais (não eletrônicos) de natureza empresarial, a forma livre de contratação é ainda mais necessária, em razão da dinâmica da atividade empresarial, uma vez que no mundo moderno o tempo é dinheiro e o empreendedor não pode ficar refém de formalismos que atravancam a atividade empresarial. Segundo a doutrina,

*A atividade comercial é eminentemente dinâmica e, ao contrário da vida civil, necessita de meios ágeis para a realização das transações comerciais. Essa agilidade se verifica pela ausência de formalismo nas transações mercantis, decorrendo daí a simplificação dos meios de prova dos contratos mercantis<sup>24</sup>.*

Trazendo para os contratos celebrados eletronicamente, o comportamento dos atores do comércio empresarial é ainda mais informal, porque a velocidade com que acontece a troca de informações e o próprio ambiente virtual induzem a um informalismo que não é visto nos contratos convencionais. Em se tratando de contratos celebrados por e-mails, as tratativas preliminares são realizadas por meio de trocas de mensagens rápidas, em parágrafos curtos, e já vinculam as partes contratantes.

<sup>22</sup> REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes, op. cit., p. 121.

<sup>23</sup> FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

<sup>24</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41.

Não há regulamentação específica dessa forma de contratação, e entendemos desnecessário inchar o ordenamento jurídico com a especificação da forma de contratação por meio eletrônico, e os operadores do direito têm condições de resolverem as questões que forem surgindo, utilizando-se das normas existentes e da hermenêutica, até porque o contrato eletrônico não é uma espécie de contrato, e sim uma forma de instrumentalizar um contrato.

As espécies de contratos estão inseridas no Código Civil, arts. 481 a 853 e em leis extravagantes, regulamentando o objeto da contratação, e não especificamente o modo e o meio utilizado para a celebração dos contratos. Já as disposições gerais estão nos arts. 421 a 480, e podem ser inseridos dispositivos acerca do meio eletrônico para celebrar contratos; todavia, não há necessidade, porque o que existe no ordenamento jurídico é suficiente para os operadores do direito resolverem as divergências que forem surgindo. Além disso, engessar o intérprete é um comportamento que contraria o próprio Código Civil, que está fundado nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, exatamente para permitir que o operador do direito trabalhe com a legislação existente, adaptando-a às transformações da sociedade.

Ao regulamentar o negócio jurídico, o Código Civil dispôs que a sua validade requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não proibida por lei, e somente isso. Mais adiante, no art. 107, o Código adotou a forma livre de celebração dos negócios jurídicos, ao dispor que “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Existem críticas ao Código Civil, em razão de o projeto de lei ter sido aprovado e transformado em lei quase trinta anos depois de elaborado, e há quem sustente que o Código nasceu velho, todavia, os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, permitem que o juiz e os demais operadores do direito, ao trabalharem com os fatos jurídicos, construam o direito, interpretando os fatos de acordo com as transformações sociais ao longo do tempo.

Pelo princípio da socialidade,

*O ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas coletivas que lhe rodeiam. Todo poder de agir é concedido a uma pessoa, para que seja realizada uma finalidade social; caso contrário, a atividade individual falecerá de legitimidade e o intuito do titular do direito será recusado pelo ordenamento<sup>25</sup>.*

Com base no princípio da eticidade:

*A grande indagação será a seguinte: como a eticidade penetrará no Código Civil de 2002? Através da técnica das cláusulas gerais, transformando-se o ordenamento privado em um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que lhe fornece substrato. As cláusulas gerais são normas intencionalmente editadas de forma aberta pelo legislador. Possuem conteúdo vago e impreciso,*

---

<sup>25</sup> ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2004. p. 19.

