

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
UNIDADE ACADÊMICA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

ISRAEL ROCHA ALVES

A PESSOA JURÍDICA PÚBLICA COMO CONSUMIDORA

**Porto Alegre
2015**

ISRAEL ROCHA ALVES

A PESSOA JURÍDICA PÚBLICA COMO CONSUMIDORA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Pós- Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais na área de Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS

Orientador: Prof. Dr. Bruno Miragem

Porto Alegre

2015

AGRADECIMENTOS

A minha família.

Aos amigos, que tornam a jornada mais leve.

Aos Professores, pelo somatório de conhecimento compartilhado.

Aos colegas da 7ª Edição da especialização em direito do consumidor.

“A legitimação de todos os atos do Estado depende de sua adequação às finalidades.”¹

Marcel De La Bigne De Villeneuve

¹Villeneuve , Marcel de La Bigne de. L'activité étatique --Impronta: Paris, Recueil Sirey, 1954. p. 6.

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor expressa que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto serviço como destinatário final". O presente trabalho pretende examinar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública como consumidora. Nesse sentido, verificar-se-á os princípios garantidos ao consumidor pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como os aspectos históricos da criação deste microssistema, o conceito jurídico dos sujeitos da relação de consumo, a abrangência do termo "destinatário final" do consumidor, o reconhecimento da vulnerabilidade. Por fim é relacionado as interpretações doutrinárias de definição do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e aferido sua aplicação à pessoa jurídica pública que possui regime jurídico diferenciado para tutela dos seus interesses, fundado por princípios próprios e exclusivos, como o da supremacia do interesse público sobre o privado nos contratos administrativos.

Palavras-chave: Consumidor. Pessoa jurídica pública. Vulnerabilidade. Supremacia do interesse público.

ABSTRACT

The Consumer Protection Code states that "consumer is any person or entity who acquires or uses services as end product." This paper aims to examine the application of the Consumer Protection Code to the Public Administration as a consumer. In this sense, had observed the principles guaranteed to consumers by the Constitution and by the Consumer Protection Code and the historical aspects of the creation of this microsystem, the legal concept of the subjects of the consumer relationship, the scope of the term "final destination" the consumer recognition of the vulnerability. Finally it is related doctrinal interpretations of the definition of the application of the Consumer Protection Code field and measured their application to public legal entity that has different legal regime for protection of their interests, founded by own unique principles such as the supremacy of public interest over private in administrative contracts.

Keywords: Consumer. Public entity. Vulnerability. Supremacy of public interest.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do consumidor

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	8
2.1	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR ... ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.	
2.1.1	A evolução histórica do consumidor no Brasil Erro! Indicador não definido.	
2.2	A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO.....	8
2.2.1	O Consumidor	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.2.2	O consumidor por equiparação	21
2.2.2.1	A coletividade como consumidora	21
2.2.2.2	As vítimas de acidente de consumo	22
2.2.2.3	As expostas às práticas de consumo	22
2.3	O Fornecedor	23
2.2.4	A vulnerabilidade do consumidor	25
3	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	34
3.1	Regime Jurídico da Administração Pública	21
3.2	Princípios da Administração Pública	22
3.3	Contrato Administrativo	22
4.1	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA	34
4.1	CONSUMIDOR DESTINATÁRIO FINAL	34
4.2.	INTERPRETAÇÃO FINALISTA, MAXIMALISTA E FINALISTA-APROFUNDADA E SUA APLICAÇÃO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	36
4.2.1	A Interpretação finalista.....	38
4.2.2	A Interpretação Maximalista.....	36
4.2.3	A Interpretação Finalista aprofundada	39
5	CONCLUSÃO	43
	REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

O direito do consumidor, ao dar um tratamento privilegiado de proteção aos consumidores, repeliu o paradigma civilista clássico, a razão de existir do tratamento diferenciado à um dos sujeitos pressupõe a própria noção de existência da norma, garantir relações jurídicas de consumo equilibradas. Assim o trabalho verificará a possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor da Administração Pública como consumidora final.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a proteção do consumidor e determinou sua regulamentação, neste sentido o texto constitucional deu *status* de direito fundamental à proteção ao consumidor, no entanto diante do texto do Código de Defesa do Consumidor é necessário a análise dos conceitos jurídicos de consumidor e fornecedor, bem como uma abordagem sobre as espécies de vulnerabilidades dos consumidores quando pessoas jurídicas para sua aplicação.

Logo, a abrangência do termo “destinatário final” trazido pela Lei 8.078/90 e a interpretação maximalista, finalista e finalista aprofundada visam responder sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à pessoa jurídica como consumidora final, o presente trabalho verificará se podemos enquadrar com o uso destas teorias a pessoa jurídica pública a condição de consumidora final.

Noutro norte, considerando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, é importante discutir se a pessoa jurídica pública pode ser sopesada vulnerável, nas suas vertentes, técnica, jurídica, científica, informacional, nos contratos administrativos.

Outra situação, que denota importância para o debate da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações envolvendo a Administração Pública é o regime jurídico de direito público das contratações do Estado, que tem como um dos seus traços característico as chamadas cláusulas exorbitantes.

O método de pesquisa será o dedutivo, qualitativo, por meio de levantamento bibliográfico de doutrina, pesquisa de jurisprudência.

Comportando mais de uma interpretação, é de suma importância entender sobre a aplicação da Lei 8.078/90 à Administração Pública na condição de consumidor

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Há um antigo ditado do mundo jurídico que diz: *ubi societas, ibi jus* (onde esta a sociedade esta o direito), para Miguel Reale “a recíproca é verdadeira *ibi jus, ubi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantias jurídicas, nem qualquer regra jurídica, que não se refira a sociedade” (REALE, 1987, p. 2).

Desta forma, não há como separar a evolução do direito, da evolução da sociedade, podendo ser classificado em três grandes grupos de manifestações do direito “ao longo da história: direito arcaico, característico dos povos sem escrita; (2) o direito antigo, que surge com as primeiras civilizações urbanas e (3) o direito moderno, próprio das sociedades posteriores às revoluções Francesa e Americana.” (PINTO, 2001, p. 31).

Eduardo Gabriel Saad destaca que “desde os tempos mais recuados, sempre houve alguém que vendesse algo (ou troca-se um por outro) e alguém que comprasse aquilo que necessita-se para alimentar-se ou para proteger-se contra as intempéries.” (1999, p. 25).

Embora seja difícil definir na linha do tempo, o termo exato em que surge a agregação do valor na sociedade, e posterior comercialização de bens, é importante ressaltar a sistematização das trocas das mercadorias como fundamental aspecto da transição das sociedades arcaicas para o mundo antigo, logo do direito arcaico para o direito antigo.

[...] o comércio é um elemento fundamental na consolidação das civilizações da Mesopotâmia e Egito. Segundo a já clássica contribuição de Engels, a origem do comércio localiza-se na divisão do trabalho gerada pela apropriação individual dos produtos antes distribuídos no seio da comunidade; com a retenção do excedente, a criação de uma camada de comerciantes e a atribuição de valor a determinados bens, o homem deixa de ser senhor do processo de produção. Inaugura-se, então segundo

Engels, uma assimetria no interior da comunidade, com a introdução da distinção rico-pobre. (PINTO, 2001, p. 32 - 36).

Avançando no tempo, o direito romano, contribuiu com diversos conceitos modernos das atuais relações jurídicas, exemplo: “as ações para proteção do adquirente de coisa com defeito oculto eram a *redhibitoria* e a *quanti minori*.” (Saad, 1999, p. 26).

Preocupado com os súditos, o Estado Romano não poupou medidas no sentido de controlar e até mesmo tabelar produtos evitando a inflação.

Destacam-se ainda, no Império Romano, as práticas do controle de abastecimento de produtos, principalmente nas regiões conquistadas, bem como a decretação do congelamento de preços, no período de Deocleciano, uma vez que também nesse período se fazia sentir o processo inflacionário, gerado em grande parte pelo déficit do tesouro imperial na manutenção das hostes de ocupação. (FILOMENO, 2003, p. 25).

Importante destacar o processo manufatureiro, pois é um forte impulso ao renascimento econômico na Idade Média, pois a máquina do século XVIII movida por energias naturais logo tornou-se a máquina do século XIX, movida pela energia mecânica do vapor.

A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classes. Não fez senão substituir novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta as que existiram no passado. [...] A antiga organização feudal da indústria, em que essa era circunscrita a corporações fechadas, já não podia satisfazer às necessidades que cresciam com a abertura de novos mercados. A manufatura a substituiu. A pequena burguesia suplantou os mestres das corporações; a divisão do trabalho entre as diferentes corporações desapareceu diante da divisão do trabalho dentro da própria oficina. Todavia, os mercados ampliavam-se cada vez mais: a procura de mercadorias aumentava sempre. A própria manufatura tornou-se insuficiente; então o vapor e a maquinaria revolucionaram a produção industrial. A grande indústria moderna suplantou a manufatura; a média burguesia manufatureira cedeu lugar aos milionários da indústria, aos chefes de verdadeiros exércitos industriais, aos burgueses modernos. (MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, 1978, p. 22).

