

Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP

**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
em Advocacia Pública**

Janaína Carla Mendonça Heringer

**DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR AOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS:
O ESTADO COMO CONSUMIDOR**

BRASÍLIA-DF
2008

Janaína Carla Mendonça Heringer

**DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR AOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS:
O ESTADO COMO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

BRASÍLIA-DF
2008

Janaína Carla Mendonça Heringer

**DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS:
O ESTADO COMO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof

Integrante: Prof

Integrante: Prof.

BRASÍLIA-DF
2008

RESUMO

A presente monografia buscou analisar a possibilidade de se considerar o Estado como consumidor, para os fins de se aplicar disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. Inicialmente, foi apresentada uma análise dos argumentos tradicionalmente utilizados pela doutrina para impedir a incidência das normas de proteção aos consumidores às contratações públicas. Depois, realizou-se um estudo dos elementos legais do conceito de consumidor, bem como das características específicas dos contratos públicos, especialmente das chamadas cláusulas exorbitantes. A finalidade foi demonstrar que o Estado, tecnicamente, pode ser enquadrado na definição de consumidor. Também se procurou mostrar que não há incompatibilidade entre a incidência das regras da Lei de Licitações e Contratos em conjunto com as regras do Código de Defesa do Consumidor. Conclui-se que a Administração Pública pode ser incluída no conceito de consumidor e, em consequência, pode se beneficiar das disposições especiais da Lei 8.078/90.

SUMÁRIO

1. Introdução ao Problema.....	1
2. Breve Histórico da Evolução do Direito do Consumidor.....	3
3. Conceitos de Consumidor no Direito Pátrio	9
3.1. Consumidor Padrão	12
4. Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor	18
5. Requisito da Hipossuficiência	21
6. As Pessoas Jurídicas como Consumidoras	23
7. O Estado como Consumidor	26
8. Cláusulas Exorbitantes dos Contratos Administrativos	29
9. Regras de Proteção do Código de Defesa do Consumidor	34
10. Conclusão	41

1. INTRODUÇÃO AO PROBLEMA

A proteção ao consumidor é prevista pela Constituição Federal de 1988, no inciso XXXII do artigo 5º, como norma de natureza programática, ao estabelecer que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Além disso, no artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias, o constituinte originário determinou ao Congresso Nacional a elaboração de um *Código* de Defesa do Consumidor. Tal comando indicou a opção do constituinte pela doutrina sistematizada deste ramo específico do direito. Em observância a esse comando, em 11 de setembro de 1990, foi publicada a Lei 8.078, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A opção brasileira pela adoção da legislação codificada demonstra a amplitude pretendida quanto à aplicação das normas consumeiristas. Ao invés de simplesmente fornecer um instrumento legal de proteção ao consumidor não profissional, ousa-se afirmar que tal legislação se aplica a todo o mercado de consumo.

Nessa esteira, o Código de Defesa do Consumidor adota uma definição extremamente alargada de consumidor. Nesse contexto, seria possível a inclusão do Estado no campo de incidência das regras de proteção ao consumidor? Em outras palavras, pode a Administração Pública ser enquadrada no conceito de consumidor?

A doutrina brasileira enfrenta a questão de forma tímida. Partindo da premissa (equivocada) de que tais entes não poderiam ser considerados vulneráveis, excluem de pronto as pessoas jurídicas de direito público do conceito de consumidor. Suas conclusões decorrem, de um lado, do apego ao contexto histórico em que se consolidou a legislação de proteção ao consumidor. De outra feita, os intérpretes sustentam que a existência de cláusulas especiais nos contratos administrativos não justificaria a incidência das normas protetivas em questão.

Com efeito, o Estado é uma instituição de envergadura, cabendo-lhe promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII, da CF/88), dentre outras missões igualmente magnânimas. Nessa visão, é estranho imaginar esse ente como vulnerável! Nada obstante, o Estado, em suas múltiplas concepções, também é pessoa jurídica, de direito público, que, representando os interesses da coletividade, realiza negócios jurídicos muito simples, como contratação de serviços de telefonia e aquisição de materiais de limpeza para suas repartições.