*com multiplicidade semântica. A amplitude das cláusulas gerais permite que os valores sedimentados na sociedade possam penetrar no Direito Privado, de forma que o ordenamento jurídico mantenha a sua eficácia social e possa solucionar problemas inexistentes ao tempo da edição do Código Civil<sup>26</sup>.*

Com a inserção do princípio da operabilidade no Código Civil,

*O legislador não mais exercita o preciosismo gramatical do Código Bevilacqua. As novas normas perdem em estética, mas ganham em efetividade, pois adquirem o atributo cirúrgico da precisão. O direito não existe para ficar na altura das abstrações, mas sim para ser executado, com praticidade [...] o magistrado será um homem de seu tempo e meio. Caberá a ele a valoração do fato, mediante ponderação das características dos seus artistas e a natureza da atividade econômica desempenhada<sup>27</sup>.*

Ao analisar os contratos eletrônicos empresariais de massa, os operadores do direito, utilizando-se dos mecanismos jurídicos já existentes, podem resolver os problemas que forem surgindo, que são os mais diversos, e seria impossível discriminar uma a uma as possibilidades de divergências que podem aparecer no dia a dia forense para engessar o intérprete.

As controvérsias relativas aos contratos eletrônicos empresariais de massa são as mesmas dos demais contratos, tais como existência, validade, eficácia, proposta, oferta, aceitação, validade das negociações preliminares, a celebração entre presentes e entre ausentes, o lugar da formação dos contratos, entre outras comuns aos demais contratos.

O que difere os contratos eletrônicos empresariais (interempresariais)<sup>28</sup> de massa dos demais contratos interempresariais é a adesividade, mas a interpretação dos contratos de adesão já está regulamentada no Código Civil, arts. 423<sup>29</sup> e 424<sup>30</sup>.

Portanto, a discussão passa a ser sobre a possibilidade de a sociedade empresária aderente a um contrato eletrônico empresarial de massa apresentar-se frágil em razão da estrutura corporativa da sociedade empresária que elaborou o contrato de adesão. Havendo fragilidade, esta é de direito material ou de direito processual? A questão será tratada no tópico seguinte.

## 7. A diferença entre fragilidade/vulnerabilidade e fragilidade/hipossuficiência

É comum num contrato empresarial que as partes contratantes tenham estruturas corporativas diferentes, sendo uma mais forte que a outra no mercado, outra mais forte

<sup>26</sup> ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 22.

<sup>27</sup> ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 25.

<sup>28</sup> FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

<sup>29</sup> Código Civil, art. 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

<sup>30</sup> Código Civil, art. 424: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

quanto à marca, quanto à qualificação de seus executivos, e isso não significa que a contratação tenha sido realizada mediante a imposição de um contratante sobre o outro. Em se tratando de contratos entre sociedades empresárias, cujo objeto da contratação destina-se a fomentar a atividade econômica, ambas as partes conhecem do negócio.

Pode acontecer de uma parte estar frágil perante a outra, por motivos os mais variados, como por exemplo, estar com passivo muito alto, sem poder de barganha quanto ao objeto do contrato, prestes a pedir recuperação judicial ou falência; todavia, isso não significa que esta parte tenha celebrado o contrato sem ter conhecimento acerca dos termos da contratação, induzida em erro ou assumido prestação manifestamente desproporcional, em situação de lesão, nos termos do art. 157 do Código Civil.

É inegável que o Código de Defesa do Consumidor introduziu uma nova mentalidade no direito brasileiro e contribuiu muito para o avanço do sistema democrático, garantindo os direitos dos consumidores. Entretanto, infelizmente, hoje em dia há forte pressão para introduzir no direito comercial, regras que são específicas das relações de consumo. A volúpia de alguns, muitos até, de inserirem no direito comercial institutos específicos do direito do consumidor prejudica o exercício da atividade empresarial e milita contra o direito comercial.