Com a modernização agrária substituindo o sistema obsoleto de tração animal no campo, cada vez mais os agricultores migravam do campo para a cidade. E como não ocorria de forma ordenada ou em escalas que o novo sistema pudesse absorver, formou-se uma grande massa de trabalhadores que passaram a viver em situação de miséria submetendo-se a várias formas de dominação.

A indústria moderna transformou a pequena oficina do antigo mestre da corporação patriarcal na grande fábrica do industrial capitalista. Massa de operários, amontoados na fábrica, são organizados militarmente. Como soldados da indústria estão sob a vigilância de uma hierarquia completa de oficiais e suboficiais. Não somente escravos da classe burguesa, do Estado burguês, mas também diariamente, a cada hora, escravos da máquina, do contramestre e, sobretudo, do dono da fábrica. E esse despotismo é tanto mais mesquinho e odioso e exasperador quanto maior é a fraqueza com que proclama ter no lucro seu objetivo exclusivo. Quanto menos o trabalho exige habilidade e força, isto é, quanto mais a indústria moderna progride, tanto mais o trabalho dos homens é suplantado pelo das mulheres e crianças. As diferenças de idade e de sexo não têm mais importância para a classe operária. Não há senão instrumentos de trabalho, cujo preço segundo idade e sexo. Depois de sofrer a exploração do fabricante e receber seu salário em dinheiro, o operário torna-se presa de outros membros da burguesia, do proprietário, do varejista, do usuário, etc. (MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, 1978, p. 27).

A Revolução Industrial, com o investimento do capital em mecanização do setor produtivo, trouxe uma série de mudanças no contexto social, político e econômico da época, e, conseqüentemente, na relação de consumo, influenciando assim o direito existente.

Progressivamente as fábricas produziam uma maior quantidade de produtos, sendo necessário um número cada vez maior de consumidores com renda.

Nesse contexto os capitalistas lançavam suas idéias liberais, profetizando a liberdade do indivíduo, cultuando a superação do antigo modelo atrasado e estático, pelo novo modelo, libertador da personalidade humana, doutrina conhecida como *laissez-faire*, onde o comércio deveria ser exercido livremente. No entanto, com o “tempo, foram surgindo interesses coletivos ao lado dos interesses individuais. A consciência coletiva incorporou-se com o desenvolvimento da economia e de outros fatores impulsionadores do processo evolutivo da sociedade.” (SAAD, 1999, p. 26).

As novas características da sociedade, com a produção em massa, ao mesmo tempo em que apresentaram avanços significativos na história, eram uma via de mão dupla, apresentando problemas de difícil superação.

Diante da situação, muitas vezes cruel, a que os indivíduos eram submetidos no século XIX, os trabalhadores se organizaram e conquistaram os seus primeiros direitos trabalhistas. Ao passo em que estes mesmos trabalhadores eram consumidores, passaram a discutir o sistema legal de proteção aos consumidores, assim como a qualidade do que era produzido.

Não exageramos ao dizer que há certa identidade de causas geradoras do direito do trabalho e do direito do consumidor. Em ambos, o Estado violenta tradições jurídicas calcadas no individualismo para proteger o consumidor e trabalhador. Por terem a proteção ao hipossuficiente como alvo fundamental, a Consolidação das Leis do Trabalho e este Código alicerçam-se em alguns princípios comuns: a) acordos e convenções coletivas como fontes não-estatais de normas; b) dirigismo contratual acentuado; c) disregard doctrine ou desconsideração da personalidade jurídica; d) responsabilidade passiva do grupo econômico e) instituto da lesão do contrato. [...] (SAAD, 1999 p. 27).

O consumidor encontrava-se inserido e ao mesmo tempo espectador de uma sociedade de consumo de massa, diante de produtos de baixa qualidade, desamparado e não correspondido nas suas reclamações, mal informado, etc.

A origem do movimento de defesa do consumidor não tem por escopo desarticular o Sistema Capitalista. “Nesse sentido comenta Guido Alpa não ser por acaso que o movimento de tutela coletiva se tenha originado nos países onde primeiro surgiu a sociedade opulenta, nascendo nos Estados Unidos [...] (CUNHA, 1999, p. 6).

Em 1891, é criada a “*Consumer’s League*”, resultado da separação dos movimentos trabalhistas e consumeristas, que em 1930 passa a se chamar *Consumer Union*, importante organização na realização de testes comparativos de produtos e informação dos consumidores.

A referida entidade, dentre outras atividades de conscientização dos consumidores, promoção de ações judiciais e etc., chega a adquirir quase todos os produtos que são lançados no mercado norte-americano para análise e, em seguida, por intermédio da revista *Consumer’s Report*, aponta as vantagens e desvantagens do produto dissecado. (FILOMENO, 2003, p. 26).

Nos anos 60, são criadas em alguns países da Europa, associações de defesa do consumidor, caso da Suécia, França, Inglaterra, com a finalidade de tutelar o interesse dos consumidores ao tempo que o capitalismo criava novas formas de fortalecer o poder econômico.

A massificação da sociedade de consumo, exige formas dinâmicas para otimizar as relações, exemplos são os contratos de adesão com as suas cláusulas

padronizadas, que exigiram uma resposta rápida dos consumidores com a mesma força com que foram impostos.

Com a deflagração desses fenômenos, a autonomia da vontade nos contratos de adesão constituiu clausula morta, que mereceu especial atenção diante da nova sociedade de massa. A partir desses contratos, que podem ser escritos ou não, surgiu mais uma necessidade urgente de defesa do consumidor, podendo-se considerar ultrapassada a concepção tradicional do contrato nas relações de consumo. Nessa concepção tradicional, os contratos podem ensejar uma relação entre dois parceiros em oposição de igualdade, tendo em vista o direito, podendo discutir seus interesses, direitos e obrigações mutuamente contraídos. (CUNHA, 1999, p. 7).

Contribuindo para a ampliação do contingente de consumidores aptos a adquirir produtos e serviços, foi criado um instrumento poderosíssimo, capaz de induzir e controlar os consumidores, motivando e persuadindo, o marketing. “A partir de então, o consumidor não só comprava visando atender suas necessidades básicas, mas também com intuito de consumir o que lhe foi imposto pelo marketing exacerbado.” (DELFINO, 2003, p. 163 – 165).

Porém essa tendência do direito dos consumidores, já pode ser evidenciada em 15 de março de 1962, data em que John Kennedy, Presidente dos Estados Unidos anunciou um programa de reforma relativo aos interesses dos consumidores americanos.

Mas foi em 1969, na Europa, com a criação de uma comissão para a política dos consumidores, responsável pela elaboração de um relatório entregue em 1972, resultando mais tarde na Carta do Consumidor.

Nesse sentido, em 09 de abril de 1985 em sessão plenária da Organização das Nações Unidas, foi aprovada a Resolução nº 39/248, um marco para a terceira geração ou fase dos Direitos Humanos, tendo como idéia estabelecer diretrizes de aperfeiçoamento dos instrumentos de defesa dos direitos conquistados na segunda geração, para garantir os direitos conquistados na primeira geração.

A Resolução nº 39/248 (vide Capítulo 9), em última análise, traçou uma política geral de proteção ao consumidor destinada aos Estados filiados, tendo se em conta seus interesses e necessidades em todos os países e, particularmente, nos em desenvolvimento, reconhecendo que o consumidor

enfrenta amiúde, desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. (FILOMENO, 2003, p. 27).

Embora a ONU não tenha tutela impositiva, o seu reconhecimento à vulnerabilidade do consumidor na Resolução 39/248, foi importante instrumento político de estímulo dos países a desenvolverem mecanismos de defesa e proteção ao consumidor, influenciando diretamente a legislação positivada brasileira.

2.1.1 A evolução histórica do direito do consumidor no Brasil

No Brasil, existem normas de relação de consumo desde o século XVII, quando recém descoberto, embora nenhuma indicasse o que é consumidor ou mesmo relação de consumo. Vigoravam nesse período as Ordenações Afonsinas e o Livro V das Ordenações Filipinas. Segundo “documentos da época colonial guardados no Arquivo Histórico de Salvador”, os infratores das normas de relação de consumo, eram punidos pelas autoridades da colônia. (FILOMENO, 2003, p. 25).

Posteriormente as Ordenações Filipinas, o Brasil continuou regulando as relações de consumo de forma esparsa e desordenada, assim como no passado, a proteção era indireta e individual.