Embora lhe seja ofertado o poder de impor as chamadas cláusulas exorbitantes em suas negociações, muitas vezes o Estado simplesmente adere a contratos padronizados impostos no mercado. No entanto, acaba alijado dos direitos acessíveis a todos os consumidores.

O presente trabalho visa analisar os argumentos tradicionalmente utilizados pela doutrina para impedir a incidência das normas consumeiristas às contratações administrativas. Assim, num primeiro momento, cabe esmiuçar os elementos do conceito de consumidor, para se verificar a possibilidade de imputar essa qualidade ao Estado. Posteriormente, será traçado um paralelo entre as cláusulas especiais existentes nos contratos firmados pela Administração e as regras previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de se investigar se as prerrogativas das entidades de direito público dispensam a proteção do CDC. A finalidade é contribuir para dar solução aos problemas vivenciados pelos entes públicos em suas contratações.

2. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A edição do Código de Defesa do Consumidor ainda não completou duas décadas. Os movimentos que antecederam a elaboração desse diploma normativo permanecem presentes na mente dos atuais aplicadores do direito. Desse modo, para melhor compreender os argumentos dos operadores do sistema jurídico, convém apresentar uma breve revisão histórica das transformações que marcaram o século XIX e que antecederam o Direito Consumeirista.

O século XIX foi demarcado pelo surgimento do Liberalismo, movimento que combateu os abusos do Absolutismo e que deu origem à cultura ocidental capitalista. Em síntese, pode-se afirmar que a doutrina Liberal traduz as profundas transformações sociais que clamavam pela abstenção do Estado na vida dos indivíduos, do modo mais abrangente possível. Assim, o movimento extrapola a equação social e política, com reflexos também nas relações jurídicas e econômicas.

No contexto econômico, o Liberalismo exsurge na máxima "laissez faire, laissez passer", com a adoção da livre concorrência e da não intervenção estatal nas então relações burguesas de comércio. O lema "liberdade, igualdade e fraternidade" se concretiza no primeiro substantivo, na autonomia conferida à sociedade para traçar livremente suas relações contratuais.

A ascensão da "autonomia da vontade" reflete a tendência privatista do Direito. Esse individualismo é vivenciado com intensidade no direito obrigacional, baseado na suposta igualdade entre as partes contratantes. Mais tarde, porém, essa prática acabou por exacerbar as diferenças sociais, revelando que a abstração ideal de igualdade não tinha correlação na realidade jurídica nem na econômica.

Gabriel Stiglitz bem sintetiza o contraste entre a teoria e a prática dos ideais liberais:

A experiência demonstrou que o contrato não é necessariamente justo, e que, freqüentemente, consagra o aniquilamento do fraco pelo forte e se um dos contratantes pode impor sua vontade ao outro, o contrato expressa apenas a lei do mais forte (...) ¹

De fato, sendo as partes desiguais em uma relação jurídica, a tendência é que prevaleça a vontade do mais forte, de modo que a vontade do mais fraco resta suprimida. Nessa perspectiva, não há vontade autônoma do pólo desfavorecido.

Desta feita, a omissão do Estado nas relações entre os indivíduos proporcionou abusos por parte dos grupos econômicos produtivos em face dos consumidores. Tal fato foi agravado pelo surgimento de um sistema de produção em massa.

As tecnologias de produção em escala permitiram aos produtores a redução de custos e a maximização dos lucros. Em princípio, vislumbraram-se grandes benefícios aos consumidores, que teriam à sua disposição bens mais baratos e de maior qualidade. No entanto, não foi o que ocorreu.

Novamente cabe destacar as lições do jurista Gabriel Stiglitz, que bem sintetiza o paradoxo entre as previsões liberalistas otimistas e as nefastas conseqüências às populações em busca da saciedade de suas necessidades:

Resta, ao final, o consumidor atingido por essa explosão produtiva, que o induz a buscar mais e mais satisfação de suas necessidades e desejos e, ao mesmo tempo, torna-o impotente face a robustez adquirida pelo produtor. Contrariamente ao esperado, ou seja, ver-se o consumidor engrandecido pelo seu poder de compra, deparamo-nos com sua fragilidade, sua vulnerabilidade frente ao poderio econômico."²

A intervenção estatal, anteriormente rechaçada, é chamada de volta para regular as relações de um modo geral, principalmente a economia. Era preciso fiscalizar

¹ GRABRIEL STIGLITZ, *O Direito Contratual e a proteção jurídica do Consumidor* in *Direito do Consumidor 1*, ed. São Paulo: RT, março 92, p. 185, apud DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1994, p. 20.