Em uma sociedade evoluída, a atividade empresarial deve ser incentivada, porque é dela que se extrai a receita do Estado para financiar a segurança pública, a saúde, educação e os demais serviços essenciais. E o ordenamento jurídico criou mecanismos para incentivar a ousadia empresarial, protegendo o patrimônio pessoal do integrante do quadro societário, como por exemplo, a limitação da responsabilidade à integralização do capital. A exceção está no Código Civil, art. 50, quando ocorrer abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, que permite a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial, ou seja, em matéria de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, o Código Civil adotou a teoria maior, que exige o desvio de finalidade, ou a confusão patrimonial, como requisitos necessários para desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade empresarial e atingir o patrimônio particular de seu sócio ou acionista.

Entretanto, é comum em processos judiciais cujas partes são empresárias a formulação de pedidos de desconsideração da personalidade jurídica com fundamento na teoria menor da desconsideração, prevista no art. 28, parágrafo 5º, do Código do Consumidor, segundo a qual basta a inadimplência da sociedade empresarial para a desconsideração, atingindo o patrimônio dos sócios ou acionistas.

Da mesma forma, é frequente em lides empresariais, já na petição inicial, a parte construir seus argumentos com base no princípio da vulnerabilidade, instituto específico de direito do consumidor.

Como afirmamos em tópico anterior, o STJ está interpretando como sinônimos os institutos da vulnerabilidade e hipossuficiência, que na verdade são distintos. A vulnerabilidade é instituto de direito material, enquanto a hipossuficiência é instituto de direito processual. E nos contratos eletrônicos empresariais de massa uma das partes pode tornar-se hipossuficiente no caso concreto, dentro do processo, mas não vulnerável.

A vulnerabilidade é um estado da pessoa no momento da contratação e é um princípio do Código de Defesa do Consumidor, que visa proteger o consumidor na relação jurídica de consumo, que é uma relação de direito material. Por isso que a doutrina afirma:

*[...] assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Ripert, La règle morale, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Bouvard, Rapport, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação<sup>31</sup>.*

Diferentemente, a hipossuficiência:

*[...] é a impotência do consumidor para produzir prova perante aquela relação contratual. Ocorre, portanto, graças à dificuldade do indivíduo em provar fato alegado, devido à desvantagem que dificulta ou impossibilita a defesa do direito em juízo quanto à técnica, ao processo, ou à estrutura<sup>32</sup>.*

Um dos problemas que surgem da adesividade dos contratos eletrônicos empresariais de massa é processual, qual seja, se a sociedade empresária que aderiu às cláusulas previamente fixadas num contrato de adesão pode ser considerada hipossuficiente na relação processual, frente a uma sociedade empresária de grande porte e com estrutura corporativa muito maior que a estrutura empresarial da aderente.

O vulnerável celebra um contrato que lhe é prejudicial, em razão de seu estado pessoal de vulnerável. A vulnerabilidade é existente no momento da contratação, ou durante a execução do contrato, ou seja, a vulnerabilidade está inserida na relação jurídica de direito material. Diferentemente, o hipossuficiente celebra o mesmo contrato em situação de igualdade, porém, posteriormente, quando ocorre um desacordo comercial e a questão vai para o Judiciário, ele tem dificuldades para fazer a prova de suas alegações, ou seja, a hipossuficiência está fora da relação jurídica de direito material e dentro do processo.

Portanto, a fragilidade do vulnerável integra o contrato, daí a fragilidade/vulnerabilidade ser instituto de direito material. Em situação diferente, a fragilidade do hipossuficiente não está no contrato e sim na dificuldade de fazer prova, ou seja, a fragilidade/hipossuficiência é instituto de natureza processual.

## **8. O mecanismo do CPC para garantir a igualdade processual da sociedade empresária hipossuficiente**

O CPC de 1973 adotou a teoria estática da distribuição do ônus da prova, segundo a qual cabe a quem alega fazer prova de suas alegações<sup>33</sup>. A doutrina processual evoluiu e passou a entender que era possível ao juiz, no caso concreto, distribuir o ônus da prova,

<sup>31</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 197.

