



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A CONTROVÉRSIA DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
AO ADQUIRENTE INVESTIDOR DE BEM IMÓVEL

Danubia Gracielle Costa Ribeiro

Rio de Janeiro
2016

DANUBIA GRACIELLE COSTA RIBEIRO

A CONTROVÉRSIA DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
AO ADQUIRENTE INVESTIDOR DE BEM IMÓVEL

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:

Nelson Tavares

Neli C. Fetzner

Flávia Zebulum

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro

2016

A CONTROVERSIA DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO ADQUIRENTE INVESTIDOR DE BEM IMÓVEL

Danubia Gracielle Costa Ribeiro

Graduada pela Faculdade de Direito Moraes Junior Mackenzie Rio. Advogada.

Resumo - O crescimento econômico dos últimos anos, fez surgir contratos imobiliários mais complexos. A aplicação do Código de defesa do consumidor a tais contratos é a regra, porém, em algumas situações há que se verificar a existência ou não dos requisitos para o estabelecimento da relação consumerista. O objetivo do trabalho é abordar a vulnerabilidade dos adquirentes com fulcro investidor e verificar a adequação ou não da aplicação do código de defesa do consumidor a estes contratos.

Palavras - chave - Direito do Consumidor. Contrato Imobiliário. Adquirente investidor.

Sumário - Introdução. 1. O conceito de consumidor a luz das teorias, maximalistas, finalista e finalista mitigada e sua relação com o novo tipo de adquirente de bem imóvel que tem como objetivo investimento. 2. As dificuldades de correlação entre o adquirente investidor de bem imóvel e a Vulnerabilidade como elemento essencial para a caracterização da relação de consumo. 3. A controvérsia da aplicação do CDC aos contratos de compra e venda de bem imóvel em que o adquirente é investidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de aplicação ou não do Código de defesa do consumidor a determinados contratos em que o adquirente de bem imóvel é investidor de negócio complexo e altamente rentável.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir de forma clara se o adquirente em determinados casos é consumidor ou não.

Assim, no primeiro capítulo pretende-se verificar um a um os aspectos do novo adquirente, traçando uma correlação com os conceitos trazidos pela teoria maximalista, finalista e finalista mitigada a respeito do que seria consumidor, a fim de se averiguar se o novo personagem cabe no entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O capítulo inicial pretende, ainda, trazer à tona os novos tipos de contratos no ramo imobiliário e o nascimento de um adquirente que possui características diferentes daqueles que antes, no máximo, pretendiam colocar um imóvel para aluguel.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a vulnerabilidade deste investidor, ante a aplicação da teoria finalista mitigada adota pelo STJ.

Com isto, o interesse é fazer uma análise de todos os aspectos da vulnerabilidade (técnica, financeira e socioeconômica) e o enquadramento desta nova figura como parte mais frágil ou não da relação.

O terceiro capítulo trata da possibilidade de aplicação ou não do CDC em contratos específicos cujo adquirente é investidor de negócio complexo, rentável, visando única e exclusivamente lucro.

Vale dizer que as questões acerca da aplicação do CDC estão longe de se tornarem pacíficas, tendo em vista as transformações constantes da sociedade, o que não é diferente no ramo imobiliário, que hoje atua com diversos tipos de contratos, não havendo dificuldades em se verificar negócios em que o adquirente não é mais o sujeito com interesse em renda simples e módica, mas visa outros setores como o da hotelaria, por exemplo, nascendo, portanto, um novo tipo de adquirente, o investidor.

O que se busca é evitar o esvaziamento da norma consumerista, o que proporcionaria o desequilíbrio contratual entre as partes, com sua aplicação indiscriminada sem considerar o nascimento de novas relações.

Esta pesquisa seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

1. O CONCEITO DE CONSUMIDOR A LUZ DAS TEORIAS, MAXIMALISTAS, FINALISTA E FINALISTA MITIGADA E SUA RELAÇÃO COM O NOVO TIPO DE ADQUIRENTE DE BEM IMÓVEL QUE TEM COMO OBJETIVO INVESTIMENTO

A consubstanciação da relação jurídica de consumo está pautada no mesmo processo da relação jurídica em geral. Sempre que houver fornecimento de produtos e serviços, acidentes de consumo e outras hipóteses, independentemente da área do Direito, incorrerão as normas jurídicas de proteção do consumidor, nelas incluídos os princípios, e fazem operar os efeitos jurídicos previstos.

