

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSUMERISTAS

ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND APPLICABILITY OF CONSUMER SYSTEM LEGAL STANDARDS

Dante Ponte de Brito *

Cora Cristina Ramos Barros Costa **

Recebimento em 26 de maio de 2017.

Aprovação em 28 de junho de 2017.

Resumo: O Direito não é estático, ao contrário, é de sua natureza epistemológica estar permanentemente em construção. O reconhecimento de novas demandas sociais exige uma diálogo entre os diversos ramos do direito a fim de que a proteção se dê de forma plena. Exige-se, assim, tanto do legislador, quanto dos intérpretes e dos aplicadores da norma uma análise criteriosa e bem fundamentada juridicamente a fim de extrair a melhor solução para os casos concretos. Foi neste panorama que o presente trabalho propôs um breve estudo acerca de um tema relevante, mas ainda não muito discutido, qual seja a aplicabilidade das normas jurídicas consumeristas aos contratos administrativos. Seu objetivo consubstanciou-se em analisar o cabimento de tais preceitos, sua respectiva fundamentação jurídica e a verificação das possíveis consequências para as partes envolvidas nessa relação. Durante seu desenvolvimento, discorreu-se inicialmente sobre o regime jurídico administrativo e os contratos administrativos. Em seguida, traçou-se as linhas gerais para compreensão das relações de consumo, da vulnerabilidade do consumidor e dos sujeitos da relação jurídica em questão, quais sejam: o fornecedor e o consumidor. Por fim, com o intuito de contribuir para o debate acerca de um tema em que há controvérsia na doutrina e na jurisprudência, discorrer-se-á sobre a possibilidade de Administração Pública figurar como sujeito consumidor nos contratos administrativos e, em razão disso, ser a ela aplicada o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Contratos administrativos. Relações de consumo. Vulnerabilidade do consumidor.

Abstract: The Law is not static, on the contrary, it has a natural epistemological way to be always under construction. The recognition of new social demands requires a dialogue among the different ways of Law, expecting a protection to be given in full. It's required, therefore, from the legislator and the interpreters and also the law applicators, a very stricted view and very well legally fundamentation to extract the best solution for specific cases. Based on this, the present work has proposed a brief study about an important issue, but not

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife-PE, Brasil. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Professor Adjunto II do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí - UFPI. Advogado atuante nas áreas de Direito Civil e do Consumidor. E-mail: dantephb@ufpi.edu.br.

** Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – Recife-PE, Brasil. Advogada e Assessora Jurídica do Procon-PE. E-mail: ccrabarros@gmail.com.

discussed yet, that is the applicability of consumerism rules on the administrative contracts. The main objective of this is analyzing the appropriateness of those precepts, their respective legal fundamentation and the possible consequences of the involved parts in the relation. During its development, initially has been spoken about the administrative system and the administrative contracts. Then, drew up the guidelines to understand the consumer relations, the consumer vulnerability and the parts of the legal relation in question, as the supplier or the consumer. Finally, in order to contribute with the discussion about a subject in which has controversy in doctrine and jurisprudence, will be discuss the possibility of Public Administration figure as a consumer been in administrative contracts and, as a result of that, the application of the Safety Code and Consumer Protection.

Keywords: Applicability of Consumer Protection and Defense Code. Public contracts. Consumer relations. User vulnerability.

INTRODUÇÃO

As relações de consumo e a sua respectiva proteção têm alcançado cada vez mais espaço no meio acadêmico. Tal fato é decorrência, dentre outros fatores, de uma tendência de valorização das demandas coletivas com o objetivo de assegurar os postulados da solidariedade e da fraternidade e atingir a pacificação social por meio de instrumentos que visam proteger os mais necessitados.

O caráter multidisciplinar da matéria consumerista possibilita seu diálogo com outros ramos jurídicos, a exemplo do direito constitucional, processual, penal e, também, do direito administrativo.

Esta visão ampla das normas de direito do consumidor ganha relevo no âmbito do direito administrativo quando se trata da temática dos contratos administrativos. Estes, caracterizam-se por serem pactos que a Administração Pública firma com o particular, com prerrogativas especiais, fundamentados na supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

Ressalte-se, desde já, que, para que se configure uma relação jurídica de consumo, é fundamental que haja, essencialmente, a característica da desigualdade existente entre as partes. Nesse sentido alerta Miragem:

Desigualdade esta que pode se apresentar de diversos modos, seja originária da desproporção da capacidade econômica das partes, ou mesmo da ausência de acesso e compreensão das informações sobre os aspectos da relação jurídica em que participa, assinalando o fenômeno da vulnerabilidade de um dos sujeitos.¹

¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

Diante desse contexto, o presente artigo visa refletir sobre a possibilidade de o ente público ocupar posição de vulnerável perante o fornecedor de produtos e serviços em contratos administrativos e, em razão disso, ser aplicado a esta relação o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Não se pode olvidar que é com o debate sobre temas controversos que surgem os fundamentos jurídicos para uma decisão justa no caso concreto. Daí a ideia de enfrentar o referido problema.

Para atingir a finalidade a que se pretende este estudo, o texto será dividido em três partes. A primeira tratará de alguns aspectos acerca do regime jurídico administrativo e dos contratos administrativos.

No segundo momento, serão abordados os temas das relações de consumo, da identificação e necessidade de proteção do consumidor, da presunção de vulnerabilidade da parte mais frágil e dos sujeitos da relação jurídica consumerista, quais sejam: consumidor e fornecedor.

A parte final trará a discussão do tema proposto, com a análise da possibilidade da aplicação das normas consumeristas aos contratos administrativos e as consequências jurídicas da adoção ou não de tal procedimento.

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A autonomia de uma disciplina jurídica está configurada quando há uma sistematização de princípios e regras que lhe conferem identidade. Assim ocorreu com o direito administrativo, que encontra-se dotado de normas próprias e que guardam entre si uma correlação lógica de coerência e unidade na composição de um sistema ou regime: o regime jurídico administrativo².

O regime jurídico administrativo é composto pelo conjunto de normas de direito público que norteiam a atuação dos agentes administrativos como um todo, e que se aplicam aos órgãos e entidades que fazem parte da Administração Direta e Indireta.

Não existe um rol cerrado de princípios norteadores do direito administrativo e nem um único texto normativo disciplinando-os. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem-se no teor do artigo 37 os princípios basilares a serem observados pela Administração Pública Direta e Indireta, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No que se refere a legislação infraconstitucional destaca-se a lei n.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 52.