<sup>32</sup> LIMA, Sthéfanni Machado. Vulnerabilidade e hipossuficiência na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, n. 2, p. 241-259. Disponível em: <http://bit.ly/2kBjtGR>. Acesso em: 23 set. 2019. Com referência a: HOLFFMAN, Paulo. Inversão do ônus da prova prevista no CDC. In: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (coord.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

<sup>33</sup> CPC/1973: “Art. 333. 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”.



atribuindo a incumbência de provar à parte que estivesse em melhores condições de fazê-lo. Nessa linha de raciocínio, tem-se a lição de Marinoni, afirmando que:

*[...] o ônus da prova pode ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo. Não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se repare prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar<sup>34</sup>.*

Com o advento do novo Código de Processo Civil, a distribuição dinâmica do ônus da prova foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro. Como regra geral, o art. 373 do NCPC distribuiu o ônus da prova seguindo a mesma redação do CPC/1973, dispondo que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo; todavia, o próprio Código fez uma ressalva no parágrafo primeiro do dispositivo:

*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.*

Com o advento do NCPC, o ordenamento jurídico autoriza expressamente o juiz, em casos específicos, a distribuir o ônus da prova de forma dinâmica, a fim de que a incumbência de provar o fato seja da parte que tiver melhores condições de fazê-lo, independentemente de ser autor ou réu e de ser a parte que alegou o fato que será objeto da prova.

A distribuição dinâmica do ônus da prova não é discricionariedade do juiz e o Código estabelece requisitos para a substituição da regra geral pela regra especial. Para a doutrina:

*A quebra do sistema estático do ônus da prova não se dá segundo o juízo de conveniência e oportunidade feito pelo magistrado no caso concreto. O novo Código estatui que o emprego da redistribuição dinâmica da carga probatória está sujeito a requisitos legais que são objetivos e escapam, portanto, do subjetivismo do juiz, quais sejam:*

---

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 335.

*(a) impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos estáticos da lei, ou; (b) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, por parte daquele a quem a lei ordinariamente não impunha o ônus da prova*<sup>35</sup>.

O NCPC criou um mecanismo que permite ao juiz dar efetividade ao processo, distribuindo o ônus da prova à parte que tiver melhores condições de fazê-lo:

*[...] ao inovar o regime das cargas legais da prova, o juiz deverá fazê-lo em decisão fundamentada, em que demonstre, com adequação, a ocorrência de um dos requisitos objetivos do § 1º do art. 373 do NCPC. E, ainda que presente tal requisito, a decisão jamais poderá gerar situação em que a desimcumbência do encargo pelo novo destinatário seja impossível ou excessivamente difícil (art. 383, § 2º). A vedação da exigência da prova diabólica, aquela insuscetível de ser produzida é, nessa ordem de ideias, um limite rigoroso à aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório*<sup>36</sup>.

Em se tratando de matéria que foge à regra geral do Código, o juiz deverá proferir decisão interlocutória fundamentada sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, exteriorizando os motivos da substituição da regra geral do art. 373 pela regra especial da distribuição dinâmica prevista no parágrafo primeiro do citado dispositivo.

Com a inserção do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova no NCPC, o legislador reconheceu que, independentemente de o litígio envolver relação de consumo, de direito civil ou de direito empresarial, de as partes litigantes serem pessoas físicas ou jurídicas, pode ocorrer de uma das partes estar fragilizada em relação à outra em matéria probatória.

Reconhecendo a fragilidade de uma das partes para fazer a prova necessária para a realização de um processo justo, o juiz pode distribuir dinamicamente o ônus da prova, mediante decisão interlocutória fundamentada, seja em processos envolvendo consumidores, seja entre sociedades empresárias, o que significa que o NCPC reconheceu que numa relação contratual de direito empresarial, pode uma das partes contratantes ter dificuldades de provar o fato alegado e a parte contrária ter melhores condições de trazer tal prova ao processo.