A individualização de tal relação ocorre sempre que os sujeitos sejam consumidor, fornecedor e o objeto, produtos ou serviços.

Cumpramos ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor discorre sobre os elementos da relação de consumo afim de não trazer dúvidas no que tange à incidência da norma, todavia, doutrina e jurisprudência durante longo tempo não se harmonizaram sobre a questão, mormente no que se refere ao conceito jurídico de consumidor, ora por se pretender alargar, ora por se pretender restringir o campo de incidência da Lei n. 8.078/90 que, por certo, está relacionado com a exata identificação do destinatário da proteção jurídica.

O CDC define consumidor em seu art. 2º como¹ “[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Nesse conceito, como se vê, a única característica restritiva é a expressão – destinatário final.

Cumpramos ainda ressaltar a definição de consumidor, enfatizada pela professora Cláudia Lima Marques²: “É o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores”.

Apesar das tentativas do CDC, as indagações sobre o que seria destinatário final de produtos ou serviços, ou se basta retirar o bem da cadeia de produção para que ali estivesse configurada a relação de consumo, continuam a conceber controvérsia na doutrina e jurisprudência pátria.

Vale esclarecer que quando o Código de defesa do Consumidor entrou em vigor, havia aqueles que davam uma ampla interpretação à expressão destinatário final, ou seja, viam no CDC um código geral do consumo, o novo regulamento do mercado contendo normas para todos os seus agentes, tanto consumidores como fornecedores.

Outros acreditavam que tal entendimento estava em rota de colisão com a finalidade do CDC, contra a sua própria razão de ser, que é de proteger o consumidor, a parte vulnerável nas relações de consumo. E transformar o direito do consumidor em direito do consumo importa em retirar dele toda a sua função protetiva, visto que tratar a todos de forma diferenciada é o mesmo que não haver tratamento especial.

Esses posicionamentos ou concepções deram origem a duas correntes distintas, que se tornaram conhecidas como corrente maximalista ou objetiva e corrente finalista ou subjetivista.

¹ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Desembargador André Ribeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 253.

A corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo.

Assim, a expressão destinatário final deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor pessoa, física ou jurídica que se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço.

Da teoria maximalista, extrai-se que não é preciso perquirir a finalidade do ato de consumo, ou seja, é totalmente irrelevante se a pessoa objetiva a satisfação de necessidades pessoais ou profissionais, se visa ou não o lucro ao adquirir a mercadoria ou usufruir do serviço.

Desta forma, se o indivíduo dá ao bem ou ao serviço uma destinação final fática, a pessoa física ou jurídica, profissional ou não, caracteriza-se como consumidora, pelo que dispensável cogitar acerca de sua vulnerabilidade técnica (ausência de conhecimentos específicos quanto aos caracteres do bem ou serviço consumido), jurídica (falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos) ou socioeconômica (posição contratual inferior em virtude da magnitude econômica da parte adversa ou do caráter essencial do produto ou serviço por ela oferecido), conforme ensinamento abaixo transcrito³:

Pela definição legal de consumidor, basta que ele seja o 'destinatário final' dos produtos ou serviços (CDC, art. 2º), incluindo aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão, bastando, para tanto, que não haja finalidade de revenda. O advogado que adquire livros jurídicos para bem desempenhar sua profissão é, sem dúvida, destinatário final dessa aquisição, e, como tal, consumidor segundo a definição legal. Não há razão plausível para que se distinga o uso privado do profissional; mais importante, no caso, é a ausência de finalidade de intermediação ou revenda.

Em última instância, aduzem os maximalista que o art. 2º do CDC deve ser interpretado de maneira extensiva, por se tratar de norma geral e busca servir, cada vez mais as relações de mercado.

Contrapondo a teoria maximalista surgiu a corrente finalista ou subjetivista, com a interpretação do art. 2º de maneira restritiva, levando em consideração o fator econômico para consubstanciação do que seria destinatário final, isto é, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetive o desenvolvimento de outra atividade negocial.

³ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 40.

Não se admite, para a teoria finalista, que o consumo se faça com vistas à integração do processo de transformação, beneficiamento ou montagem de outros bens ou serviços, que simplesmente passe a compor o ativo fixo do estabelecimento empresarial.