O Código Civil de 1916 tratou indiretamente da relação de consumo, quando tratou da teoria subjetiva da culpa, que oportunizara o ressarcimento do dano individual do consumidor lesado, no seu art. 159, *in verbis*:

Art. 159 – Aquele que, por ação, ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem. Fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1532 e 1537 a 1533.

Posteriormente a Constituição Federal de 1934 dispôs em seu art. 117, inovando ao trazer para a legislação pátria a regulamentação vedando a usura, enquanto “taxa de juros (usura pecuniária)” e “usura real (lesão enorme)”, sendo que a “interpretação está baseada na origem do dispositivo, o § 138, 2.^a alínea, do

Código Civil Alemão e o art. 152, 2.^a alínea, da Constituição Alemã. (CASADO, 2000, p. 62).

Nesse sentido escreveu Pontes de Miranda ao comentar a citada Constituição.

Não importa a forma sob que se estipule os juros, nem só os juros são susceptíveis de serem proibidos. Ao § 138, 2.^a alínea, do Código Civil Alemão, de onde se tiraram o art. 152, 2.^a alínea, da Constituição Alemã e o art. 117, § único, da nossa Constituição de 1934, as conseqüências que se atribuem são as seguintes, e hão de ser, necessariamente, as nossas, a partir de 16 de julho de 1934: é nulo todo negócio jurídico que te há carácter de usura, trata-se se empréstimo ou de acto jurídico, v.g., venda, aluguer; nula também a garantia real, ligada ao negócio jurídico e eivado de usura; a própria promessa é nula se implica usura; [...] todo enriquecimento indevido, que resultar de negócio jurídico é usura; [...] (MIRANDA apud CASADO, 2000, p.62).

Ainda trataram sobre a limitação dos juros, a Constituição Federal de 1937, 1946 e a Constituição Federal de 1988 em seu art. 192. § 3.^o, já revogado.

A Lei n° 1.521, de 26 de dezembro de 1951, conhecida Lei de Economia Popular, foi um importante avanço para a defesa do consumidor nas relações de consumo, sendo que alguns dos seus institutos ainda vigoram, já que recepcionados tanto pela Constituição Federal de quanto pelo Código de Defesa do Consumidor que examinaremos mais adiante.

Entre os principais institutos regulamentados pela Lei da Economia Popular Eduardo Gabriel Saad destaca:

[...] expor a venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido as determinações oficiais quanto ao peso e a composição; - negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviços, desde que a importância exceda (v. lei 7.209, de 11-07-1984) a Cr\$ 15,00 (quinze cruzeiros) e com a indicação do preço do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês; - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vende-los como puros; misturar gêneros de mercadorias de qualidade desiguais para expô-los à venda ou vende-los por preço marcado para os demais alto custo; - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados. (1999, p. 32 - 33).

Voltado para a proteção do consumidor podemos ressaltar ainda a Lei Delegada n. 4 de 26 de setembro de 1962 “que autorizava a intervenção da União no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo”, alterada pelo Decreto-Lei n. 422, de 20 de Janeiro de 1969 que atribuiu competência para “fixar preços máximos de taxas, anuidades de estabelecimentos de ensino, ingressos em diversões públicas populares, inclusive cinemas, [...]” à Superintendência Nacional do Abastecimento – SUNAB, assim como as intervenções previstas no art. 2º da Lei Delegada n. 4/1962. (SAAD, 1999, p. 33).

Também no ano de 1962 foi criada a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico, nº 4.137, que trouxe inúmeros benefícios ao consumidor, dentre eles o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, hoje uma autarquia segundo a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), que faz parte do Ministério da Justiça, atuando juntamente com a Secretaria de Defesa Econômica.

No entanto, os institutos criados até então para proteger os consumidores, embora um avanço normativo, não eram suficientes para equilibrar as relações de consumo, ainda muito influenciadas pela prática do monopólio e da dominação da concorrência, sendo necessário uma norma de proteção do consumidor.

Se o movimento consumerista mundial nasce ou pode ser detectado nos “movimentos frigoríficos de Chicago”, ou pela criação da “Consumer’s League” em 1891, o “movimento consumerista brasileiro”, segundo José Geraldo Brito Filomeno, surgiu em 1976 com o chamado “sistema estadual de defesa do consumidor”, em São Paulo, sendo tal movimento, responsável direto pela conquista do Código de defesa do Consumidor. (FILOMENO, 2003, p. 31).

O chamado movimento consumerista brasileiro, em rigor, surgiu em 1976 quando então governador paulista Paulo Egydio Martins designou comissão especialmente para estudar a implantação do já aludido “sistema estadual de defesa do consumidor”, de que resultou da Lei nº 1.903/78, e, concretamente, a instalação do Procon (então chamado de “Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor”, hoje Fundação de Proteção ao Consumidor, órgão da Secretaria de Estado de Justiça), em princípios de 1979. (2003, p. 31).

No Brasil e no mundo, como relatado até agora, a sociedade de consumo não mostrou apenas resultados positivos com o crescente número de produtos e serviços, ao contrário, em muitos pontos demonstrou a fragilidade do consumidor, a exemplo o acesso à justiça.

Diferente do que pensavam os liberais, o mercado não apresentou as soluções para os problemas a serem superados, dentre eles o desequilíbrio entre o fornecedor e o consumidor, que deixou este último vulnerável nas relações de consumo, caindo por terra o entendimento da autocomposição das partes, tornando-se necessário a intervenção do Estado.

Ante essa nova realidade, o Estado alterou sua postura tradicional, com a intenção de eliminar a predominante isonomia aparente, que existia apenas na teoria, para atingir o modelo da igualdade efetiva e real. Com esse objetivo o Direito transmutou-se. Surgiu o Estado tutelando não só a igualdade e a liberdade dos indivíduos, mas ainda assegurando seus direitos sociais. O Direito, ao perder a função de mero coadjuvante, passou a funcionar como garante da harmonização e equilíbrio das relações. O Estado passou a intervir diretamente nas relações, limitando a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, criando instruções (leia-se “regras”) de natureza cogente a serem, sempre e obrigatoriamente, observadas e respeitadas pelos contratantes. “De mero espectador, passou o estado a atuar no “papel principal” das contratações, garantindo a justiça e a igualdade das relações entre particulares.” (DELFINO, 2003, p. 164 - 165).

O intervencionismo estatal pode se manifestar de duas formas segundo Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “mediante leis esparsas, específicas para cada atividade econômica” ou mediante um “Código”, ordenamento sistemático com um conjunto de normas gerais. (GRINOVER et al, 2011, p. 5).

A proteção do consumidor como direito fundamental tem abrigo na Constituição Federal de 1988, logo o direito subjetivo pode ser reclamado contra o Estado ou qualquer outro sujeito que se enquadre na condição de fornecedor, ficando todos submetidos à aplicação da norma em proteção a parte vulnerável da relação jurídica de consumo.

De outro lado, a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição federal de 1988 também significa, sistematicamente, uma garantia constitucional deste ramo do direito privado, um direito objetivo (na lei, no sistema posto do direito) de defesa do consumidor. É a chamada "força normativa" da Constituição (expressão de Konrad Hesse), que vincula o Estado e os interpretes da lei em geral, que devem aplicar este no direito privado de proteção dos consumidores (institucionalizado na ordem econômica constitucional, no art. 170, V CF/1988, garantido e consubstanciado como valor a tutelar incluído na lista de direitos fundamentais, no art. 5º, XXXII, da CF/1988). Em outras palavras a Constituição Federal de 1988 é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil. (BENJAMIN et al., 2014, p. 37).

Grinover (*et al*, 2011, p. 5), em sua obra ensina que existem dois modelos de aplicação destes direitos em relação à proteção ao consumidor. O primeiro é o modelo da autorregulamentação, em que a relação de consumo é inteiramente privada, praticando os fornecedores e consumidores os atos sem a intervenção estatal, e responsabilizando-se por impedir eventuais práticas nocivas. E, ainda, há o modelo de intervencionismo estatal fundado em normas imperativas que regulamentam o vínculo entre fornecedor-consumidor, suprimindo, desta forma, a vulnerabilidade do consumidor.

Nenhum país do mundo protege seus consumidores apenas com o modelo privado. Todos, de uma forma ou de outra, possuem leis que, em menor ou maior grau, traduzem-se em um regramento pelo Estado daquilo que, conforme preconizado pelos economistas liberais, deveria permanecer na esfera exclusiva de decisão dos sujeitos envolvidos. O modelo de intervencionismo estatal pode se manifestar de duas formas principais. De um lado, há o exemplo, ainda majoritário, daqueles países que regem o mercado de consumo mediante leis esparsas, específicas para cada uma das atividades econômicas diretamente relacionadas com o consumidor. [...] De outra parte, existem aqueles ordenamentos que preferem tutelar o consumidor de modo sistemático, optando por um "código" como conjunto de normas gerais, em detrimento de leis esparsas. (GRINOVER et al., 2011, p. 5).