9.784/1999 que, ao tratar expressamente de princípios administrativos³, representou um marco para a disciplina em si, por ter sanado diversas divergências doutrinárias⁴.

O alicerce do regime jurídico administrativo e a caracterização do direito administrativo delineiam-se em razão da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; e b) indisponibilidade do interesse público. Tais pilares possuem *status* de fontes do Direito Administrativo, e, devido a sua importância, deles é que decorrem os demais princípios.

A supremacia do interesse público sobre o privado dispõe que os interesses da sociedade devem sobrepor-se em face de necessidades específicas dos indivíduos. Assim, na relação entre a Administração Pública e um particular, o interesse público deve prevalecer. Não se pode compreender a efetividade do princípio em uma situação de mera satisfação de interesses ou conveniência dos agentes governamentais ou do ente estatal. Deve-se ir mais além, vislumbrando-o como um fator da estabilidade social.

O princípio em espeque é nítido, por exemplo, nos contratos administrativos, que têm como uma das suas prerrogativas as cláusulas exorbitantes, que autorizam a Administração Pública a modificar as disposições contratuais ou rescindi-lo de forma unilateral, entre outras situações.

Ao lado deste princípio está o da indisponibilidade do interesse público. Aqui se trata da definição dos limites da atuação administrativa visando à manutenção do interesse coletivo. A Administração Pública não pode negligenciar o interesse público, posto sua indisponibilidade.

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*⁵.

O princípio da indisponibilidade se caracteriza como um contrapeso ao princípio da supremacia do interesse público, afirmando-se que “em nome da supremacia do interesse

³ O artigo 2º, da Lei n. 9.784/1999, traz em seu rol os seguintes princípios: legalidade, motivação, razoabilidade, finalidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, moralidade, segurança jurídica, eficiência e interesse público.

⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 26.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 73-74.

público, o administrador pode muito, pode quase tudo, mas não pode abrir mão do interesse público”⁶.

Acerca dos contratos administrativos, *prima facie* faz-se mister deixar claro que nem todo contrato celebrado pela Administração Pública é considerado um contrato administrativo. Contrato da administração constitui o gênero do qual os contratos administrativos são espécies.

Os contratos da administração tanto podem ser regidos pelo direito público, quanto pelo direito privado e têm como uma das partes a Administração Pública. Os contratos regidos pelo direito privado recebem a nomenclatura “contratos privados da Administração”, e não se configuram como contratos administrativos, posto que regidos pelo Direito Civil.

Essa expressão em sentido amplo, visa alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração, correspondendo a um gênero. Entretanto, quando esses contratos são regidos pelo direito privado, denominam-se “contratos privados da Administração” e, quando regidos pelo direito público, recebem o nome de “contratos administrativos”⁷.

Os contratos administrativos consistem naqueles celebrados pela Administração Pública sob o regime jurídico de direito público. Não se vislumbra isonomia entre as partes, pois predomina a supremacia do interesse público. O Estado atua em desigualdade, dotado de prerrogativas e vantagens em face do contratado.

Ressalte-se que a desigualdade não confere ao ente público a prerrogativa de agir com arbitrariedade. O regime de direito público “busca satisfazer interesse público concreto a que o contrato deve servir, sem sacrificar os princípios superiores de justiça e equidade a que todo o Estado deve propender”⁸.

Os contratos administrativos estão previstos na Lei n. 8.666/1993 e devem ser interpretados à luz da Carta Magna de 1988. As prerrogativas e vantagens conferidas ao Estado trazem consigo a permissibilidade das chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. Tal caráter denota características específicas nestes contratos.

Destaca-se, inicialmente, a de que os contratos administrativos são de adesão, já que as cláusulas são postas unilateralmente, sem que seja permitida a sua rediscussão: em outras palavras, ou a parte aceita ou não há contrato. Além disto, é garantido ao poder público a alteração do contrato, para que haja adequação às necessidades públicas; a rescisão unilateral

⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 28.

⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 459.

⁸ GORDILLO, Agustín. **Los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Astrea, 1988, t. 1.

em virtude do inadimplemento do contratado ou por motivo de interesse público; o poder de fiscalização e controle da execução; a aplicação de penalidades (advertência, multa, suspensão de contratar e declaração de idoneidade) em virtude da inexecução total ou parcial e a ocupação temporária dos bens da contratada quando se tratar de serviço essencial, visando garantir a sua continuidade.

Constata-se, assim, que há uma verticalidade nos contratos administrativos, figurando o ente estatal no polo mais elevado em razão da sua supremacia perante o particular. Feita esta breve análise, mister se faz discorrer a seguir sobre a temática das relações jurídicas de consumo.

2. RELAÇÕES DE CONSUMO

2.1 Identificação do imperativo de proteção do consumidor

A finalidade das breves considerações acerca da evolução das relações de consumo e do surgimento da tutela do consumidor é tão somente conhecer o contexto em que surge a preocupação com esse sujeito de direitos no mundo para, em seguida, avançar na investigação sobre o tema que é o verdadeiro objeto deste trabalho, qual seja, a verificação da aplicabilidade das normas jurídicas de consumo aos contratos administrativos.

A tutela jurídica consumerista, tal qual se apresenta nos tempos hodiernos, é fruto, dentre outros fatores, das profundas alterações socioeconômicas advindas das revoluções industriais dos séculos XVIII e XIX, que romperam com o regime feudalista. Com a transição do capitalismo mercantil para o modelo industrial, é inaugurada a fase de produção em série que tinha o objetivo de minimizar os custos e maximizar os lucros das empresas.

Nesse período houve grande migração da população residente na área rural para os grandes centros urbanos. Este novo contingente populacional passou, paulatinamente, a manifestar ávido interesse pelo consumo de novos produtos e serviços no intuito de satisfazer suas necessidades materiais. A partir daí começa a se consolidar o fenômeno da massificação da produção, da oferta e do consumo.

A partir desse novo momento histórico, os desequilíbrios sociais se acentuaram. No último século, os fabricantes, produtores e fornecedores tornaram-se cada vez mais poderosos. O comércio desenvolveu-se e o setor de serviços foi ampliado em escala global. Nesse contexto, o total domínio dos bens de produção e do conhecimento dos dados técnicos e das

informações de mercado tornaram os consumidores verdadeiros fantoches nas mãos dos grandes conglomerados industriais.