Neste diapasão, para a teoria finalista consumidor, em síntese, é aquele que põe fim a um processo econômico, restringindo-se, em princípio, às pessoas, físicas ou jurídicas, não profissionais, que não visam lucro em suas atividades e que contratam com profissionais, valendo transcrever a seguinte lição⁴:

Não há dúvidas de que o trabalhador que deposita o seu salário em conta corrente junto ao banco é consumidor de serviços por estes prestados ao mercado de consumo. Está, portanto, sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, se se tratar de contrato bancário com um exercente de atividade empresarial, visando ao implemento de sua empresa, deve-se verificar se este pode ser tido como consumidor. Se o empresário apenas intermedeia o crédito, a sua relação com o banco não se caracteriza, juridicamente, como consumo, incidindo na hipótese, portanto, apenas o direito comercial.

Com o decorrer dos anos a corrente subjetivista sofreu certo abrandamento na medida em que admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados profissionais e pequenas empresas, desde que se trate de consumo intermediário e fique demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

Consumo intermediário ocorre quando um profissional ou pequena empresa adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar a sua atividade negocial.

Esta é a posição atual adotada pelo STJ ao admitir excepcionalmente a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores e profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que se trate de consumo intermediário e fique demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica no caso concreto.

Frente o que dispõe a lei e o posicionamento doutrinário e jurisprudencial supracitados, que devem ser examinadas as questões objeto deste trabalho, uma vez que com o surgimento de temas inovadores no ramo do direito imobiliário, tem-se, no cenário atual, um novo tipo de adquirente: o investidor que forma novas relações jurídicas, cuja aplicação das teorias descritas até aqui é, no mínimo, dificultosa, ante a complexidade dos negócios, que muito se verificam na rede hoteleira, por exemplo.

⁴COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 450.

Neste tipo de relação, tem-se a figura do sócio direto, que é a administradora hoteleira, titular da bandeira, é o que se responsabiliza pelas operações hoteleiras e administrativas, e desincumbe o proprietário das unidades de exercer estas tarefas, que são extremamente técnicas e especializadas.

Conforme recente artigo escrito pelo advogado João Carlos Freitas, para o periódico *Diário do litoral*⁵, neste tipo de investimento, existe, ainda, a figura do *pool*, que são os adquirentes das unidades, os sócios ocultos que participam da transação através de balancetes mensais, com detalhamento de receitas e despesas, sendo certo que o resultado econômico do estabelecimento hoteleiro é rateado entre tais integrantes.

Assim é possível dizer que não há qualquer divisão, se negativo o balanço entre o resultado das locações feitas e as despesas, o que traduz um dos riscos do negócio.

Cumprе ressaltar que, neste tipo de empreendimento, tem-se um fundo de reserva, do qual se retirarão as despesas necessárias para a conservação dos imóveis e realização de reparos nas unidades.

Vale ressaltar, que é constituir-se um conselho de representantes dos proprietários das unidades, que fiscaliza as atividades da sócia ostensiva, examinando suas contas e a administração geral, podendo, inclusive, se contrata uma auditoria externa, para o controle da administração hoteleira.

O proprietário da unidade pode utilizá-la, dependendo de sua disponibilidade, no período por ele desejado, ou previsto na Convenção.

O contrato de adesão, com a sociedade por conta de participação, poderá disciplinar as condições para que o proprietário da unidade a utilize.

Nada impede que a unidade seja vendida a terceiros, sendo avisada a administradora, para efeito da distribuição da receita.

Em resumo: o *pool* hoteleiro é espécie de negócio do ramo imobiliário vantajoso para o proprietário da unidade, que opta pela forma mais prática e rentável de se tornar sócio do hotel, sem as dificuldades de gestão de uma empresa hoteleira, não precisando se envolver na difícil tarefa de uso, conservação e prospecção de hóspedes para a sua unidade.

⁵FREITAS, João Carlos. Periódicos eletrônicos: *Pool Hoteleiro*. Diário do Litoral, Santos, SP, 2016. Disponível em: <<http://www.diariodolitoral.com.br/colunistas/post/pool-hoteleiro/315/>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

Desta forma, não será preciso muito esforço para perceber que a atividade descrita aqui é nitidamente de investimento econômico, sendo que os interessados no empreendimento são atraídos pela rentabilidade prevista para a exploração do *pool*.