² GRABRIEL STIGLITZ, "O Direito Contratual e a proteção jurídica do Consumidor", in *Direito do Consumidor 1*, ed. São Paulo: RT, março 92, p. 185, apud DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1994, p. 18.

os meios produtivos, para assegurar a livre concorrência, evitando conluios nocivos à sociedade, como situações de oligopólio e monopólio. Ao mesmo tempo, impunha-se a proteção ao sistema de produção capitalista pelo Direito, como fonte primordial de riquezas do Estado. O liberalismo é forçado a evoluir.

Surge então o neoliberalismo, que conta com a atuação do Estado para regular e fiscalizar o mercado, bem como equilibrar as reais desigualdades entre as partes, limitando a aplicação até então, do princípio da autonomia da vontade.

É nesse momento que nascem as primeiras concepções de consumidor, enraizadas na ciência econômica. A definição de consumidor, especificamente como um dos pólos da relação econômica de consumo, é destacada em discurso proferido na Organização das Nações Unidas, em 1962. O Presidente americano John Kennedy definiu os consumidores como "um grupo econômico, sendo ao mesmo tempo o mais importante e o menos ´ouvido`".³

No campo consumeirista, porém, verificou-se que a simples normatização do mercado pelo Estado não se mostrava suficiente para a proteção dos destinatários finais das relações econômicas. A edição de regras de natureza administrativa e até penalista destinavam-se a prevenir e a evitar danos. Contudo, a reparação dos prejuízos civis, individualmente considerados, carecia de meios mais eficazes de ação. Mais do que uma atuação reguladora e fiscalizadora, necessitava-se de uma intervenção ativa do Estado na proteção deste grupo tão disperso.

Ocorre que, a par dos grandes abusos, como a formação de monopólios e oligopólios, outra ordem de ofensas contra os consumidores foi detectada, à qual o Direito não possuía instrumentos adequados de repressão.

³ Donato, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1994. p. 40.

Por exemplo, imagine-se uma suposta necessidade de substituição de uma série de produtos que, depois de colocados no mercado, mostraram-se defeituosos. Agora, calcule-se que apenas uma pequena parcela de consumidores insatisfeitos se daria ao trabalho de buscar ressarcimento por eventuais prejuízos causados pelos produtos viciados. Numa lógica puramente matemática e econômica, sem consideração dos aspectos éticos envolvidos, seria mais lucrativo aos produtores arcarem com as indenizações decorrentes de processos individuais esparsos, mantendo no mercado os bens nocivos à sociedade.

Essa e outras várias questões aguardavam soluções pelo sistema jurídico. Ainda exemplificando: com a fragmentação decorrente do processo de produção em escala, como identificar os responsáveis por pequenos vícios ou defeitos dos bens de consumo? Seriam os produtores, os vendedores ou os distribuidores? Quais os meios fornecidos aos indivíduos para se oporem contra medidas de peso ou conteúdo diversos da especificação do rótulo? Como definir os acidentes de consumo quando as vítimas dos produtos defeituosos são distintas do consumidor-comprador?

A concepção individualista do Direito não permitia a regulação dessa nova leva de conflitos de interesses, de natureza coletiva e difusa. Despontam, então, modernas correntes doutrinárias, voltadas à proteção desses novos interesses.

(...) E isso porque, se de um lado o consumidor, isoladamente considerado, se mostrava frágil e impotente para enfrentar as novas ofensas que lhe eram arremessadas pelo mundo moderno, de outro lado impunha-se ao Estado conferir um tratamento jurídico peculiar a esse conflito oriundo de uma relação que não mais se estabelecia no plano eminentemente individual.⁴

No Brasil, são normas pioneiras a da Ação Popular (Lei 4717/65) e a da Ação Civil Pública (Lei 7347/85). Tais diplomas, todavia, não se mostraram eficazes na solução do problema da reparação dos danos causados aos consumidores.