Neste sentido, o legislador infraconstitucional buscou harmonizar o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor com a Constituição Federal ao dispor:

Art. 1º 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. (BRASIL, 2015a).

Extraíndo-se da disposição legal supracitada, verifica-se que o inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que "o Estado promoverá, na forma da lei, a

defesa do consumidor.” (BRASIL, 2015b). Igual preocupação é disposta pelo artigo 170, inciso V do mesmo diploma legal, em que diz o legislador:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; (BRASIL, 2015b).

As normas acima estabelecidas são de ordem pública e interesse social, portanto, não podem ser revogadas por vontade das partes de uma relação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor surge em cumprimento ao disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.” (BRASIL, 2015b).

Sobre o tema disciplina Miragem (2014, p. 59):

O significado de Código para a doutrina jurídica guarda em si, desde o seu advento, uma ideia de sistematização a partir de princípios e regras, com a função de organização do ordenamento jurídico. No caso do Código de Defesa do Consumidor, tratou-se de uma determinação constitucional, não de uma opção ou conveniência legislativa. Assim, em vista da regra de interpretação pela qual a norma não conhece palavras inúteis, ao determinar a realização de um Código, o artigo 48 estabeleceu regra com significado próprio a ser observado.

Trata-se de interpretação valendo-se do princípio da unidade da Constituição, em que o texto da Constituição Federal forma um novo microssistema, com suas próprias normas e princípios.

A propósito:

Se ser Código significa ser um sistema, um todo construído e lógico, um conjunto de normas ordenando segundo princípios, não deve surpreender o fato de a própria lei indicar ou narrar (normas narrativas) em seu texto os objetivos por ela perseguidos (art. 4º do CDC), facilitando em muito, a interpretação das normas e esclarecendo os princípios fundamentais que a conduzem. Também a divisão em parte geral e parte especial facilita muito sua aplicação pelo interprete, assim como sua divisão em título, capítulos e seções. Afirma-se que, quando se aplica um artigo, se aplica toda a lei e em um sistema espacial e bem estruturado como CDC, esta é uma verdade muito importante e que pode ser decisiva para alcançar a efetividade desta lei tutelar. (BENJAMIN, 2014, p. 61).

Apesar de a proteção ao consumidor ter sido promulgada na forma de lei ordinária (Lei nº 8.078/90), vê-se nitidamente a partir de suas especificidades tratar-se de um Código. Até porque, referida lei estrutura a defesa ao consumidor, deste modo realizando o direito fundamental de forma homogênea e coerente, e fazendo, inclusive, possível sua autonomia. (MIRAGEM, 2014, p. 60).

Além do direito (material) do consumidor, o legislador brasileiro cuidou de disciplinar a matéria processual, harmonizando novos e antigos institutos jurídicos no Código de Defesa do Consumidor, tornando este um “microsistema” da relação de consumo com valores e princípios próprios. Não obstante, disciplina também outras áreas do direito, como penal, administrativo, constitucional, processual civil, elevando a sua característica “multidisciplinar” e quando relaciona as áreas se sobrepõe a sua característica interdisciplinar.

Porém, com tantas leis esparsas não são difíceis de encontrar situações de conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e outras legislações, cabendo ao intérprete buscar a solução na Lei Consumerista, devido sua supremacia legal amparada no art. 170, V (princípio constitucional da atividade econômica); art. 5º, XXXII (direitos e garantias individuais) da Constituição Federal e art. 48 (comando constitucional de elaboração do Código de defesa do Consumidor) do ADCT.

Nesse sentido assevera Lúcio Delfino:

[...] utilizando-se das louváveis expressões amoedadas pela Professora Marques, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei especial-subjetiva, hierarquicamente superior (ou principiológica), complementar a um mandamento constitucional, e de ordem pública (e de função social). Tais posturas asseguram-lhe a robustez legal necessária ao cumprimento de sua função de revitalizar as diversas situações ocorrentes no mercado de consumo envolvendo consumidores e fornecedores. Dão-lhe, ainda, a autoridade necessária para, se conflitante com outra legislação, impor-se a ela e, efetivamente, regular e desvendar o embate de interesses sob a apreciação do Judiciário. (2003, p. 190).

Porém, para sabermos qual regra aplicar é importantíssimo compreender com exatidão o conceito de relação jurídica de consumo, os seus elementos, consumidor, fornecedor, produto, serviço.

2.2 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Quando resta caracterizada a relação de consumo, aplicar-se-á o microsistema protetivo consumerista, e secundariamente, se necessário, a lei geral, ou outras regras. Para Claudia Lima Marques "é decisivo o interprete" conhecer o campo de aplicação do Código de Defesa do consumidor:

"o grande desafio do interprete e aplicador do CDC, como Código que regula uma relação jurídica entre privados é saber diferenciar e saber "ver" quem é comerciante, quem é civil, quem é consumidor, quem é fornecedor, quem faz parte da cadeia de produção e de distribuição e quem retira o bem de mercado como destinatário final, quem é equiparado a este, seja porque é um coletividade que intervém na relação, porque é vítima de um acidente de consumo ou porque foi quem criou o risco no mercado. (2014, p. 95).

Logo o conceito de fornecedor e consumidor, produto e serviço, são "conceitos relacionais e dependentes" que precisam ser conhecidos para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. (MIRAGEM, 2014, p. 143).

2.2.1 Consumidor

Segundo o artigo 2º de referido diploma legal, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (BRASIL, 2015a).

Consumidor, de forma simples, sem valer-se do previsto no Código de Defesa do Consumidor, é aquele que retira o produto ou serviço do mercado de consumo, o vulnerável da relação, é o destinatário fático e econômico do produto ou serviço. (MARQUES, 2011, p. 302).

Sobre a perspectiva de Grinover et al (2011, p. 23):

Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma

necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Para Claudia Lima Marques:

O consumidor é uma definição também ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. (BENJAMIN et al, 2014, p. 98)

Segundo Miragem (2014) o conceito de consumidor é aparentemente simples: consumidor são pessoa naturais ou jurídicas, sendo protegido, tanto os que adquiram produtos ou serviços, quanto os que utilizam produtos ou serviços, passando a apresentar maior desafio a interpretação de "destinatário final" que deve ser aplicada aos consumidores.

Em primeiro momento analisaremos o consumidor por equiparação do parágrafo único do art. 2º, do art. 17 e artigo 29, para então adentrar na questão do termo "destinatário final" trazido pelo texto legal, tendo em vista que será objeto de detida análise do nosso ultimo capítulo.

2.2.2 O consumidor por equiparação

2.2.2.1 A coletividade como consumidora

O parágrafo único do art. 2º do CDC dispõe que "equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" (BRASIL, 2015a).

Para Paulo Valério (2013, p. 101), " a coletividade, então é equiparada a consumidor para o efeito de que, coletivamente, possa ser concretizada uma atuação tendente À proteção das múltiplas pessoas que eventualmente tenham sido lesadas por uma mesma origem comum ilegal".

Segundo NUNES (2013, p. 133), “é essa regra que dá legitimidade para a propositura de ações coletivas para a defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos”.

Assim sendo, em eventuais situações a coletividade equipara-se ao consumidor, pois está exposta às práticas do mercado de consumo.

2.2.2.2 As vítimas de acidente de consumo

Dispõe o art. 17 do CDC: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” (BRASIL, 2015a).

Interpretando referido artigo, basta ser vítima, para ser privilegiado pela proteção do direito do consumidor, este artigo afasta a necessidade de adquirir ou utilizar um produto ou serviço, bastando o alcance do acidente de consumo (fato do produto ou serviço).” (BENJAMIN, 2014, p. 115).

Segundo Grinover et al (2011, p. 216), “com bastante frequência, os danos causados por vícios de qualidade dos bens ou serviços não afetam somente o consumidor, mas terceiros, estranhos à relação jurídica de consumo”.

Para reparação, basta que o terceiro (*bystander*) comprove que tenha sofrido dano decorrente do acidente de consumo. (MIRAGEM, 2014, p. 148).

2.2.2.3 As expostas às práticas de consumo

Por último equiparado, o artigo 29 do CDC, in verbis: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (BRASIL, 2015a).

Por intermédio deste artigo, todas as pessoas expostas à eventual prática abusiva podem utilizar as regras e princípios previstos pelo CDC, protegendo, assim, os seus interesses econômicos. (BENJAMIN et al, 2014, p. 117).

Destaca Paulo Valério:

Em realidade, o artigo 29 do CDC alterou completamente o modo de trabalhar o direito que até então vinha sendo praticado, não sendo exagerado tal afirmação. Antes do seu surgimento, toda a atividade jurídica era feita com base em situações concretas, já existentes. Agora, elas não são mais fundamentais, para que se empreenda a postura protetiva, bastando a mera exposição, conceito do mundo material que identificava questões corriqueiras do nosso cotidiano, tais como a "exposição ao sol", ao "vento", as "intempéries", mas que, na atualidade, está positivada com um conceito jurídico de cunho nitidamente *culturalista*. (..). (2013, p. 103).