O que se conclui é que pela evolução das teorias aqui elencadas e a adoção do direito brasileiro pela teoria finalista mitigada, existem dificuldades de se enquadrar um investidor de *pool* hoteleiro, por exemplo, como consumidor sendo imprescindível a análise da vulnerabilidade de tal adquirente para verificação da aplicação ou não do CDC nestes casos, evitando assim que a norma de proteção gere efeito inverso.

2. AS DIFICULDADES DE CORRELAÇÃO ENTRE O ADQUIRENTE INVESTIDOR DE BEM IMÓVEL E A VULNERABILIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

As desigualdades surgidas nas relações consumeristas fez nascer à necessidade de proteção ao consumidor, uma vez que se verificou sua fragilidade frente aos grandes fornecedores que o seduzem com produtos e serviços ofertados das mais variadas formas, muitas vezes desequilibrando seu orçamento para adquirir um determinado bem, impedindo-o de fazer maiores reflexões sobre a utilização ou não do que se está sendo ofertado.

Neste sentido, é imperioso ressaltar que a fragilidade do consumidor resta latente, independentemente do seu grau cultural ou até mesmo econômico.

Assim, o princípio da vulnerabilidade do consumidor é verdadeiro corolário das relações de consumo, utilizado como fonte significadora dos vínculos entre fornecedores e consumidores.

O princípio da vulnerabilidade é o norte dos conflitos consumeristas e confere características específicas às questões de consumo facilitando a defesa da parte mais frágil.

A professora Claudia Lima Marques afirma que:⁶

Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.

⁶BENJAMIM, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.

Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Neste sentido, obviamente, o Código de Defesa do Consumidor reconheceu o estado de desigualdade em que se encontrava o consumidor, sabendo tratar-se de pessoa que, na prática, para obter produto ou serviço, deve aceitar com pouca margem para negociação, as condições impostas pelo fornecedor.

Cumprido esclarecer que, a fim de proteger todos aqueles que se encontram em situação inferiorizada, reequilibrando assim as relações, a doutrina desdobra o conceito de vulnerabilidade em vários âmbitos, sendo certo que aqui serão tratados os mais utilizados, qual seja, a vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica do consumidor.

A vulnerabilidade técnica do consumidor relaciona-se à falta de conhecimento de como se dá o processamento do produto ou serviço, não tendo ingerência de como, quando, onde e de que forma nasceu o que está sendo ofertado.

Ao consumidor só resta adquirir a oferta e confiar nas informações ali dispostas o que denota sua desvantagem no que concerne aos fornecedores.

Não obstante, cumpre ressaltar os ensinamentos adiante transcritos⁷:

A vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem.

E ainda, a título de esclarecimento cabe destacar, mais uma vez, as palavras da professora Cláudia Lima Marques ensinando que⁸ “Essa vulnerabilidade do profissional é excepcional (e neste sentido necessita prova in concreto), pois trata-se de atividade profissional de “consumo intermediário”, regulado pelo direito comum.

Outra característica da vulnerabilidade, levantada pela maioria da doutrina concerne ao fator jurídico, ou seja, carece o consumidor conhecimentos especiais razão pela qual o consumidor fica atrelado ao que lhe é informado, não participando do conteúdo de todos os contratos formulados para que aquele bem ou serviço estivesse à sua disposição da forma que está, especialmente nos contratos de massa e de adesão⁹:

⁷Ibid., p. 71.

⁸Ibid., p. 72.

⁹Ibid.

Ainda há a vulnerabilidade jurídica ou científica, que é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Essa vulnerabilidade no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e as pessoas jurídicas, vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se.

Por fim, a terceira característica da vulnerabilidade, que se pretende tratar aqui, diz respeito à característica de desvantagem econômica.

A vulnerabilidade econômica refere-se a maior capacidade financeira do fornecedor que, por sua posição e poder aquisitivo se sobrepõe ao consumidor, que por sua vez, fica sem saída em razão da necessidade de aquisição de produtos e serviços, muitas vezes essenciais¹⁰:

Há ainda a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos o que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas, e se submete às condições fixadas pela administradora de consórcios, ou pelo próprio Estado.

Neste sentido, a conceituação de uma relação como sendo de consumo deve ser permeada pelo princípio da vulnerabilidade em todas as suas nuances, seja técnica jurídica ou econômica, todavia, nos contratos imobiliários em que o adquirente é investidor não é possível vislumbrar tal fragilidade.