Em 15 de março de 1962, o presidente dos EUA, John F. Kennedy, encaminhou Mensagem Especial ao Congresso Americano defendendo a participação dos consumidores nas decisões econômicas, exigindo o respeito à sua saúde e segurança, o direito à informação sobre produtos, serviços e condições de venda e à liberdade de escolha na aquisição dos mesmos. Segundo Carvalho:

A problemática da proteção dos consumidores, entendida como tal, tem como marco histórico o famoso discurso do presidente norte-americano John F. Kennedy, proferido no Congresso a 15 de março de 1962. Nesta intervenção, Kennedy salientou que “consumidores, por definição, somos todos nós”, acrescentando que, apesar de não se encontrarem organizados e de não serem ouvidos, constituem o maior grupo econômico a atuar no mercado, sendo influenciados por e (e influenciando) todas as decisões tomadas a este nível.⁹

Essa data, até hoje considerada o Dia Mundial dos Consumidores, foi um marco na trajetória de reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos e o início da reflexão jurídica mais profunda sobre o tema. A chamada *Consumer Bill of Rights Message* teve papel fundamental de primeiro documento que compreende a importância do consumidor e tutela os seus direitos, mesmo que ainda de forma embrionária.

Na Europa, é digno de importância, a criação da Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), em 1948, que tinha por objetivo fornecer auxílio financeiro para a recuperação das economias daquele continente que haviam sofrido com o pós-guerra. No ano de 1960, os países membros da OECE, com o objetivo de expandir a atuação dessa organização, fundaram a IOCU (*International of Consumers Union*) e obtiveram a adesão do Canadá e EUA. Com a extinção da OECE, em 1969, foi criada a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico Europeu (OCDE), em substituição aquela. Essa última instituição foi a responsável pela criação da “Comissão para a Política dos Consumidores”, órgão de extrema importância que emite, até hoje, diretivas de proteção e defesa do consumidor para vigência em todo continente europeu.

Todos esses acontecimentos em conjunto com muitos outros aqui não mencionados culminaram na elaboração da Resolução nº 39/248, de 09 de abril de 1985. Nessa data, a Assembleia Geral da ONU, ao editar a referida norma, fixou normas internacionais de

⁹ CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 11.

proteção do consumidor, destacando a necessidade de que os governos implantassem ações voltadas para a proteção do consumidor.

Conforme se observa diante desse breve histórico, o século XX ficou marcado por inúmeras transformações. O Direito, em sua tentativa permanente de acompanhar os fenômenos sociais e tutelá-los na medida em que se tornam relevantes, reagiu a falta de proteção dos consumidores. Diante do descompasso entre o fato social e a ciência jurídica surgiu a concepção de tutela de uma relação entre sujeitos inequivocamente desiguais. A ordem jurídica vigente, sob a égide de valores até então consagrados, se mostrou insuficiente para nova realidade das relações de consumo, caracterizada pela extrema desigualdade existente entre as partes fornecedores e consumidores. O reconhecimento da vulnerabilidade destes e o direito a uma proteção especial do Estado foram responsáveis pela mitigação do dogma da autonomia da vontade.

A nova sociedade de consumo substituiu a característica da bilateralidade de produção – em que as partes contratantes negociavam cláusulas contratuais e eventual matéria-prima que seria utilizada na confecção de determinado produto – pela unilateralidade de produção – na qual um dos polos, o fornecedor, seria o responsável exclusivo por ditar as regras da relação de consumo, sem a participação efetiva, em regra, da parte mais frágil.

Diante da ausência de liberdade de escolha e de negociação do consumidor, relativizou-se o conceito de que os contratos fazem lei entre as partes. A obrigatoriedade dos termos pactuados, encarada como um postulado praticamente absoluto, restou incompatível com as relações de consumo. Em outras palavras, a chamada força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) deu lugar ao intervencionismo estatal. Uma das principais características das normas de ordem pública e de interesse social é justamente a impossibilidade de as partes derogarem seus comandos.

Pode-se mesmo afirmar que a proteção do consumidor é consequência direta das modificações havidas nos últimos tempos nas relações privadas, representando reação ao avanço rápido do fenômeno de massa e da globalização, que deixou o consumidor desprotegido ante as novas situações decorrentes do desenvolvimento tecnológico.

Nesse raciocínio aduz Ferraz:

O surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento dos cartéis, holdings, multinacionais e atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de

comunicação de massa e, com eles, o fenômeno da publicidade maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos. Todos esses fenômenos que se precipitaram num espaço de tempo relativamente pequeno, trouxeram a lume a própria realidade dos interesses coletivos, até então existentes de forma latente, despercebidos.¹⁰

Nesse momento, identificou-se o que se convencionou chamar de direitos ou interesses transindividuais (que se subdividem em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) que nada mais são do que aqueles direitos que pertencem muito mais a uma coletividade ou a um grupo social específico do que a um de seus membros individualmente. A tutela consumerista ganhou força a partir desse entendimento, visto que o consumidor passou a ter proteção individual, difusa e coletivamente considerado.

Afirma-se, em síntese, que as profundas modificações nas relações de consumo, a identificação dos interesses difusos e coletivos, a nova postura em relação à legitimação ativa e o reconhecimento da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor conduziram, no conjunto, ao surgimento da tutela respectiva.

Nesse contexto, afirma Teixeira que:

A sistematização do Direito do Consumidor surgiu como resposta da ciência jurídica ao abismo entre as poderosas redes de fornecedores e os milhões de consumidores, que se viam afastados da efetiva proteção de seus direitos. Percebeu-se, enfim, a insuficiência da concepção liberal individualista pra satisfazer essa nova realidade da sociedade de consumo.¹¹

A identificação desse novo sujeito reclamou uma tutela específica e com maior eficácia dando ensejo à criação de um microsistema jurídico protetivo que teve como principal escudo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tema que será discutido no tópico seguinte.

2.2 O Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC

¹⁰ FERRAZ, Camargo *et.al apud* ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

¹¹ TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 60. São Paulo: RT, p. 7-36, 2006.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), lei 8.078/90, constitui o diploma legislativo de maior relevância para a proteção do consumidor no ordenamento jurídico pátrio. Trata-se do único diploma legal que tem sua origem encartada diretamente na Constituição da República. Por esse motivo, merece atenção especial deste estudo.

O constituinte de 1988 adotou claramente a concepção da codificação, conforme se pode observar no art. 48 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Senão vejamos:

Art. 48. CRFB. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor.¹²

A preferência do legislador por um código se explica em razão da maior coerência e homogeneidade dessa espécie normativa. A estrutura de um código tem a peculiaridade de reunir princípios próprios, o que dá maior densidade teórica e fortalece a disciplina consumerista.

O artigo 5º, inciso XXXII, da Lei Maior, erigiu um comando inderrogável, alçando a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental, e, portanto, protegido pelo manto da cláusula pétrea.