⁴ VOLTAIRE DE LIMA MOREAIS. *Da tutela do consumidor*, in *Ajuris* 47, 1989, pp. 7 e 8 apud DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1994, p. 18.

(...) a proteção conferida aos interesses difusos promovida através da ação civil pública, ainda que eficaz, mostrava-se insuficiente, talvez por sua generalidade extremada. Por outro lado, a ação popular restringia-se às lesões patrimoniais provocadas ao patrimônio de entidades públicas e, ainda que interpretada a lei de forma elástica, sua tutela viria a proteger os denominados direitos difusos.⁵

A disciplina dos interesses dos consumidores passa a ser necessidade para os países com economia de mercado. Todavia, como classificar esse grupo, se a atividade de consumo é uma das mais generalizadas do mundo?

Não é à toa que, no Direito Comparado, muitas legislações sejam deliberadamente omissas na conceituação de consumidor. Na Venezuela, por exemplo, foi delegada à jurisprudência tal encargo. Os Estados Unidos, da mesma forma, não adotam um conceito geral e uniforme de consumidor, mas possuem várias legislações específicas, cada qual com seu conceito.⁶

Já outros sistemas preferiram oferecer um conceito generalizado de consumidor, como no direito português, no qual consumidor é todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou a quem sejam prestados serviços. Fornecedor, por sua vez, é aquele que exerce com caráter profissional uma atividade econômica que vise à obtenção de benefícios.⁷

O Direito Pátrio, na mesma esteira, fornece um conceito legal de consumidor. Aliás, o Código de Defesa do Consumidor, apresenta não um, mas diversos conceitos, como se verá adiante. O legislador brasileiro buscou abraçar o maior número de situações para identificar um dos pólos da relação de consumo como consumidor.

⁵ Donato, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1994. p. 31

⁶ ob cit., p. 41

⁷ Cf. Lei do Consumidor – Lei 24, de 31 de julho de 1996, apud Coletânea de Legislação – Dos Contratos de Consumo em Especial, elaborada pela Professora Ângela Frota, Coimbra Editora, 1997.

A vantagem na generalização do conceito de consumidor é a facilidade, para o aplicador do Direito, em adotar a legislação consumeirista para os casos mais variados. O desafio, por outro lado, é não alargar por demais as situações onde não haveria necessidade da adoção das normas específicas, o que chegar a gerar até mesmo preconceitos entre os juristas, no tocante à utilização do CDC na solução de conflitos.

3. CONCEITOS DE CONSUMIDOR NO DIREITO PÁTRIO

Como visto, historicamente, a necessidade de proteção ao consumidor decorre da insuficiência de regramento pelo sistema jurídico individualista do Estado Liberal, baseado no falso ideal de igualdade e na aplicação cega e extremada do princípio da autonomia da vontade.

No direito brasileiro, a proteção ao consumidor é prevista pela Constituição Federal de 1988, que incorporou as modernas correntes doutrinárias relativas ao tema. O inciso XXXII do artigo 5º da Carta Política encerra norma de natureza programática, ao estabelecer que "*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*".

Além disso, no artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias, o constituinte originário determinou ao Congresso Nacional a elaboração de um *Código* de Defesa do Consumidor. Tal comando indicou a opção do constituinte pela sistematização deste ramo específico do direito, o que não se confunde com um simples agrupamento de leis.

De fato, ao se falar em código, exige-se a formulação de um verdadeiro microssistema jurídico, que deve conter princípios que lhe são peculiares, deve ser interdisciplinar (isto é, relacionar-se com outros ramos do direito) e multidisciplinar (conter normas de caráter também variado, de natureza civil, processual, administrativa e até penal).⁸ Em observância a esse comando, em 11 de setembro de 1990, foi publicada a Lei 8.078, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A opção brasileira pela adoção da legislação codificada também demonstra a amplitude pretendida quanto à aplicação das normas consumeiristas. Ao invés de simplesmente se fornecer um instrumento legal de proteção ao consumidor não profissional, ousa-se afirmar que tal legislação se aplica a todo o mercado de consumo.

⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 6a ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 31/32.