Veja que o adquirente investidor não é vulnerável técnica e juridicamente, visto que participa de todo o processo de realização do negócio, ou seja, sabe que atividade será executada no imóvel adquirido, tem ciência do que está descrito no Memorial de Incorporação, e participa da previsão contratual.

No que tange à vulnerabilidade econômica, mais uma vez, não há como relaciona-la ao adquirente investidor, visto que os contratos firmados entre o incorporador e os adquirentes das unidades, retratam, sem sombra de dúvidas, atividade de investimento econômico, em busca de rentabilidade.

Praticaram os adquirentes atos comerciais, e não de consumo, ingressando num empreendimento empresarial como investidores, com notório interesse no lucro, obtenção de rendimento.

¹⁰Ibid., p. 73.

A lei do consumo não considera consumidor aquele que adquire o produto com vistas à incrementação de atividade lucrativa, não havendo ato de consumo, sequer intermediário, mas sim negocial, empresarial, de investimento.

Com isto, resta evidente que pela interpretação do conceito de consumidor, seja pela teoria finalista mitigada, hoje aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, seja pela análise de cada viés da vulnerabilidade inerente às relações de consumo, não há que se cogitar da incidência do Código do Consumidor a tais contratos como será esmiuçado no capítulo seguinte.

3. A CONTROVÉRSIA DA APLICAÇÃO DO CDC AOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL EM QUE O ADQUIRENTE É INVESTIDOR

Dissecado o conceito jurídico de consumidor (padrão ou standard), é importante destacar as suas características marcantes, a saber:¹¹

- a) posição de destinatário fático e econômico quando da aquisição de um produto ou da contratação de um serviço. O destinatário fático, simplesmente, ainda que possa receber a tutela legal em virtude de outras situações, não estará incluído no conceito de consumidor padrão;
- b) aquisição de um produto ou a utilização de um serviço para suprimento de suas próprias necessidades, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, e não para desenvolvimento de outra atividade negocial, significa dizer, ausência de intermediação, de reaproveitamento ou de revenda;
- c) não profissionalidade, como regra geral, assim entendida a aquisição ou a utilização de produtos ou serviços sem querer prolongar o ciclo econômico desses bens ou serviços no âmbito de um comércio ou de uma profissão.

É à luz dos conceitos legais e do firme entendimento doutrinário e jurisprudencial delineados até aqui que devem ser examinadas as questões objeto deste trabalho.

A primeira questão a considerar diz respeito à natureza jurídica da relação estabelecida por ocasião da incorporação imobiliária.

¹¹CAMPOS, Liliane Fonseca. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI54529,71043-As+empresas+e+o+conceito+de+consumidor+possibilidade+de+enquadramento> >. Acesso em: 13 Set. 2016.

Conforme se depreende dos ensinamentos do Advogado Oton Fernandes¹², A tarefa não oferece maior dificuldade quando se tem de forma clara, direta e objetiva a finalidade do empreendimento, quando do seu lançamento, e a absoluta clareza sobre o propósito dos adquirentes das unidades imobiliárias.

Dúvidas não existem, portanto, quanto à inexistência de relação de consumo entre o incorporador e os adquirentes de unidades autônomas de um empreendimento com fito de investimento, uma vez que estes não se enquadram no conceito legal de consumidor, quer pela corrente maximalista ou objetiva, quer pela finalista ou subjetiva, e quer, ainda, pela corrente subjetiva mitigada.

Assim é porque os adquirentes de unidades autônomas não praticaram atos de consumo, nem final e nem intermediário, mas sim atos comerciais, ingressando num empreendimento empresarial como investidores com objetivo de lucro, obtenção de rendimento, e não como destinatários finais dessas unidades, destinadas à residência própria e da família.

Com isto, o adquirente investidor com plena consciência de que o empreendimento é destinado ao fomento de uma atividade empresarial relacionada à exploração de serviços de hotelaria, por exemplo, age imbuído pelo lucro, tudo como já foi sustentado antes, mas vale a pena repetir.