Art. 5º. CRFB. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

(Grifo Nosso).

[...] ¹³

Ao utilizar a expressão “O Estado” de forma genérica, o legislador atribuiu o dever de defesa e proteção a todos os Poderes Constituídos da República, seja o Judiciário, o Executivo ou o Legislativo.

Como a relação jurídica de consumo é uma relação desigual, em que se encontra o consumidor vulnerável de um lado e o fornecedor, detentor do controle dos meios de

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 210.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 137.

produção do outro, nada mais acertado do que promover a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental, no afã de tentar equalizar uma relação que já nasce desequilibrada.

É mister destacar que a inclusão da proteção estatal ao consumidor como direito fundamental foi inovação do poder constituinte de 1988, visto que ele não se encontrava inserido no rol de direitos fundamentais das constituições anteriores.

Ainda no que se refere aos fundamentos constitucionais para criação do CDC, mister se faz destacar o artigo 170, inciso V, da Carta Magna. Ao eleger a defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica, o legislador constituinte deixou claro que tal prerrogativa não deve ser considerada incompatível com os primados da livre iniciativa.

Seguindo esse raciocínio, os direitos do consumidor devem servir de norte para as atividades empresariais, pois, somente assim, a economia do país será desenvolvida de forma sustentável e observará um padrão de qualidade e eficiência no mercado. Nesse sentido, a defesa do consumidor tem o papel de restringir o regime capitalista, na busca de melhores condições de vida para os cidadãos. Em outras palavras, apesar de estar consagrada uma economia de mercado no Estado brasileiro, de natureza capitalista e baseada na livre iniciativa, os fornecedores de produtos e serviços devem preocupar-se com a defesa do consumidor.

Pode-se dizer que objetivo constitucional de um capitalismo sustentável foi alcançado com a edição do CDC. A partir da lei 8.078/90 uma nova fase no mercado de consumo foi inaugurada. Os empresários, a partir de então, se viram obrigados a respeitar o consumidor ao mesmo tempo em que buscam um retorno financeiro para suas atividades. Esse novo paradigma de comportamento dos fornecedores traz enormes benefícios para à sociedade.

Percebe, portanto, que a origem constitucional do Código de Proteção e Defesa do Consumidor assegurou a este sujeito de direitos uma proteção distinta dos outros particulares, civis e comerciantes. Em virtude do mandato da Constituição, o direito do consumidor passou a ser considerado um novo ramo autônomo, ao lado do direito civil e do direito empresarial.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor possui três características marcantes. Suas normas têm caráter eminentemente principiológico, são de ordem pública e interesse social e constituem um microsistema jurídico multidisciplinar.

Diferentemente da estrutura do Código Civil de 1916, absolutamente positivista e composto por textos jurídicos fechados, o CDC adotou avançada técnica legislativa, fundamentada na adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Por intermédio de um texto jurídico que dê margem a interpretações mais flexíveis, há a

possibilidade de uma maior adequação das normas às mudanças sociais, cada vez mais aceleradas.

A explicação para adoção desse modelo está na busca por um sistema plural e aberto, apto à incorporação de valores atinentes à mutante realidade social. Dessa forma, é possível extrair do texto jurídico da lei 8.078/90 uma série de normas princípios com o objetivo conferir maior gama de direitos aos consumidores e, ao mesmo tempo, impor mais deveres aos fornecedores de produtos e serviços.

Esse novo modelo de regulação legislativa onde valores são descritos e finalidades são externadas pode servir como um precioso instrumento, especialmente no momento histórico contemporâneo, em que o Estado se mostra na vanguarda de políticas públicas, incentivando determinadas condutas e não apenas as reprimindo.

O CDC é permeado por normas que estabelecem fins. A legislação consumerista superou a técnica de legislar utilizando exclusivamente o binômio “hipótese fática/preceito normativo”. Nessa perspectiva, quando as metas são pré-definidas, a liberdade do intérprete é maior, o formalismo é mitigado e impõe respeito aos conteúdos normativos que são realmente dignos de relevância.

Nas palavras de Nunes:

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional.¹⁴

O CDC é tido pela doutrina como norma principiológica no sentido de que prevalece sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. No que se refere a segunda característica, o artigo 1º, do CDC assim dispõe:

Art. 1º. CDC. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.¹⁵

¹⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

¹⁵ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 686.

Além das normas constitucionais já estudadas no tópico anterior, o dispositivo legal mencionado deixa claro que o CDC traz em seu conteúdo normas de ordem pública e de interesse social.

As normas de ordem pública são também denominadas de cogentes, imperativas ou coercitivas. Estas se diferenciam das normas dispositivas, típicas de leis que regem relações entre sujeitos iguais, a exemplo do Código Civil, e que, portanto, podem decidir pela derrogação de seu comando contratualmente.

Ainda quanto ao caráter de ordem pública a doutrina costuma apontar algumas características relevantes. São elas: as normas da lei 8.078/90 não podem ser alteradas por vontade das partes; o julgador pode atuar *ex officio* diante de uma lide que envolva relação de consumo em qualquer grau de jurisdição; há superioridade jurídica do CDC em conflito com outra norma; e, por fim, deve haver aplicabilidade imediata das normas constantes na legislação consumerista.

Outro aspecto relevante em relação a essa característica é que as decisões envolvendo matéria consumerista podem não se limitar às partes envolvidas. Muitas delas repercutem perante interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ademais, tais decisões possuem viés educativo para toda a sociedade e servem de alerta para os demais fornecedores para que cessem com práticas abusivas nas relações de consumo.

Cabe lembrar, ainda, que normas de ordem pública não se confundem com normas de direito público. Aquelas são caracterizadas por serem taxativas e indisponíveis e tanto podem estar no direito público como no direito privado. O CDC traz normas de direito público (administrativas e penais, por exemplo) e normas de direito privado.

Com relação ao interesse social da legislação consumerista, também denominada função social, pode-se afirmar que tal atributo é consequência direta da particularidade do sujeito de direitos tutelado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A proteção da parte mais frágil da relação de consumo tem a função de transformar a realidade social, caracterizada pela existência de relações jurídicas travadas entre pessoas naturalmente desiguais. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nada mais é do que uma maneira de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e equilíbrio.

Ao atribuir a característica de norma de interesse social ao CDC, o legislador concretizou a vontade da Carta Magna. Esta tinha claro intuito de imprimir proteção especial ao consumidor, reduzindo o abismo existente entre os sujeitos envolvidos na relação de consumo.