Nessa esteira, o Código de Defesa do Consumidor adota uma definição extremamente elástica e alargada de consumidor. A leitura de seus dispositivos permite a identificação de quatro conceitos distintos.⁹

O primeiro conceito está disposto no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor e trata do consumidor padrão ou *standard*. Considera-se consumidor "*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*". O parágrafo único do referido dispositivo, por sua vez, equipara ao consumidor, "*a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*". Assim, tem-se já dois conceitos de consumidor: individual e coletivo.

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

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

Nos dois conceitos acima expostos, o consumidor faz parte da relação jurídica de consumo. De outra feita, outras duas definições, mais ampliativas e genéricas em seu escopo de abrangência, também são encontradas no Código Consumista.

O terceiro conceito de consumidor, mantendo a extensão e amplitude destacadas, consta do artigo 17 do CDC, que assim qualifica todas as vítimas de acidente de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

E o último conceito é fornecido pelo artigo 29, que equipara a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

⁹ Donato, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1994. p. 56/58.

Percebe-se, pois, a adoção de diversas definições de consumidor, para os fins de amplificar a aplicação da legislação codificada. O legislador ordinário não limitou o reconhecimento do consumidor à condição de hipossuficiência. Tampouco se fez distinção entre pessoa física e jurídica para fins da conceituação. Ao contrário, no artigo 2o, *caput*, expressamente se afirma que é consumidor tanto a pessoa física quanto a jurídica. Neste ponto, percebe-se um avanço em relação à ideologia do movimento consumeirista.

Com efeito, historicamente, como visto, a necessidade de proteção ao consumidor decorre de sua posição de *vulnerabilidade econômica* frente ao poderio do produtor. Muitos doutrinadores, identificando tal vulnerabilidade com hipossuficiência, defendem a aplicação *estricta* do Código de Defesa do Consumidor. Porém, o CDC se consubstancia numa lei muito mais aberta, preocupada não apenas com o consumidor hipossuficiente, mas também com interesses precípuos dos fornecedores e do mercado.

Apesar da diversidade e da abrangência na conceituação constante da Lei 8.078/90, diversos intérpretes, apegados à ideologia do movimento social consumeirista, criticam o alargamento da condição de consumidor.

José Geraldo Brito Filomeno, um dos juristas que elaboraram o anteprojeto que se transformou no código de defesa do Consumidor, bem retrata a posição dessa corrente doutrinária restritiva, ao insistir na qualidade de vulnerável economicamente do consumidor, no sentido de hipossuficiente "mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade"¹⁰.

No entanto, a manutenção dessa concepção histórica tem criado problemas práticos na aplicação do CDC, especialmente no tocante à sua adaptação às pessoas

¹⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover et al. - 8a.ed - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 32

jurídicas consumidoras, como se verá adiante. Para tanto, deve-se destrinchar o conceito de consumidor padrão ou consumidor *standard* contido no *caput* do Código.

3.1. CONSUMIDOR PADRÃO

Uma leitura do artigo 2º do CDC, que conceitua o "consumidor- padrão", permite afirmar que, para ser qualificada como consumidora, basta que a pessoa física ou jurídica adquira o bem como "destinatária final".

A definição do consumidor padrão servirá de base para a extensão da qualidade de consumidor às demais situações tratadas pelo CDC, conforme visto acima (coletividade interveniente nas relações de consumo, vítima de acidente de consumo e pessoas expostas às práticas comerciais).

Nesse ponto, verifica-se que o legislador importa o conceito da Economia, ao utilizar a expressão "destinatário final". Economicamente, pode-se afirmar que é consumidor quem realiza ato de consumo, ou seja, quem realiza a retirada de determinado bem do mercado ou adquire certo serviço.

A destinação final do produto, para a corrente objetiva, prescinde da investigação da intenção do consumidor que retira o bem de circulação. Seja para uso pessoal ou profissional, se o produto foi retirado da cadeia de circulação e, assim, perdeu seu valor econômico no mercado, há destinação final, há consumo e há consumidor.