O risco é inerente na atividade de investimento econômico, e não há como eliminá-lo. Pode-se, quando muito, mitigá-lo, mas até hoje não se engendrou um negócio econômico imune à riscos, capaz de assegurar, integralmente, o resultado esperado, conforme consta nos ensinamentos adiantes descritos:¹³

Aqui o que interessa é o aspecto do risco, que se incrementa na intrínseca relação com o custo. Esse binômio risco/custo (ao qual acrescentarei um outro: o do custo/benefício) é determinante na análise da viabilidade do negócio. A redução da margem de risco a baixos níveis (isto é, a aplicação máxima no estudo de todas as variáveis) eleva o custo a valores astronômicos, inviabilizando o projeto econômico. Em outras palavras, o custo, para ser suportável, tem de ser definido na relação com o benefício. Esse outro binômio custo/benefício tem de ser considerado. Descobrir o ponto de equilíbrio de quanto risco vale a pena correr a um menor custo possível, para aferir a maximização do benefício, é uma das chaves do negócio.

¹²FERNANDES, Oton. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28219/comentarios-sobre-incorporacao-imobiliaria-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 13 set. 2016.

¹³NUNES, Rizzato. Disponível em: <www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI138170,31047-A+base+da+responsabilidade+objetiva+no+Codigo+de+Defesa+do+Consumidor>. Acesso em: 16 Out. 2016.

A álea é inafastável da atividade negocial, por mais segura que se apresente a proposta de contrato.

Até porque circunstâncias supervenientes e imprevisíveis podem alterar significativamente, o cenário econômico vigente quando da celebração do contrato.

Não é por outra razão que desde o passado remoto, os romanos criaram a conhecida cláusula *rebus sic stantibus*, para mitigar o princípio do *pacta sunt servanda*.

O art. 478 do nosso Código Civil inclui a onerosidade excessiva, decorrente de circunstâncias supervenientes e extraordinárias, entre as causas que autorizam a resolução ou a modificação dos contratos.

Não será difícil concluir que a perspectiva de lucro, perseguida pelo investidor, não é garantida, por maiores as cautelas que tenham sido adotadas.

Os investimentos ora produzem excelentes resultados, em termos de lucro e rentabilidade, superando até mesmo as expectativas mais otimistas, ora acarretam a mais profunda frustração, impondo ao investidor graves prejuízos econômicos, muitas vezes de impossível ou difícil reparação.

Veja que quanto maior a rentabilidade oferecida ao investidor, maior é o risco a ser por ele assumido.

Daí a criação de perfis de investimentos, desde os ousados aos conservadores, conforme o grau de risco envolvido e a promessa de retorno.

Em tese, portanto, e sem referência expressa à hipótese da consulta, podemos afirmar que eventual perda econômica dos investidores advém do risco do empreendimento.

Ora, o Código do Consumidor, repita-se, não admite como consumo aquele que é feito com vistas à incrementação de atividade lucrativa. Não obstante a amplitude do seu campo de aplicação, o CDC é uma lei especial e não geral. Tem o caráter de lei geral no que se refere ao objeto – produtos e serviços (*ratione materiae*) – mas é lei especial no que se refere aos sujeitos (*ratione personae*), aplicável somente aos consumidores e fornecedores e suas relações. Nesse sentido a lição dos mais autorizados consumeristas:¹⁴

Subjetivamente, o campo de aplicação do CDC é especial, regulando a relação entre fornecedor e consumidor (arts. 1º, 2º, 3º, 17 e 29) ou relação de consumo (arts. 4º e 5º). Já o campo de aplicação do CC/2002 é geral: regula toda relação privada não privilegiada por uma lei especial.

¹⁴Id, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

Não se admite, a pretexto de interpretar a lei, alterar os conceitos legais estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor por se tratar de interpretação autêntica estabelecida pelo legislador para que não se descaracterize a sua disciplina. Efetivamente, se todos forem considerados consumidores, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passará a ser um direito comum, nem civil, mas sim comercial.

Não haverá sentido em tornar o especial em comum, o excepcional em genérico, ampliando sobremaneira a gama de situações a merecer a proteção consumerista. Quando a proteção é exagerada acaba desprotegendo, a proteção se volta contra o protegido.