A terceira característica marcante do CDC é o que a doutrina designa de microsistema jurídico multidisciplinar. A legislação em análise caracteriza-se por albergar em seu conteúdo um conjunto de normas sobre as mais diversas disciplinas jurídicas com o intuito de tutelar com mais eficácia o consumidor.

Durante séculos a disciplina jurídica foi considerada monotemática. Isso significa que havia um código para o direito civil, outro para o direito penal, outro para o direito processo civil outro para o direito administrativo e assim sucessivamente. Não havia, ou pelo menos não deveria haver, numa mesma legislação, matérias de ramos jurídicos distintos.

Os diplomas legais mencionados continuam a existir no ordenamento jurídico. No entanto, ao lado deles coexistem, de modo cada vez mais numeroso, leis que não obedecem a essa severa divisão temática. Leis que incluem, em um único diploma, diversas disciplinas jurídicas. São os denominados microsistemas jurídicos.

Nesse contexto, a experiência jurídica contemporânea cada vez mais se vale de tal técnica legislativa. O Estatuto do Idoso, a Lei de Locações, o Estatuto da Criança e do Adolescente são exemplos de microsistemas. As referidas leis não levam em conta a divisão do direito em múltiplos ramos e centram forças na eficácia de seus comandos.

Em síntese, a técnica empregada na elaboração do CDC está em consonância com a tendência contemporânea, observada no final do século passado, de elaboração de normas multidisciplinares, reunindo, em um único diploma, a mais ampla e efetiva gama de dispositivos para a tutela dos valores pretendidos.

2.3 Vulnerabilidade dos consumidores

Nos termos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), tema objeto de estudo do tópico anterior, o consumidor é considerado presumidamente vulnerável. O artigo 4º, inciso I, do CDC, dispõe que:

Art. 4º. CDC. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

(Grifo Nosso).

[...]¹⁶

De acordo com Miragem, “a existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do mesmo. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor”.¹⁷

Ainda nesse sentido, Filomeno afirma que “no âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável [...]”.¹⁸

A ideia de vulnerabilidade está intrinsecamente conectada com a norma que preconiza a igualdade substancial extraída do texto do artigo 5º da Lei Maior. Aquele que é vulnerável necessariamente se encontra em situação desigual. Pode-se, portanto, afirmar que o princípio da vulnerabilidade é subprincípio, derivado do princípio constitucional da igualdade. Nesse sentido, a busca por um tratamento desigual visa justamente atingir uma igualdade jurídica, difícil de ser alcançada em uma sociedade de consumo caracterizada pelo desequilíbrio socioeconômico excessivo.

Assim, a vulnerabilidade constante do CDC decorre diretamente do princípio da isonomia, visto que, somente com proteção jurídica diferenciada, o consumidor é capaz de dialogar com o fornecedor de forma livre, sem estar subjugado previamente.

Percebe-se, por conseguinte, que a vulnerabilidade é condição que faz com que o consumidor necessite de um tratamento diferenciado. É o que Alexy denominou, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de “mandado de tratamento desigual”¹⁹. Com base na máxima: “há que se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”, desenvolveu-se a tese de que, primeiramente deve haver um mandado de tratamento desigual em uma situação em que há desigualdade entre sujeitos; em seguida, a interpretação deve ocorrer no sentido de concretizar o princípio constitucional da igualdade, por meio de um tratamento protetivo em relação as partes mais frágeis em uma relação jurídica, como é o caso dos consumidores. Destarte, a igualdade material só é alcançada no momento em que o sujeito vulnerável goza de tutela diferenciada no caso concreto.

¹⁶ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 686.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

¹⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 69.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

É característica fundamental do Estado Democrático de Direito reconhecer a igualdade de todos e, além disso, oferecer mecanismos para que seja assegurada a igualdade material.

Ressalte-se que, diante da realidade contemporânea, a interpretação isolada do princípio da vulnerabilidade em sua acepção formal releva-se insuficiente em determinados casos diante de uma sociedade de plurais. O consumidor merece, portanto, não apenas proteção retórica do legislador, mas efetivo cumprimento de seus direitos de cidadão.

Nesse contexto, o direito constitucional contemporâneo conectado ao direito do consumidor atual propõem a transferência da pessoa para o centro das relações jurídicas de consumo, de modo que as suas respectivas fragilidades sejam identificadas e sanadas. A vulnerabilidade física, psíquica e social do consumidor criança, adolescente, idoso, portador de necessidades especiais etc. necessita de um tratamento especial uma vez que aos considerados diferentes deve ser assegurada igualdade jurídica com o objetivo de mitigar a desigualdade fática. Para isso o direito deve conter instrumentos suficientes para concretizar o restabelecimento dessa tão propugnada isonomia.

Diante desses novos elementos e circunstâncias da realidade, especialmente os fatores que determinam a desigualdade, novas categorias jurídicas surgem com o intuito de assegurar o permanente comprometimento dos juristas contemporâneo com a valorização da pessoa humana.

Nas palavras de Pinheiro e Detroz:

O fato de colocar-se a pessoa humana no centro da análise das situações significa que está sendo levada em consideração a dignidade humana e seu alcance à condição de necessário parâmetro de interpretação e aplicação das normas de direito. Sob a ótica proposta, e segundo as novas tendências do direito, a pessoa humana é o centro do sistema jurídico em substituição ao patrimônio, o que faz com que seja possível a melhor tutela da pessoa em uma visão solidárias que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Esta socialização serve para uma reorientação do direito, pois o reconhecimento das desigualdades entre os sujeitos jurídicos e, acima de tudo, o reconhecimento de que o direito pode coibir tais desigualdades auxiliarão na manutenção da dignidade da pessoa humana.²⁰

2.4 Sujeitos da relação jurídica de consumo

²⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol II, N. 4, p. 129-164, dez 2012, p. 154-155.

2.4.1 Conceito de consumidor

Um texto científico sério necessita de fundamentação teórica à altura. Para cumprir tal desiderato a precisão terminológica dos conceitos é indispensável.

O conceito de consumidor não pertence exclusivamente ao campo da Ciência Jurídica. Esta não constitui uma área do conhecimento isolada e, portanto, a interconexão com a Sociologia, Filosofia e Economia tem o papel de integrar o mundo jurídico com os demais saberes humanos.

Nesse aspecto, os próprios juristas buscaram uma investigação mais aprofundada e cuidadosa acerca do conceito do consumidor com base em outros ramos do conhecimento.

Em sentido etimológico, a palavra “consumir” deriva do latim, *consumere*, com o sentido de acabar ou terminar. Dessa forma, adaptando-se o vocábulo para nosso contexto consumir quer dizer “fazer desaparecer pelo uso ou pelo gasto, gastar, destruir”.