Como a prova é questão processual, a dificuldade de provar um fato configura uma situação de fragilidade/hipossuficiência, que não nasceu junto com o contrato eletrônico empresarial de massa (contrato eletrônico empresarial de adesão) e sim, surgiu posteriormente, durante a tramitação do processo. E para garantir a igualdade processual entre as partes litigantes e assegurar um contraditório justo, dando efetividade ao comando constitucional do art. 5º, inciso LV, segundo o qual, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>35</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 891. Com referência a: LOPES, João Batista. *Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil*. *Revista do Processo*, São Paulo, n. 204, p. 240, fev. 2012.

<sup>36</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 891.

O mecanismo criado pelo NCPC trouxe uma contribuição para o direito empresarial/comercial, na medida em que, de agora em diante, em processos judiciais envolvendo lides empresariais, mais precisamente em contratos eletrônicos empresariais de massa, o juiz poderá, no caso concreto, reconhecer a fragilidade de uma das partes em questões probatórias, e expedir decisão interlocutória fundamentada, distribuindo o ônus da prova para a parte que tiver melhores condições de assumir o encargo.

Com o mecanismo processual colocado à disposição dos juízes, esperamos o aperfeiçoamento da jurisprudência, no sentido de extirpar do direito empresarial o instituto da vulnerabilidade, que é específico do direito do consumidor, e tem sido erroneamente utilizado pelo Poder Judiciário ao analisar controvérsias em contratos empresariais.

Até advento do NCPC, a jurisprudência, inclusive do STJ, estava reconhecendo a presença de vulnerabilidade em contratos empresariais, como se no ato da contratação uma das partes estivesse em desvantagem, vez que a vulnerabilidade está na relação contratual, relação de direito material, o que não é verdade. Resultado dessa interpretação foi a criação da teoria finalista aprofundada, ou finalista temperada, que considera consumidora a sociedade empresária frágil dentro do processo, e em razão dessa fragilidade, transforma a relação contratual empresarial em relação de consumo. Com a inserção de um instituto de direito do consumidor nos contratos empresariais eletrônicos de massa, desnaturava-se a relação jurídica de direito empresarial, lançando em vala comum o direito empresarial com o direito do consumidor.

Agora, com o NCPC, é hora de reconhecer, de uma vez por todas, que em se tratando de direito empresarial, e nos contratos eletrônicos empresariais de massa, nenhuma das partes contrata em situação de vulnerabilidade. Pode, em momento futuro, dentro de um processo, o juiz reconhecer que uma das partes, apesar de ter contratado em situação de igualdade, está em dificuldades de fazer a prova do fato alegado, e que a outra parte está em condições de trazer aos autos a prova necessária para a decisão judicial justa e assim, distribuir dinamicamente o ônus da prova, sem cometer o equívoco de importar para o direito empresarial um instituto específico do direito do consumidor.

## 9. Conclusões

1. As relações negociais realizadas pela internet trouxeram para a humanidade uma nova forma de comerciar, que é a comercialização eletrônica, facilitando a realização de negócios e a geração de riqueza.

2. A possibilidade de comerciar eletronicamente, por meio da internet, está ampliando o comércio não apenas na relação fornecedor/destinatário final, que são as relações de consumo, possibilitando que as sociedades empresárias realizem negócios com outras sociedades empresárias por meio da internet, onde a parte que procura adquirir produtos e serviços adere a um contrato eletrônico empresarial de massa, um contrato de adesão.

3. O fato de ser contrato de adesão não traduz relação de consumo, permanecendo a natureza jurídica de contrato eletrônico empresarial de massa.

4. Numa contratação eletrônica empresarial de massa não há vulnerabilidade de nenhuma das partes contratantes, nem da parte que vende o produto ou serviço, nem da parte que adere ao contrato de massa, mas pode haver hipossuficiência (fragilidade processual) em uma disputa judicial entre as sociedades empresárias.