Maria Antonieta Zanardo Donato esclarece as concepções da chamada corrente objetiva ou maximalista:

(...) para essa corrente, o ato de consumo é conceituado como sendo o ato jurídico ou material que, realizando a destinação final do bem objetivado,

esgota total ou parcialmente o valor econômico e provoca geralmente a sua retirada, definitiva ou temporariamente do mercado`. Desconsidera-se, por essa via de análise, a qualidade daqueles que praticam o ato e a finalidade pela qual o praticam. Visa-se, sim, à destruição do produto. Ou seja, quando se realiza a `destinação do bem objetivado`, entende-se a retirada do produto do mercado através de sua destruição. Não importa o destino final dado ao produto: se reciclado, se transformado, se utilizado como componente de outro produto. Importa, especialmente, a sua destruição. Vale dizer, a sua retirada do ciclo econômico.¹¹

Objetivamente, portanto, consumidor seria o destinatário final do produto que simplesmente o retira do mercado e o utiliza, sem maiores indagações acerca de suas intenções. Segundo essa visão objetiva, não há diferença entre a dona de casa que adquire um computador para utilizá-lo em seu lar ou o advogado que compra o mesmo produto para usá-lo em seu escritório.

Para os objetivistas, também chamados de maximalistas, o Código de Defesa do Consumidor é um verdadeiro regulamento de mercado de consumo, com normas que protegem também o consumidor profissional que adquire determinado bem para a viabilização de sua atividade econômica.

A essa corrente objetiva opõe-se a corrente subjetiva ou finalística ou minimalística, que leva em conta a *intenção dos sujeitos*, bem como a *qualidade das pessoas* da relação de consumo. Para essa segunda concepção haverá consumo quando o adquirente do bem ou do serviço for utilizá-lo de forma não profissional.

Para determinar se a utilização do produto é profissional ou não, analisa-se em primeiro lugar a qualidade da pessoa, para ser tratado ou não como fornecedor. Por lógica, em princípio, quando se tratasse de pessoa jurídica, restaria afastado o uso pessoal do produto ou bem. De fato, em última análise, a pessoa jurídica sempre utilizará o produto, direta ou indiretamente, em sua atividade profissional.

¹¹ Donato, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1994. p. 67.

Em relação à pessoa física, por sua vez, deverá ser perquirida a finalidade na aquisição do produto. Assim, no exemplo dado acima (venda de computadores por uma loja de produtos de informática), será "consumidor", para os fins de aplicação do CDC, apenas a dona de casa que levará o bem para o uso doméstico. Já o advogado, que compra o produto para uso profissional, não poderá se valer das regras do CDC, mas deverá socorrer-se do Código Civil para a solução de eventuais problemas.

A posição finalística é a clássica, afinada com a evolução histórica do Direito Consumeirista, que chegou a andar de mãos dadas com o direito sindical. José Geraldo Brito Filomeno, jurista expoente deste grupo, esclarece que:

(...) o traço marcante da conceituação de 'consumidor', no nosso entender, está na perspectiva que se deve adotar, ou seja, no sentido de se o considerar como *vulnerável*, não sendo, aliás, por acaso, que o mencionado 'movimento consumeirista' apareceu ao mesmo tempo que o sindicalista, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, em que se reivindicaram melhores condições de trabalho e melhoria da qualidade de vida, e, pois, em plena sintonia com o binômio "poder aquisitivo/aquisição de mais e melhores bens e serviços. (...) em razão de tais considerações é que discordamos da definição de 'consumidor' concebida por Othon Sidou, quando também considera as *peçoas jurídicas* como tal para fins de proteção efetiva nos moldes atrás preconizados, ao menos no que tange à sua literal 'proteção' ou 'defesa' jurídica¹².

O legislador pátrio, de outra feita, ao dizer que consumidor pode ser tanto a pessoa física quanto a jurídica indica a adoção da corrente objetiva ou maximalista para fins de conceituação.

Como visto, sempre que se tratar de pessoa jurídica, ainda que de maneira indireta, a aquisição de determinado bem ou serviço será para fins profissionais! Essa idéia será melhor apresentada em tópico adiante.

Por ora, destaca-se que, apesar da indicada opção legislativa, há balizados juristas que defendem a adoção da corrente minimalista pelo Direito Pátrio. Os

¹² FILOMENO, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover et al. - 8a.ed - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 31.

argumentos desse seletivo grupo são expressos por Nelson Nery Júnior e podem ser sintetizados em dois pontos. Em primeiro lugar, sustentam que o Código de Defesa do Consumidor não se refere a *ato* de consumo e sim a *relação* de consumo. Dessa forma, restaria afastado o critério objetivo, ao mesmo tempo em que a qualidade das pessoas estaria valorizada, pois a definição de relação envolve direitos e deveres entre *pessoas*. Além disso, a expressão "destinatário final" conteria o elemento teleológico que deveria ser conjugado para se atingir o conceito de consumidor no Direito Pátrio.