Sob o ponto de vista da Economia, afirma-se que o consumo vem a ser o ato pelo qual se completa a última etapa do processo econômico, sendo consumidor aquele que o pratica.

Na Sociologia, consumidor é considerado qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e que pertence a uma determinada categoria ou classe social. O direito do consumidor, matéria de ordem pública e interesse social necessita de estreita proximidade com a sociologia no afã de que a observação realista dos grupos sociais influencie na criação, compreensão e interpretação das normas consumeristas.

Finalmente, na Ciência Jurídica a vulnerabilidade, conceito estudado acima, é o elemento essencial para definir relação de consumo e o sujeito principal inserido nela, qual seja, o consumidor.

Advertem os autores consumeristas ser uma tarefa hercúlea a de definir o consumidor no sentido jurídico. Isso porque há certa uma relutância a aceitar a concepção econômica de consumidor, que nem sempre é transferida e acolhida pelo Direito, já que considerações políticas podem interferir nesse conceito, restringindo-o ou ampliando-o, o que compromete a margem de precisão que uma definição jurídica deve ter.

Diversos autores nacionais lançaram-se à tarefa de expressar o conceito jurídico de consumidor. Comparato conceitua consumidores como aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes.²¹

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do consumidor**: importante capítulo do direito econômico. São Paulo: Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro, v. 13, n. 15/16, 1974.

Estudando exaustivamente sobre o tema, percorrendo de forma detalhada sobre o conceito jurídico em questão, Herman Benjamin conceitua consumidor como sendo:

[...] todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimentos profissionais.²²

Não obstante as definições apresentadas pelos autores consumeristas, hoje, no Brasil, existe uma conceituação legal de consumidor, que foi dada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/90). Diz o art. 2º, do CDC que:

Art. 2º. CDC: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.²³

Seguindo a definição legal, conclui-se que o consumidor há de ser:

a) pessoa física ou jurídica, não levando em consideração os aspectos de renda e capacidade financeira. A *priori*, toda e qualquer pessoa física ou jurídica pode ser havida por consumidora. Por equiparação é incluída também a coletividade, grupo de pessoas, por exemplo, a família (determináveis), e os usuários dos serviços bancários (indetermináveis).

b) que adquire (compra diretamente) ou que, mesmo não tendo adquirido, utiliza (usa, em proveito próprio ou de outrem) produto ou serviço, entendendo-se por produto “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (CDC, art. 3º, § 1º) e por serviço “qualquer atividade fornecida a terceiros, mediante remuneração, desde que não seja de natureza trabalhista” (CDC, art. 3º, §2º);

c) como destinatário final, ou seja, para uso próprio, particular, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que o repasse não se dê por revenda. Não se inclui na definição legal, portanto, o intermediário, e aquele que compra com o objetivo de revender após montagem, beneficiamento ou

²² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O Conceito Jurídico de Consumidor**. São Paulo: RT, 1988, p. 19.

²³ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 685.

industrialização. A operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda. Ocorrida esta, consumidor será o adquirente da fase seguinte, já que o consumo não teve, até então, destinação final.²⁴

Ressalte-se que da definição trazida pelo artigo 2º, do CDC, pode-se extrair três conceitos de consumidor: O primeiro seria o consumidor padrão ou *standart*, previsto no art. 2º, *caput*; incluindo-se nestes, também, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que hajam intervindo na relação de consumo²⁵.

A jurisprudência deste Tribunal não faz distinção entre o consumidor que efetua compra e aquele que apenas vai ao local sem nada despende. Em ambos os casos, entende-se pelo cabimento da indenização em decorrência do furto do veículo. (STJ, REsp. 437.649, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgamento em 06/02/2003).

O segundo conceito trata das vítimas do acidente de consumo, previsto no artigo 17 da legislação consumerista, que traz em sua redação a equiparação a consumidor *todas as vítimas do evento*.

Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp. 181.580, Relator: Ministro Castro Filho, 3ª Turma, julgamento em 09/12/2003).

Já a terceira acepção, diz respeito a aquele que estiver exposto às práticas comerciais, com previsão no artigo 29 do CDC. Este dispositivo “pode funcionar como eficiente instrumento para coibir o exercício abusivo do poder econômico, alargando, ainda mais, os contornos da figura jurídica do consumidor”²⁶.

De acordo com o art. 29 do CDC, "equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". Nesse

²⁴ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

²⁵ Artigo 2º, parágrafo único do CDC.

²⁶ NETTO, Felipe P. Braga. **Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 111.

dispositivo, encontra-se um conceito próprio e amplíssimo de consumidor, desenhado em resposta às peculiaridades das práticas comerciais, notadamente os riscos que, *in abstracto*, acarretam para toda a coletividade, e não apenas para os eventuais contratantes *in concreto*. 5. A pessoa jurídica exposta à prática comercial abusiva equipara-se ao consumidor (art. 29 do CDC), o que atrai a incidência das normas consumeristas [...] (STJ, RMS 27541 TO 2008/0175807-6, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgamento em: 18/08/2009).

Em outras palavras, a completa designação do amplo sentido da definição de consumidor inicia do *caput* do art. 2º, passa por seu parágrafo único, segue até o art. 17 e finda no artigo 29, da lei 8.078/90.

2.4.2 Conceito de fornecedor

Um grande avanço que a referida lei proporcionou foi a ampliação do conceito de fornecedor, incluindo, a um só tempo, todos os agentes econômicos que atuam direta ou indiretamente no mercado de consumo, o que denota uma maior abrangência na proteção ao consumidor.

Ao contrário do que ocorre com o consumidor, o conceito de fornecedor não traz polêmica entre os autores. Costuma-se conceituar fornecedor por exclusão, ou seja, opta-se por dizer quem não pode ser considerado fornecedor. Em princípio, portanto, só estariam excluídos do conceito de fornecedor aqueles que exercem ou praticam transações típicas de direito privado e sem o caráter de profissão ou atividade, como por exemplo, a compra e venda de um imóvel ou de um veículo automotor entre pessoas físicas particulares, por acerto direto e sem qualquer influência de publicidade.

Dessa forma, é consenso na doutrina aceitar a definição legal de fornecedor:

Art. 3º. CDC: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.²⁷

Para evitar interpretações contraditórias, o legislador preferiu definir produto como sendo qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial e serviços como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza

²⁷ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 686.

bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas, conforme já explanado no tópico anterior.

A definição legal praticamente esgotou todas as formas de atuação no mercado de consumo. Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, quem comercializa produtos nos milhares de pontos-de-venda espalhados por todo o território nacional e internacional.