O art. 29 é um poderoso instrumento, eficaz para reprimir abuso de poder, proteger os interesses econômicos dos consumidores expostos as práticas abusivas, mesmo que não sejam consumidores conforme os conceitos aqui analisadas. (BENJAMIN et al, 2014, p. 117)

2.2.3 Fornecedor

O artigo 3º do CDC estabelece:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço (BRASIL, 2015a).

Interpretando de maneira ampla o dispositivo legal supracitado, fornecedor é aquele que oferece serviço ou produto no mercado de consumo, o legislador abrangeu tanto o Estado como fornecedor, quanto empresas privadas, nacionais ou não e, inclusive pessoas físicas. E, ainda, “pessoas que exercem, com ou sem finalidade lucrativa, atividade de caráter comercial, financeiro ou industrial, em nome próprio ou de terceiro, dotadas ou não de personalidade jurídica, que ofereça ou realize a venda de produtos ou serviços.” (MIRAGEM, 2014, p. 164).

Segundo Miragem (2014, p. 165):

A amplitude na definição conceitual é observada em outros países. Assim a Lei de Proteção do Consumidor da Bélgica, que ao definir fornecedor, com vista à delimitação do âmbito de aplicação de suas regras, refere como tal, *toda a pessoa física ou jurídica que vende produtos ou serviços em uma atividade profissional ou em vista da realização de um objetivo estatutário, os órgãos públicos ou pessoas jurídicas em que o Poder Público possui interesses preponderantes, que exercem uma atividade comercial, financeira ou industrial, e que ofereçam ou vendam produtos ou serviços.*

Para Claudia Lima Marques (2011), para que o fornecedor seja caracterizado como tal, deverá desenvolver a atividade com cunho profissional. Referido critério irá excluir da égide do CDC os contratos firmados entre dois particulares não profissionais, por exemplo, visto tratar-se de relação compreendida pelo Direito Civil.

Acerca da caracterização do fornecedor quanto à prestação de serviços destaca Marques (2011, p. 408):

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta, mencionando apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços. [...] A expressão "atividades", no *caput* do art. 3º, parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, na dependência única de ser o contratante um consumidor.

Para Bruno Miragem a atividade do "fornecedor é habitual porque ela é profissional", ou seja ainda que não tenha sido cunhado no artigo 3º a expressão profissional, ao indicar a expressão habitualidade, o legislador remeteu ao desenvolvimento da atividade com profissionalismo. Esse caráter profissional da atividade ofertada a caracteriza como uma atividade econômica, vez que o fornecedor visa vantagem econômica ao comercializar o produto ou serviço. Porém, isto não significa que o fornecedor sempre deverá ter fins lucrativos, bastando apenas que ofereça sua atividade mediante remuneração (MIRAGEM, 2014, p. 166).

Ainda para Miragem, outro fator importante que enlaça o fornecedor é em relação ao mercado de consumo:

Atuar no mercado de consumo, como faz o fornecedor, significa oferecer seus produtos e serviços neste espaço de negócios, colocando-os à disposição dos consumidores. A atuação no mercado de consumo, faz com que muitos serviços que não se considerem oferecidos neste o mercado sejam afastados da incidência do CDC (2014, p. 168).

Por fim, destaca-se acerca da cadeia de fornecimento. Isso porque, o CDC define como fornecedores todos os participantes desta cadeia, ainda que tenham mantido relação indireta com o consumidor. Inclusive, o parágrafo único do artigo 7º do CDC dispõe que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (BRASIL, 2015a).

2.2.4 A vulnerabilidade do consumidor

O princípio da vulnerabilidade está ligado ao princípio da igualdade, para estabelecer liberdade, considerando que alguém só pode ser considerado igual, se não for subjugado pelo outrem. (VALÉRIO, 2013).

A vulnerabilidade é um estado da pessoa, podendo ser permanente ou “provisório, individual ou coletivo”, enfraquecendo o sujeito de direito em relação ao outro, por sua vez “desequilibrando a relação”. (MARQUES et al, 2013, p. 228)

Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes(2013), a fraqueza, fragilidade, real e concreta decorre de ordem técnica ou cunho econômico, sendo que a primeira está relacionada ao meio de produção ou prestação de serviço cujo conhecimento é o monopólio do fornecedor, enquanto a segunda via de regra trata da capacidade econômica do fornecedor em relação ao consumidor.

Eduardo Gabriel Saad (1999, p.135) não compadece desse entendimento rechaçando a vulnerabilidade fática ou econômica, contrapondo diversas situações cotidianas que demonstram o consumidor em grande vantagem financeira em relação ao fornecedor, destacando que “as relações de consumo processam-se de modo mais favorável aos interesses do fornecedor que os do comprador ou usuário [...]”.

O princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor é o da vulnerabilidade, nas palavras de Bruno Miragem (2014, p. 122):

A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas de direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo.

Para Grinover (et al, 2011, p. 73), analisando Adam Smith, Henry Ford, Fabio Konder Comparato, o consumidor não dispõe do controle sobre os bens de produção, portanto, acaba por ser submisso aos fornecedores. Sem dúvida o consumidor é a parte mais fraca da relação, isso porque os fornecedores detêm o integral controle do mercado.

O inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (BRASIL, 2015a), constituindo uma presunção legal e absoluta.

Paulo Valério Dal Pae Moraes (2013, p. 141), define que "vulnerar significa ferir, melindrar, ofender, o que induz à idéia de que existem inúmeras formas de que os consumidores possam ser feridos, melindrados, ofendidos.

Nos ensinamentos de Miragem:

O reconhecimento de presunção absoluta de vulnerabilidade a todos os consumidores não significa, contudo, que os mesmos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor. A doutrina e a jurisprudência, vêm distinguindo diversas espécies de vulnerabilidade. Entre nós é conhecida a lição de Claudia Lima Marques que distinguiu a vulnerabilidade em três grandes espécies: *vulnerabilidade técnica*; *vulnerabilidade jurídica*; e *vulnerabilidade fática*. E recentemente, identifica a autora gaúcha uma quarta espécie de vulnerabilidade, a *vulnerabilidade informacional*. (2014, p. 123)

A *vulnerabilidade técnica* o consumidor não tem conhecimentos sobre o objeto esta adquirindo ou serviço que esta contratado, sendo facilmente enganado quanto ao produto ou sua utilidade. No CDC seu reconhecimento presumido para o consumidor não profissional, podendo abranger excepcionalmente o profissional. (MARQUES, 2011)

Para Nunes, a vulnerabilidade técnica "está ligada aos meios de produção, cujo conhecimento é de monopólio do fornecedor." Todavia, não se refere apenas às

técnicas de produção e à distribuição dos produtos e serviços, mas também ao fato de que o fornecedor escolhe o que, quando e como produzir, estando o consumidor à mercê do que lhe é oferecido. (2013, p. 178 - 179)

Vale citar o posicionamento de Lopes (1992, p. 49):

O consumidor médio não tem como avaliar o que está comprando. Em caso de defeitos do produto deverá recorrer a quem tenha conhecimento especial relativo àquele produto, em nível semelhante ao do fabricante. Daí surge a necessidade de laboratórios e institutos de pesquisa independentes e confiáveis, capazes de atuar ao lado do consumidor.

Assim, subsiste a presunção de vulnerabilidade com relação ao consumidor profissional que adquire ou utiliza produtos ou serviços que não tenham conexão com a sua atividade. (MIRAGEM, 2014, p. 123).

A *vulnerabilidade jurídica* se manifesta predominantemente na falta de conhecimento por parte do consumidor de seus direitos, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial. (MORAES, 2013, p. 145)

Para Marques (2011), a vulnerabilidade jurídica ou científica consiste na falta de conhecimento jurídico, de contabilidade ou economia. No microssistema do CDC, esta vulnerabilidade é presumida para o consumidor pessoa física. Já em relação ao profissional e pessoa jurídica a presunção é oposta, devendo ser comprovada sua posição vulnerável eis que, em tese, possui mínimo conhecimento da legislação e conseqüências de seus atos.

Segundo Bruno Miragem, vulnerabilidade jurídica, se dá também pela ausência do consumidor "da compreensão sobre as conseqüências jurídicas dos contratos que celebra." (MIRAGEM, 2014, p. 123).

A *vulnerabilidade fática* se manifesta por meio da imposição da superioridade do fornecedor.

Assim, "a vulnerabilidade fática é espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor. A mais comum neste caso, é a vulnerabilidade econômica do consumidor (...)." (MIRAGEM, 2014, p. 124).