5. A jurisprudência, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça, vinha reconhecendo que, num contrato empresarial, havendo fragilidade de uma das partes, havia vulnerabilidade (instituto específico de direito do consumidor, que integra a relação jurídica de direito material), e interpretava essa relação jurídica com relação de consumo, trazendo para o direito empresarial um instituto previsto exclusivamente no Código de Defesa do Consumidor.

6. Com essa interpretação, os contratos eletrônicos empresariais de massa, que são contratos de adesão, estavam sendo transformados em contratos de consumo, desnaturando os contratos empresariais.

7. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, este trouxe para o ordenamento jurídico a **teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova**, permitindo ao juiz, no caso de fragilidade processual de uma das partes em fazer prova de suas alegações, e se a outra parte tiver condições de fazê-la, proferir decisão interlocutória fundamentada, atribuindo o ônus da prova para a parte que estiver em melhores condições de fazê-la, independentemente da natureza da relação jurídica ser relação de consumo, relação de direito civil, de direito empresarial, trabalhista, e dos demais ramos do direito.

8. Com esse mecanismo, o NCPC está permitindo que se corrija a distorção jurisprudencial de inserir no direito empresarial/comercial o instituto da vulnerabilidade, que é exclusivo do direito do consumidor. O NCPC está contribuindo com o direito empresarial no sentido de dar aos operadores do direito um mecanismo processual para resolver as lides empresariais sem transformar uma relação jurídica de natureza empresarial material em relação jurídica de consumo, deixando ao direito empresarial/comercial a regulamentação e interpretação de seus institutos de acordo com a boa doutrina comercialista.

## 10. Bibliografia

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. *Contratos eletrônicos: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2012.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva / Livraria Acadêmica, 1945.

BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

EIZIRIK, Nelson. *Direito societário: estudos e pareceres*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

EIZIRIK, Nelson; CARVALHOSA, Modesto. *Estudos de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELETRONIC COMMERCE. In: WORLD TRADE ORGANIZATION. Genebra: WTO, c2019. Disponível em: <http://bit.ly/2lXszTr>. Acesso em: 20 set. 2019.

ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973.

FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. 1.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. Rio de Janeiro: Singular, 2004. v. 2.

LIMA, Sthéfanni Machado. Vulnerabilidade e hipossuficiência na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, n. 2, p. 241-259. Disponível em: <http://bit.ly/2kBJtGR>. Acesso em: 23 set. 2019. Com referência a: HOLFFMAN, Paulo. Inversão do ônus da prova prevista no CDC. In: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (coord.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARSHALL MCLUHAN. In: WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. [S. l.]: Wikipedia, 26 ago. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/2mpKiTH>. Acesso em: 20 set. 2019. Menção à obra: MCLUHAN, Marshall. *A galáxia de Gutemberg: a formação do homem tipográfico*. São Paulo: Editora Nacional, 1977.

MARSHALL MCLUHAN. In: WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. [S. l.]: Wikipedia, 26 ago. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/2mpKiTH>. Acesso em: 20 set. 2019. No site da biografia de Marshall Mac Luhan, ao mencionar a obra *Understanding media: the extension of man*, fazendo remissão a *Os meios de comunicação como extensões do homem*. MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. 10. ed. São Paulo: Pensamento/Cultrix, 1974.

MAXIMILIAN, Paulo. *Contratos bancários*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso. *Contratos empresariais*. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2014. p. 12. Disponível em: <http://bit.ly/2l3G4AU>. Acesso em: 26 jul. 2016.

PECK, Patrícia. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes Rebouças. *Contratos eletrônicos: formação e validade: aplicações práticas*. São Paulo: Almedina, 2015.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2004.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTE, Paulo Henrique Vieira. Contratos eletrônicos e sua validade jurídica. *E-gov*, 30 mar. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2mplVkh>. Acesso em: 20 set. 2019.

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. *Contratos eletrônicos e validade da assinatura digital*. Curitiba: Juruá, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 3.

ZANETTI, Andrea; FEFERBAUM, Marina. *Direito dos negócios em debate*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2011.