Fornecedor, portanto, é aquele que propicia a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de modo a atender às necessidades dos consumidores, sendo irrelevante indagar-se a que título, devendo a atividade mercantil ou civil ser habitual.

Importante ressaltar que são também considerados prestadores de serviços as concessionárias de serviço público, pois a definição legal enumera explicitamente entre as modalidades de fornecedores as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

Dessa forma, também estão incluídos na tutela consumerista os serviços de transporte, saúde, telefonia, correios etc., alguns deles operados por empresas ou entidades governamentais e outros objetos de concessão a empresas privadas mediante contratos administrativos. Frise-se, aliás, que um dos direitos básicos do consumidor é poder contar uma adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, prevendo a Constituição Federal de 1988 a edição de legislação complementar que disporá sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos.

3. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Na segunda parte deste trabalho foi traçado o conceito de consumidor previsto no artigo 2º do CDC. Dando continuidade à sua análise, ressaltou-se que não está explícito na citada norma a designação de qual tipo de pessoa jurídica deverá ser considerada consumidora. O texto legal traz a previsão de que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica”, sem especificar se de direito público ou privado.

Neste momento o foco, então, passa a ser a averiguação da existência da chamada vulnerabilidade *in concreto* do consumidor pessoa jurídica, ou seja, deve-se verificar as situações de forma particularizada no intuito de aferir se este se encontra em desvantagem diante do fornecedor.

Para tanto, é necessário trazer à tona as correntes doutrinárias que buscam traçar a definição de consumidor. São elas: teoria maximalista, teoria finalista e teoria finalista aprofundada.

A visão maximalista da lei consumerista possui interpretação bastante ampliada, de modo a ser aplicada ao maior número de relações jurídicas possível. Seguindo esta acepção da norma, compreende-se que pode figurar como consumidora a pessoa jurídica, porém não é relevante se esta auferir lucro ou não com o produto ou o serviço adquirido. O destinatário final, para os maximalistas, é aquele que retira o produto do mercado e o utiliza, ou seja, é o destinatário fático.

A aplicação da corrente maximalista dá ao CDC uma conotação de direito privado geral²⁸, pois permite a aplicação do sistema consumerista em toda e qualquer relação negocial. Ocorre que o citado dispositivo possui a sua finalidade específica, e não é a de fazer as vezes de Código Civil ou de regular relações empresariais. Esta é a principal crítica que se faz ao entendimento da corrente maximalista.

A compreensão do conceito de consumidor pelo pensamento finalista é diferente. Além da pessoa física, a pessoa jurídica também pode figurar como consumidora. É de se observar que não há limitação de capacidade financeira da pessoa jurídica, ou seja, independentemente do tipo de sociedade empresarial, há a possibilidade do seu enquadramento como consumidora, a depender da análise do caso concreto.

A limitação para esses sujeitos é a de que a utilização dos produtos ou serviços adquiridos seja feita como destinatário final fático e econômico, ou seja, para uso próprio, familiar ou até para terceiros, sendo vedada a aferição de lucro, sem existir a reutilização no processo produtivo.

O legislador de consumo incorporara a teoria finalista como critério para definir o consumidor e para delimitação da natureza jurídica da relação jurídica (CDC, art. 2º), estabelecendo que somente se enquadra como consumidor o destinatário fático e econômico do produto ou serviço que coloca termo à cadeia produtiva, obstando que seja inserido na definição aquele – pessoa física ou jurídica – que adquire o produto ou serviço como simples insumo, reinserindo-os na cadeia produtiva como incremento agregado ao que coloca no mercado de consumo²⁹.

²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

²⁹ **Acórdão n. 923093**, 20140111845807APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisora: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/02/2016, Publicado no DJE: 01/03/2016. Pág.: 273.

Destarte, ao adotar-se a teoria finalista, como ocorreu no julgado ilustrado acima, conclui-se pela inaplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor nos contratos administrativos, visto que nestes, a Administração Pública não atua como destinatária final fática e econômica, tampouco ocupa posição de vulnerabilidade³⁰.

Ocorre que, em situações mais complexas em que uma pessoa jurídica adquire produto ou serviço fora da sua área de expertise, caso atestada a sua vulnerabilidade *in concreto*, pode esta ser considerada como consumidora. Esse entendimento vem sendo adotado principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça sob a denominação de teoria finalista aprofundada ou mitigada.

Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei n. 8.078/1990, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora³¹.

A teoria finalista aprofundada amplia a definição de consumidor sem, contudo, ultrapassar a esfera da previsão legal, permitindo que se insira como tal todo aquele que possua vulnerabilidade em face do fornecedor, com a análise casuística.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. TEORIA FINALISTA APROFUNDADA. Ao aplicar o art. 29 do CDC, o STJ tem adotado a teoria do finalismo aprofundado, na qual se admite, conforme cada caso concreto, que a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada a consumidor, quando demonstrada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor ou vendedor, ainda que não destinatária final do serviço. Agravo provido³².

Em que pese as teorias possuírem fundamentação consistente, neste trabalho defende-se a adoção da corrente finalista aprofundada ou mitigada como permissiva da aplicação do CDC aos contratos administrativos firmados pelas pessoas jurídicas de direito público, em determinadas situações. Senão vejamos.

³⁰ Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.195.642/RJ**. Brasília, DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, DJe 21.11.2012.

³² **Acórdão n. 724712**, 20130020163383AGI, Relatora: Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/10/2013, Publicado no DJE: 22/10/2013. p. 129.

No ordenamento jurídico pátrio a “vulnerabilidade do consumidor pessoa física é presumida pela lei, enquanto a da pessoa jurídica deve ser demonstrada e será aferida casuisticamente”³³. A análise do caso concreto é capaz de determinar a existência da desigualdade material, sendo a aplicação do CDC imprescindível para a proteção da parte vulnerável.

A partir desta constatação, observa-se a possibilidade da Administração Pública figurar como consumidora, pois, em que pese gozar de prerrogativas que a possibilita estar em condição de superioridade em face dos fornecedores, nem sempre esta será a regra. Ademais, sua atuação não visa fundamentalmente o lucro, mas sim a efetiva prestação de serviços à coletividade, ou seja, o ente público age como destinatário final.

O art. 54 da Lei n. 8.666/1993 assim dispõe:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado³⁴.

Da leitura do dispositivo, compreende-se que a aplicação da norma consumerista poderia se dar de forma complementar à lei administrativa em questão. Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União se manifestou acerca da possibilidade da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos contratos administrativos.