Para Giancoli; Araujo (2009, p. 41-42):

Este tipo de vulnerabilidade começou a ficar mais evidente quando a economia liberal do século XIX passa de um modelo de livre concorrência para o estabelecimento de grandes monopólios. Exatamente por causa disso é que foram criadas leis específicas para a defesa do consumidor neste nível, qual seja a livre concorrência no mercado de consumo.

A *vulnerabilidade informacional* é intrínseca à relação de consumo, se apresentando quando os fornecedores que detêm de fato a informação sobre o serviço ou produto prestado, a apresentam com abundância dificultando o entendimento dos consumidores para influencia-los na decisão de compra dos produtos e contratação dos serviços. (BENJAMIN, 2014, p. 105).

Para a Professora Claudia Lima Marques (2011, p. 335):

Desde a quinta edição deste livro tenho chamado a atenção para a importância da aparência, da comunicação e da informação, neste nosso mundo de consumo cada vez mais visual, rápido e de risco. O que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária.

O acesso à informação é crucial ao consumidor, que necessita de real conhecimento acerca do objeto de consumo, principalmente em uma sociedade que investe cada vez mais em tecnologia e consome cada vez mais pelo comércio eletrônico.

Problema que suscita dúvida para doutrina e tribunais é o reconhecimento da pessoa jurídica pública como consumidora, considerando que a mesma segue o regime jurídico de direito público, assim como, se Administração Pública poderia ser considerada destinatária final de produtos e serviços na ordem de direito fundamental para o qual foi instituída.

Analisaremos antes alguns pontos relevantes sobre a Administração Pública, para melhor compreensão da celeuma que apresentaremos no último capítulo.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A teoria da separação dos poderes corresponde tanto as três funções do Estado: executiva, legislativa, judiciária, como quanto suas estruturas organizacionais para o desempenho de seus poderes, para Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2014, p.51):

Para bem entender-se a distinção entre a Administração Pública (em sentido estrito) e Governo, é mister é mister partir da diferença entre as três funções do Estado.

Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam a lei ao caso concreto: a função jurisdicional, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidade coletivas.

Marçal Justen Filho, faz uma distinção terminológica para a expressão *Administração Pública* diferenciando-a de *administração pública* para o qual nos filiamos para confecção do presente trabalho:

É usual a expressão Administração Pública (com iniciais maiúsculas) para indicar o sujeito estatal exercente de atividade de administração pública (com iniciais minúsculas. (...)) A advertência é necessária porque se admite, como visto, a atividade administrativa pública não estatal (que não é desempenhada pelos sujeitos administrativos, referidos como Administração Pública). (2014, p. 94 - 95)

Segundo o artigo 4º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Brasil, 2015c) a Administração Pública é composta:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

- I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.
- II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
 - a) Autarquias;
 - b) Empresas Públicas;
 - c) Sociedades de Economia Mista.
 - d) fundações públicas.

Di Pietro (2014. p. 58 - 59), aponta que, ainda que o decreto-lei seja aplicável somente a União, é inegável que os Estados e Municípios incorporaram e acolhem o rol estabelecido no Inciso II da norma em comento para admitir as mesmas

entidades como integrantes da Administração Indireta, e observa que hoje, também "compõem na Administração Indireta os consórcio públicos disciplinados pela Lei 11.107, de 6-4-05".

3.1 Regime Jurídico da Administração Pública

A Administração Pública poderá estar submetida tanto ao regime jurídico de direito público, quanto ao regime jurídico de direito privado, esta definição é feita em regra pela Constituição Federal.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

As primeiras são instituídas por lei, seu patrimônio é formado por bens públicos, destinam-se a realizações de funções de interesse coletivo e são investidas de direitos autoritativos, privativos da autoridade pública. Sua Atividade é disciplinada pelo regime de direito público.

As pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública com personalidade jurídica de direito privado são criadas por atos de direito privado, ainda que a sua instituição dependa, de previsão legislativa. Seu patrimônio pode ou não ser formado a partir de bens provenientes da esfera pública e pode ou não destina-se à realização de funções de interesse coletivo. No entanto, é vedada a atribuição a elas de poderes de autoridade e sua atividade é disciplinada preponderantemente pelo direito privado. (2014, p. 268)

De qualquer forma, importante a lição, para compreensão do nosso último capítulo, das palavras da Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O que é importante salientar é que, quando a administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral a sua submissão ao direito privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de Poder Público; mas nunca se despe de determinados **privilégios**, como o juízo privativo, a prescrição quinquenal, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens; e sempre se submete as **restrições** concernentes a competência, finalidade, motivo, forma, procedimento, publicidade. Outras vezes, mesmo utilizando o direito privado, administração conserva uma de suas prerrogativas, que derogam parcialmente o direito comum, na medida necessária para adequar o **meio** utilizado ao **fim** público a cuja consecução se vincula por lei. (2014, p.61)

3.2 Princípios da Administração Pública

Os Princípios da Administração Pública são postulados fundamentais. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia por diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (2014, p. 33)

A Constituição Federal de 1988 faz menção expressa à alguns deles, a saber, no art. 37, caput, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e eficiência.

Os princípios tem papel relevante para a Administração Pública , garantindo o equilíbrio entre o direito dos administrados e as prerrogativas da Administração, com destaque para o princípio da Legalidade e o princípio da Supremacia do Interesse Público. (DI PIETRO, 2014).

O princípio da legalidade na visão José dos Santos Carvalho Filho inspirado por Saygués Laso, "é a diretriz básica dos agentes da administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não sendo, a atividade é ilícita. (2013, p. 19)

A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto a administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim", para a administrador público significa "deve fazer assim". (2014, p.91)

O princípio da Supremacia do Interesse Público não esta expreso na Constituição Federal, entretanto, não é menos importante, sendo utilizado cotidianamente pela doutrina e jurisprudência garantindo que o Estado beneficie a coletividade.

O Estado distante do *Laissez faire*, passou a atuar como Welfare State, destinando a atividade da administração não para o indivíduo mas a coletividade para atender ao interesse público. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 33)

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello:

Como expressão dessa supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem a necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada *autoexecutoriedade* dos atos administrativos. Esta, contudo, não ocorre sempre, mas apenas na seguintes duas hipóteses: a) quando expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente a ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada. (2014, p.99)

"Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a administração e os administrados, mas essa desigualdade provem de lei, que assim define os limites da própria supremacia." (MEIRELLES, 2014, p. 111)

3.3 Contrato Administrativo

Dispõe o parágrafo único, do art. 2º da Lei 8.666/1993 que "(...) considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada." (Brasil, 2015d)

Logo, do texto legal podemos extrair que toda vez que a Administração Pública assina compromisso com um terceiro, celebra um contrato.

"Cabe salientar que a contratação em geral, seja qual for a sua modalidade, caracteriza-se indiscutivelmente como atividade administrativa, cuja execução

resulta de critérios de conveniência e oportunidade privativos da Administração Pública". (CARVALHO FILHO, 2014, p. 174).

Sobre os contratos administrativos, Di Pietro aponta certa controvérsia entre os doutrinadores, destacando três correntes:

1. a que nega a existência de contrato administrativo
2. a que, em sentido diametralmente oposto, acha que todos os contratos celebrados pela administração são contratos administrativos;
3. a que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Os adeptos da primeira corrente argumentam que o contrato administrativo não observa o **princípio da igualdade entre as partes**, o da **autonomia da vontade** e o da **força obrigatória das convenções**, caracterizadores de todos os contratos.

Com relação ao primeiro, afirma-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração, que do lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se as cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela administração, em obediência ao que decorre da lei.

(...)

A segunda corrente entende que todo contrato celebrado pela Administração é contrato administrativo; o que não existe é contrato de direito privado, porque em todos os acordos em que participa a Administração Pública há sempre a interferência do regime jurídico administrativo;

(...)

A terceira posição, adotada pela maioria dos administrativistas brasileiros, admite a existência de contratos administrativos com características próprias que os distinguem do contrato do direito privado.

Vários são os critérios apontados para distinguir o contrato administrativo do contrato de direito privado:

(...)

5. finalmente, há aqueles para os quais o contrato administrativo se caracteriza pela presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, assim chamadas porque esta fora da órbita do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular; assim são as cláusulas que asseguram o poder de alteração unilateral de um contrato, a sua rescisão unilateral antes do prazo, a imposição de penalidades administrativas e tantas outras analisadas além. (2014, p. 263 - 265).

Considerando que tais cláusulas não são comuns nos contratos de direito privado, ainda que algumas poderiam ser contratadas e chancelas pelo princípio da autonomia da vontade, no entanto outras seriam interpretadas como ilícitas no contrato entre particulares, haja vista que dariam autoridade demasiada a uma das partes, seria viável a incidência do CDC à Administração Pública como consumidora?