Conclui-se, portanto e a todas as luzes, que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos de investimento, entre os quais se inclui a compra e venda de unidades integrantes de um *pool* hoteleiro, conforme jurisprudência recente abaixo transcrita:¹⁵

Processo: Decisão que deferiu, parcialmente, os efeitos da tutela, e determinou que o adimplemento das prestações vincendas do contrato firmado entre as partes fosse feito mediante depósito judicial, vinculado ao processo. Acerto do decisum. Aquisição de imóvel para investimento em ramo hoteleiro. Relação instituída entre as partes que não se configura de consumo.

Desta forma, apesar do entendimento inicial acerca do tema, percebe-se que por conta da forte crise econômica do país, a aplicação do CDC tem sido efetivada de forma mais criteriosa, ao menos no que se refere a jurisprudência de terminados tribunais.

CONCLUSÃO

A principal reflexão que o tema deste trabalho propõe é a mesma que consta nas mais variadas doutrinas acerca do direito do consumidor, qual seja, tratar do desafio que o aplicador da norma tem ao saber diferenciar qual das partes é fornecedor e qual é consumidor, uma vez que tal exercício é que define a aplicação da legislação especial consumerista

¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento n. 0007589-53.2014.8.19.0000. Relator: Desembargadora Maria Regina Nova Alves. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400205188>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

A incidência do CDC é *ratioe personae* o que torna sua interpretação subjetiva em razão da necessidade de proteção ante a vulnerabilidade de uma das partes, ou seja, existe um indivíduo dentro de uma relação, que pode ser contratual ou extracontratual, e que necessita de auxílio por ser frágil frente ao outro vértice da relação.

A CRFB/1988 trouxe um novo olhar para o direito privado tornando-o mais social e preocupado com os mais fracos, buscando mecanismo como forma de garantir relações equilibradas, daí decorre o comando de proteção ao consumidor.

Não obstante, tendo em vista a importância da proteção foram criadas diversas teorias afim de garantir a aplicação correta da norma protetiva.

Neste sentido, não se pode fechar os olhos para tanto esforço e vulgarizar a aplicação do CDC, sob pena de esvaziamento da medida e implicações em vários âmbitos.

É impensável a incidência do CDC com fito de desconstruir a relação negocial de sócios, sendo certo que tal interpretação é capaz de impactar setores da economia, por exemplo que por sua vez impacta no setor social, criando um efeito reverso, já que proteção tem este cunho, uma vez que busca o equilíbrio das relações.

A aplicação indiscriminada do CDC a qualquer relação desvirtua o sentido da lei e ao invés de equiparar, implica em disparidade entre as partes.

Tal desestabilidade muitas vezes permeia as relações de que trata este trabalho onde, apesar de termos um civil e uma grande empresa, verifica-se que o fito do adquirente é de investimento e conseqüentemente visando o lucro, assumindo os riscos do empreendimento.

Assim, o público alvo da incorporação foi investidores interessados em empreendimento imobiliário empresarial, presumidamente capacitados para conhecer e arrostar os riscos do negócio, tal como ocorre com investidores em bolsa de valores, no mercado financeiro e outros tantos empreendimentos societários, empresariais ou comerciais.

Não se admite, a pretexto de interpretar a lei, alterar os conceitos legais estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor por se tratar de interpretação autêntica estabelecida pelo legislador para que não se descaracterize a sua disciplina.

Efetivamente, se todos forem considerados consumidores, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passará a ser um direito comum, nem civil, mas sim comercial.

Não haverá sentido em tornar o especial em comum, o excepcional em genérico, ampliando sobremaneira a gama de situações a merecer a proteção consumerista. Quando a proteção é exagerada acaba desprotegendo, a proteção se volta contra o protegido.

Conclui-se, portanto e a todas as luzes, que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos de investimento, entre os quais se inclui a compra e venda de unidades integrantes de um de um empreendimento com fulcro ao investimento comercial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMPOS, Liliane da Fonseca. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI54529,71043As+empresas+e+o+conceito+de+consumidor+possibilidade+de+enquadramento>>. Acesso em: 13 Set. 2016.

FREITAS, João Carlos. Periódicos eletrônicos: *Pool Hoteleiro*, Santos, SP. Disponível em: <<http://www.diariodolitoral.com.br/colunistas/post/pool-hoteleiro/315/>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

MARQUES, Claudia Lima, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, BENJAMIN, Antônio Herman V., BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzato. Disponível em: <www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI138170,31047-A+base+da+responsabilidade+objetiva-no+Codigo+de+defesa+do+consumidor>. Acesso em: 16 Out. 2016.