DECISÃO Nº 202/2002TCU – 1ª CÂMARA

1. Processo TC 015.972/1999-2 (com 1 anexo)
2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame.
3. Interessada: Diretoria de Contas da Marinha.
4. Unidade: Instituto de Pesquisas da Marinha (IPqM).
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha.
7. Unidade Técnica: 3ª Secex/Serur.
8. Decisão: Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 48 c/c os artigos 32, parágrafo único, e 33 da Lei 8.443/92 e nos arts. 230 e 233 do Regimento Interno, DECIDEM:

³³ CARPENA, Heloísa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 19, jul/set 2004, p. 38.

³⁴ BRASIL. Lei 8.666 (1993). **Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**: Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

8.1. conhecer do expediente encaminhado pela Diretoria de Contas da Marinha como Pedido de Reexame e dar-lhe provimento parcial;

8.2. dar à determinação constante do item II, do Ofício – 3ª Secex 1.064/00, que comunicou ao IPqM a deliberação tomada por esta Primeira Câmara, em sessão de 6.6.00, contida na Relação 44/00, Ata 19/00, a seguinte redação:

“II – observe, nas contratações futuras, as disposições constantes da Lei 8.666/93, artigo 57, que dispõe sobre o prazo da duração dos contratos, sem incluir no período de vigência o prazo de garantia, uma vez que esse direito, de acordo com o que preceitua o art. 69, e o § 2º, do art. 73, todos da Lei 8666/93, perdura após a execução do objeto do contrato.”

8.3. esclarecer ao IPqM que, nas hipóteses em que for aplicável a Lei 8.078/90, poderá exigir do contratado, termo de garantia em separado, segundo o disposto no art. 50 e parágrafo único, da mencionada lei; e

8.4. dar ciência desta Decisão ao IPqM e à Diretoria de Contas da Marinha.

9. Ata nº 15/2002 – 1ª Câmara

10. Data da Sessão: 14/05/2002 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Marcos Vinícios Vilaça (Presidente), Iram Saraiva, Walton Alencar Rodrigues (Relator) e Guilherme Palmeira.

11.2. Auditores presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa. (Grifo Nosso).

Ainda neste sentido, nas situações em que a Administração Pública ocupa um dos polos do negócio jurídico, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, entendeu pela possibilidade da aplicação da Lei n. 8.078/90 aos contratos administrativos em casos excepcionais, aferida a vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica da Administração perante o fornecedor. Tais situações, conforme mencionado, são verificadas casuisticamente. Senão vejamos.

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRATO ADMINISTRATIVO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO - INCOMPETÊNCIA DO PROCON - NULIDADE DA MULTA APLICADA. 1. Em se tratando de contrato administrativo, em que a Administração é quem detém posição de supremacia justificada pelo interesse público, não incidem as normas contidas no CDC, especialmente quando se trata da aplicação de penalidades. 2. Somente se admite a incidência do CDC nos contratos administrativos em situações excepcionais, em que a Administração assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, o que não ocorre na espécie, por se tratar de simples contrato de prestação de serviço de publicidade. 3. Incompetência do PROCON para atuar em relação que não seja de consumo. 4.

Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 26/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA).

Em que pese a supremacia jurídica da Administração Pública em relação ao contratado ser determinada pela legislação administrativa, a vulnerabilidade técnica, fática ou econômica poderá ser configurada. O caso concreto que determinará a vulnerabilidade da Administração Pública nos contratos administrativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate jurídico acerca de temas que envolvem mais de um ramo do direito são, via de regra, áridos e sujeitos a gerar mais divergências do que unanimidades. Foi com o propósito de tensionar as referidas áreas do conhecimento que este estudo suscitou a problemática da aplicabilidade das normas de direito do consumidor aos contratos administrativos.

Em um primeiro momento buscou-se contextualizar o tema apresentando o chamado regime jurídico administrativo e o significado de supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Ainda na primeira parte foram abordadas as características dos contratos administrativos e a distinção de natureza jurídica entre estes e os contratos da administração.

O objeto de análise da segunda parte do trabalho foram as relações de consumo. Demonstrou-se aqui como surgiu a ideia de que o consumidor encontrava-se fragilizado diante do mercado e, por essa razão, necessitava de proteção. Foi nessa conjuntura que nasceu uma das legislações mais avançadas do ordenamento jurídico pátrio: o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores possui relação direta com o tema objeto deste estudo. Ressaltou-se nesse sentido que, diante da realidade contemporânea, a interpretação isolada do princípio da vulnerabilidade em sua acepção formal releva-se insuficiente em determinados casos diante de uma sociedade hipercomplexa. O consumidor merece, portanto, não apenas proteção retórica do legislador, mas efetivo cumprimento de seus direitos.

Não se pode olvidar, ainda, que o direito administrativo contemporâneo deve se relacionar com o direito do consumidor atual. Para isso a ciência jurídica deve conter instrumentos suficientes para conectar a aplicabilidade das normas consumeristas ao direito administrativo, no que couber.

Assim, em que pese tratar-se de tema que possui divergência doutrinária, defende-se a aplicação da corrente finalista aprofundada com vistas ao máximo cumprimento da tutela consumerista e, conseqüentemente, dos princípios do direito brasileiro. Ressalte-se que não é em qualquer situação que as normas de direito do consumidor estarão adequadas a subsunção aos contratos administrativos. Para que isso ocorra se faz necessária a verificação da vulnerabilidade do ente público no caso concreto.

Dessarte é necessário ter em mente que o direito deve vir a reboque da sociedade tutelando os interesses relevantes em um determinado momento histórico. Verificou-se que a questão da aplicabilidade das normas de direito do consumidor aos contratos administrativos necessita de regulamentação.

Este estudo, portanto, teve o propósito de fomentar o debate sobre um tema que, assim como nenhuma outra questão jurídica, está completamente resolvida, sempre havendo espaço para novos argumentos que possam surgir.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O Conceito Jurídico de Consumidor**. São Paulo: RT, 1988.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Lei 8.666 (1993). **Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**: Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.195.642/RJ**. Brasília, DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, DJe 21.11.2012.

CARPENA, Heloísa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 19, jul/set 2004.

CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do consumidor**: importante capítulo do direito econômico. São Paulo: Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro, v. 13, n. 15/16, 1974.

FERRAZ, Camargo *et.al apud* ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GORDILLO, Agustín. **Los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Astrea, 1988, t. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NETTO, Felipe P. Braga. **Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol II, N. 4, p. 129-164, dez 2012.

TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 60. São Paulo: RT, p. 7-36, 2006.