4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA

O consumidor pode ser tanto a pessoa física ou a jurídica (art. 2º, caput, CDC). Os doutrinadores e a jurisprudência debatem sobre o alcance do termo “destinatário final”, e sua aplicação as pessoas jurídicas, considerando o elemento teleológico que justifique a proteção legal positivado no Código, sendo requisito essencial para configuração da relação de consumo.

Neste terceiro capítulo, interpretar-se-á o termo legal “destinatário final” expresso no CDC e, por fim, serão analisadas as teorias existentes em relação à pessoa jurídica como consumidora e sua aplicação, nesse sentido a viabilidade jurídica ou não da Administração Pública ser considerada consumidora.

4.1 CONSUMIDOR DESTINATÁRIO FINAL

Para entendermos o conceito de destinatário final, revisitaremos o conceito de consumidor pelas palavras de Cláudia Lima Marques, que acena para uma interpretação do direito do consumidor para além, da letra da norma:

a) *O consumidor e a vulnerabilidade: do homo faber ao homo oeconomicus et culturalis do século XXI* - Consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade de consumo ou de massas. Zygmunt Bauman destaca a importância social do papel de consumidor hoje: seria um papel social constitutivo e significativo da condição humana do século XXI, pois o indivíduo de hoje só seria completamente integrado à sociedade (de informação, de conhecimento, pós industrializada e globalizada) quando pode se beneficiar desta ativamente, justamente consumindo. Ser consumidor é ser plenamente cidadão, de um Estado apenas regulador e que tudo privatizou, é beneficiar-se da nova economia, é ser protegido no novo mercado globalizado, a ponto de Bauman afirmar que os “novos pobres” são os excluídos desta sociedade de consumo, os não consumidores, que são excluídos desta “categoria social” ou da vida “normal”! Segundo este autor, os consumidores têm hoje, assim como suas relações com os fornecedores e o Estado, a mesma importância que tiveram os trabalhadores no início do século XX: os conflitos para acesso ao consumo e sobre a qualidade dos produtos e serviços de consumo

substituirão os conflitos entre capitalistas e trabalhadores que pontuaram a política dos séculos XIX e XX. (2011, p.302 - 303).

A proteção do consumidor, primeiramente encontrado no mundo fático na relação jurídica entre um não profissional (consumidor) e um profissional, comerciante ou industrial (fornecedor). Assim, a relação entre profissional e profissional não seria abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, já que sua finalidade é o lucro, não obstante, nesse tipo de relação não existe desequilíbrio, logo não existe a vulnerabilidade. (BENJAMIN et al 2013).

Então, o que é destinatário final? A expressão destinatário final admite interpretações diversas acerca da caracterização do consumidor, inicialmente destaca Bruno Miragem:

Por ela destinação final podemos identificar em um primeiro momento aquela que implica a utilização do bem, mediante sua destruição, aproximando-se do conceito de bens consumíveis, presente no direito civil. Por outro lado, por destinatário final se pode identificar como sendo o destinatário fático, ou seja, aquele que ao realizar o ato de consumo (adquirir ou utilizar) retira o produto ou serviço do mercado de consumo, usufruindo de modo definitivo sua utilidade (MIRAGEM, 2014, p. 145)

Rizzatto apresenta uma definição otimista do uso da expressão destinação final, destacando o que não é relação de consumo, “se alguém adquire produto não como destinatário final, mas como intermediário do ciclo de produção, não será considerado consumidor.” (NUNES, 2013, p. 122).

Aprofundando a matéria Bruno Miragem (2014, p. 145), define:

A definição da expressão destinatário final e, por consequência a definição de consumidor admite, portanto, diversas interpretações, sustentamos todavia que o consumidor deve ser interpretados a partir de dois elementos: a) a aplicação do princípio da vulnerabilidade e b) a destinação econômica não profissional do produto ou do serviço. Ou seja, em linha de princípio e tendo em vista a teleologia da legislação protetiva deve-se identificar o *consumidor como o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço.*

Nesse viés, para que haja relação de consumo, os produtos ou serviços utilizados ou adquiridos para consumo e não utilizados como insumo, além da assimetria entre as partes para a proteção do mais fraco (consumidor).

Para dar melhor interpretação pela norma, ao longo dos anos, surgiram correntes de interpretação do conceito de consumidor (destinatário final) a saber interpretação maximalista, interpretação finalista e interpretação finalista aprofundada, que interpretaremos juntamente sob a análise de aplicação a Administração Pública.

4.2 INTERPRETAÇÃO FINALISTA, MAXIMALISTA, E FINALISTA-APROFUNDADA E SUA APLICAÇÃO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste item analisar-se-á as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação do diploma consumerista à Administração Pública como consumidora.

4.2.2 A Interpretação Finalista

Interpretação inaugurada pelos pioneiros do consumerismo no Brasil, parte da existência de vulnerabilidade de uma das partes da relação, que merece proteção, devendo ser interpretada de maneira restrita quem é o destinatário final do produto ou serviço, sendo necessário a aquisição para o uso próprio ou de sua família (MARQUES, 2011).

Neste sentido (MIRAGEM, 2013, p. 148 - 149):

A defesa da interpretação finalista parte do pressuposto de que o CDC constitui uma lei especial de proteção do consumidor, logo sua aplicação deve ser estritamente vinculada à finalidade desta lei. Em outros termos, sustenta-se que a lei, uma vez que visa reequilibrar uma relação manifestamente desigual, não pode ser aplicada extensivamente, sob pena de produzir outras desigualdades (proteger quem não tem necessidade ou legitimidade para merecer proteção). Grifei

Segundo os doutrinadores ligados a esta interpretação " o destinatário final é o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário

final fático), é aquele que coloca um fim na cadeia de produção(destinatário final econômico)." (GARCIA, 2011, p.21)

Segundo Almeida (2002, p. 38):

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

Feita esta considerações com relação a interpretação finalista caberia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública?

Em julgamento de Recurso de Revista n. 453-21.2010.5.03.0071, datado de 29 de fevereiro de 2012 o Tribunal Superior do Trabalho, extraído do corpo do acórdão:

Cumpre mencionar que não se trata da hipótese de relação de consumo, conforme argumenta o Reclamado, haja vista que o Estado-membro não reúne os requisitos suficientes para que seja considerado hipossuficiente, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, cuja análise é concebida sob o prisma dos princípios da vulnerabilidade e da proteção. O hipossuficiente, amplamente amparado nas relações de consumo, há de ser o prestador, e não o tomador dos serviços, sob pena de subversão da ordem jurídica pela qual se pauta a defesa do consumidor. (Brasil, 2015e)

Em outras palavras, para o finalismo, portanto, reconhece como consumidor aquele que adquire produto ou serviço para uso próprio, isso porque o maior objetivo do CDC é amparar os interesses dos vulneráveis, situação que não poderia ser alcançada pela Administração Pública.

Nesse sentido o administrativista Marçal Jutem Filho *apud* Flavio Amaral Garcia:

Alguém poderia defender a aplicação subsidiária do regime da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do consumidor), no tocante a responsabilidade por vício do produto ou do serviço. Isso é inviável, porquanto a

administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que se pudesse caracterizar a administração como consumidor, não haveria espaço para as regras do CDC, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato. Quando muito, poderia cogita-se da situação quando a Administração Pública adquirisse produto no mercado em situação equivalente à de um consumidor (2006, p. 51)

Observando pelo outro lado da margem, Miragem (2013, p. 157), sob uma ótica extremista, define que o finalismo excluiria inclusive a pessoa jurídica como consumidora, foi o que ocorreu no direito alemão em 2002 e no direito italiano, em 2005, não cabendo dessas forma sua aplicação a Administração Pública pela interpretação finalista.

4.2.1 A interpretação maximalista

Aparentemente a interpretação maximalista não cria qualquer obstáculo para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor do Estado, o reconhecendo como consumidor

A interpretação maximalista teve início também quando do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, na sua visão as regras e direitos consumeristas seriam para todos os participantes da relação de consumo, e não somente para tutelar os direitos do consumidor não profissional (BENJAMIN et al, 2014, p. 101).

Para Miragem (2014, p. 158), existem duas razões para o surgimento da corrente maximalista. A primeira seria a dificuldade o Código Civil de 1916 em regular os contratos nos primeiros anos após o surgimento do CDC até que o novo Código Civil entrasse em vigor. A segunda razão é a inexistência de regras que protejam o menos favorecido, ou seja, o vulnerável em uma relação contratual fora da esfera do CDC. Situação esta que inclusive não foi sanada através da promulgação do novo Código Civil, vez que este último normatiza as relações entre iguais, preservando a utilização do CDC para relações entre desiguais.

Esta teoria abrange muitas relações contratuais que poderiam tramitar sob a égide do Código Civil, vez que são de direito privado, pois em muitas ocasiões os

empresários adquirem produtos ou serviços para empregá-los em sua atividade com a finalidade de lucro, sendo rara as vezes que temos situação diversa. (BENJAMIN et al, 2014, p. 102).

Para exemplificar o Professor Bruno Miragem elenca:

Segundo esta visão, serão consumidores as empresas que adquirirem automóveis ou computadores para realização de suas atividades, o agricultor que adquire o adubo para o preparo do plantio, ou a empresa que contrata serviço de pedras preciosas ou de cartão de crédito. Assim também, o Estado pode ser considerado consumidor quando adquire produtos para o uso próprio em suas atividades administrativas (2014, p.158 - 159). Grifei

Igualmente a Claudia Lima Marques acena para esta possibilidade:

Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fabrica de toalhas que compra o algodão para transformar, a fabrica de celulose que compra carros para o transporte de visitantes, o advogado que compra uma maquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado que adquire canetas para o uso nas repartições, e claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família. (2011, p. 306). Grifei

A corrente maximalista baseia-se na destinação final fática do produto ou serviço, nesse sentido se aplicada, tutela a aplicação do CDC para a Administração Pública como consumidora.

4.2.3 A interpretação finalista aprofundada

Claudia Lima Marques com a entrada em vigor do Código Civil/2002, observou o aparecimento de uma terceira via, subdivisão da primeira, haja vista o amplo domínio da interpretação finalista, mas razoável e prudente quando interpreta a expressão "destinatário final", chamada de finalista aprofundada. (2011, p. 306)

A interpretação finalista aprofundada interpreta de forma mais branda o entendimento trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, de forma que reconhece como consumidor tanto a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço ainda que no âmbito de sua atividade fim, desde que comprovada sua vulnerabilidade (GIANCOLI; ARAÚJO, 2009, p. 27).

Para desfecho da nossa análise, repisamos os ensinamentos da Professora Claudia Lima Marques:

É necessário interpretar a norma do art. 2º. O Código , como afirmamos anteriormente, em matéria contratual, representa a evolução do pensamento jurídico para uma teoria contratual que entende o contrato em termos de sua função social. Para atingir esse intento, a nova teoria pensa mais vezes de maneira tópica, isto é, pensa por problemas, tentando resolver um a um, como faremos a seguir. O primeiro é vulnerabilidade, que é a pedra de toque ou elemento e princípio fundamental do direito do consumidor (art. 4º, I) e que deve influenciar a exegese do art.2º.(2011, p. 321)

Em outras palavras, no entendimento do finalismo aprofundado não basta haver um consumidor e um fornecedor para que seja caracterizada uma relação contratual como consumerista, mas sim que este consumidor seja, necessariamente, vulnerável. Aqui, o princípio da vulnerabilidade, já explanado anteriormente, se faz imprescindível à sua compreensão, garantindo a aplicação do CDC em determinadas relações (GIANCOLI; ARAÚJO, 2009, p. 27).

A Administração Pública poderia ser abrangida no conceito de consumidor pela interpretação finalista aprofundado, o Estado poderia ser considerado vulnerável?

Em julgamento de Mandado de Segurança n. 31.073, datado de 08 de setembro de 2010 o Superior Tribunal de Justiça, em julgado, de relatoria da Ministra Eliana Calmon:

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. Grifei (Brasil, 2015f)

Ou seja, é um precedente para a Administração pública requerer a favor de si a aplicação do diploma consumerista com fundamento em algumas das vulnerabilidades existentes, quais tratamos em capítulo anterior.

De outro norte em julgamento de relatoria do Ministro Luiz Fux, referente ao Recurso Especial n. 527.137, datado de 31 de maio de 2004 o Superior Tribunal de Justiça, acordou:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS.

1. Por força do inciso XXI do art. 37 da Constituição, o poder público não se submete às condições do Código de Defesa do Consumidor para contratar suas obras e sim ao regime próprio previsto na lei das licitações, no caso o Decreto-Lei 2.300/86, vigente na época da contratação sub judice, e atualmente a Lei 8.666, de 21.06.1993, mesmo em se tratando de empresa pública que explora atividade econômica, como é o caso dos Correios.

2. Para ter sucesso na ação de revisão do equilíbrio financeiro do contrato a concessionária deveria ter demonstrado alguma ilegalidade cometida pela concedente em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, o que sequer foi aventado na inicial, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, o que não restou provado.

3. Não há ilegalidade ou abusividade na cláusula penal de contrato de obra pública prevista no edital e livremente aceita pelo contratante, que deve mesmo ser rigorosa porquanto o contrato importa dispêndios de recursos que pertencem a toda a coletividade e envolve interesse público na perfeita execução dos serviços. Ademais, o concessionário acaba afastando os outros licitante ao oferecer proposta mais vantajosa para o Erário, razão por que não pode frustrar incólume a execução da obra, quando um terceiro poderia tê-la realizada na forma e no prazo previsto no edital.

4. Apelação improvida. Grifei

Ao meu ver este último julgado encontra maior coerência com todo o material analisado até aqui, haja vista que para a aplicação do CDC por exemplo, teria que estar presente a vulnerabilidade, o que não ocorre com a administração Pública, face ao seu regime jurídico próprio, que impõe a supremacia do interesse público em face do contratado.

A vulnerabilidade é princípio fundamental no microsistema do Código de Defesa do Consumidor que inclusive disciplina sua utilização, principalmente em matéria de contratos (BENJAMIN et al 2013, p. 97).

Nesta linha Marques (2011, p. 351) posiciona-se:

De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto, de outro os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo, permitindo o tratamento de casos difíceis de forma mais diferenciada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos não diretos para a sua produção, isto é, não em sua área de expertise, ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente.

Não podemos equiparar a Administração Pública a alguns consumidores profissionais, como por exemplo, os profissionais liberais ou micro e pequenas empresas que podem apresentar no caso in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do sujeito para a aplicação do CDC.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o direito de proteção ao consumidor como direito fundamental, determinando a criação de uma lei que tutelasse essa proteção, atribuição conferida ao Código de Defesa do consumidor.

O microssistema do CDC trouxe definições jurídicas essenciais à sua compreensão, como a caracterização das partes da relação de consumo, igualmente abordadas, nesse viés surgiram dificuldade da caracterização do consumidor pessoa jurídica, visto que o conceito trazido pelo CDC da possibilidade à diversas interpretações.

Nesse sentido foi abordado a caracterização do conceito de consumidor , especialmente pela expressão destinatário final, para tanto foi destacado as interpretações doutrinarias e jurisprudenciais que buscam resolver a celeuma para aplicação do CDC para as pessoas jurídicas públicas como consumidora: interpretação maximalista, interpretação finalista e interpretação finalista aprofundada.

Muito embora o CDC estabeleça sua aplicação também para pessoas jurídicas, então poderia estar inclusa a Administração Pública, verificamos que o Estado segue regime jurídico de direito público que norteia suas contratações, não podendo ser comparado, portanto a vulnerabilidade de um profissional liberal, ou pequena empresa com a da Administração Pública que pode estabelecer cláusulas exorbitantes.

Conclui-se, portanto, que ainda que seja possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública como consumidora pela interpretação maximalista, não existe a mesma sorte para as outras duas, haja vista que para aplicação da interpretação finalista ou finalista aprofundada não estaria presente na pessoa jurídica pública a vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>> Acesso em: 23 mai. 2015a.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 27 mai. 2015b.

_____. **Decreto - Lei nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967**. Dispõe sobre a Organização da Administração Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 09 jun. 2015c.

_____. **Lei nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993**. Regulamenta o art. 37, XXI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 09 jun. 2015d.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Recurso de Revista n. 453-21.2010.5.03.0071. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=453&digitoTst=21&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0071&submit=Consultar>> Acesso em: 09 jun. 2015e

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Mandado de Segurança n. 31.073. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8343589&num_registro=200902106895&data=20100908&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 20 jun. 2015f.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 527.137. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1061651&num_registro=200300479594&data=20040531&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 20 jun. 2015g.

BADEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a ed. São Paulo. Malheiros. 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 26ª ed. São Paulo. Atlas. 2013

CUNHA, Belinda Pereira da. **Antecipação da Tutela no Código de Defesa do Consumidor: Tutela Individual e Coletiva**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, 196p.

DELFINO, Lúcio. Reflexões do art. 1º do Código de defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, p. 161 - 195, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo. Atlas. 2014

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, 606p.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GARCIA, Flavio de Amaral. O Estado como Consumidor. <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45731.pdf/Revista_60_Doutrina_pg_50_a_58.pdf> Acesso em : 22 abr. 2015

GIANCOLI; Brunno Pandori; JUNIOR, Marco Antônio Araujo. **Direito do Consumidor: difusos e coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 16v.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Obras Escolhidas. 1ª ed., Santos – SP: Alfa Omega.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito Administrativo Brasileiro. 40 ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 1973. 381p.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed., São Paulo: LTr, 1999. 796p.