Com a devida vênia aos renomados juristas que se aliam à corrente finalística, os argumentos apontados não são suficientes para afastar a concepção objetiva do conceito de consumidor.

Ao adotar a expressão "relação de consumo", o CDC claramente visou realçar a existência de deveres e direitos entre pessoas - fornecedor e consumidor - exatamente como defendido pelos finalistas. Contudo, a conceituação objetiva de consumidor em nada altera a existência de *relação* de consumo para os fins de demonstrar a existência de direitos e deveres entre pessoas. A definição de consumidor como aquele que retira o bem do ciclo de circulação econômica não exclui a existência de tais deveres e direitos. Apenas um dos pólos dessa relação - o consumidor - será definido pelo critério objetivo destacado.

Da mesma forma, o elemento teleológico contido na expressão "destinatário final" pode ser aferido pela intenção de utilizar o bem de forma a retirá-lo do mercado.

Além desses elementos, é importante, ainda, identificar *fornecedor, produto e serviço*.

O Código de Defesa do Consumidor em artigo 3º, apresenta as seguintes definições:

Art. 3º. 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 prestação de serviços.

§1o. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2o. Serviço é qualquer atividade, fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista."

Pela leitura dos dispositivos acima, verifica-se que fornecedor é o profissional do ramo, aquele que coloca o produto ou o serviço no mercado, para consumo, à disposição do consumidor, mediante remuneração direta ou indireta. Excetuam-se as relações trabalhistas, que remuneram os serviços do trabalhador, pois tais relações continuam regidas pelo Direito do Trabalho.

O cerne do conceito de fornecedor é o desenvolvimento de atividade capaz de realizar a transferência dos bens da vida entre as pessoas. Por atividade, entende-se tanto serviço como produto. Em contrapartida, exige-se a obtenção de benefícios, ganhos ou lucros, diretos ou indiretos com a prestação dessa atividade. Portanto, o elemento básico que identifica o fornecedor é a noção de profissionalismo, marcado por atividade continuada e duradoura, habitual e não eventual.

Em suma, para configurar um fornecedor, exige-se "o desenvolvimento, em caráter profissional, de atividade econômica no mercado, habitual e não eventual, com o intuito de lucro"¹³.

Os conceitos de produto e serviço, por sua vez, também vieram explícitos no estatuto do consumidor, como transcrito acima. A definição de produto é bastante clara, mas traz uma divergência entre alguns doutrinadores, que entendem que, em vez de *produto*, deveria o legislador ter dito simplesmente *bens*, por ser expressão mais abrangente e técnica.

Serviço pode ser traduzido por qualquer prestação positiva, retribuída mediante pagamento.

¹³ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 55.

Por fim, relação de consumo nada mais é do que uma relação na qual estão presentes nos dois pólos de um lado o consumidor e de outro o fornecedor, para os fins de contratarem produto ou a prestação de serviço ofertados no mercado de consumo, mediante o pagamento de uma remuneração.

4. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Como destacado no capítulo anterior, o Código de Defesa do Consumidor traz quatro conceitos distintos de consumidor: i) individual; ii) coletivo (artigo 2o, *caput* e parágrafo único, respectivamente); iii) vítimas de consumo e iv) sujeitos expostos às práticas comerciais (artigos 17 e 29, V, respectivamente).

Em nenhuma das mencionadas disposições, a lei impõe a qualidade de hipossuficiente como requisito para identificação do consumidor. O artigo, inciso I do CDC trata do *princípio da vulnerabilidade do consumidor*, que não se confunde com hipossuficiência. Confira-se:

Art. 4o. 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 de consumidor no mercado de consumo;
(...)

Viu-se que, para ser consumidor basta adquirir produto ou serviço, em uma relação de consumo, como destinatário final. O reconhecimento da vulnerabilidade de consumidor, por sua vez, é um princípio a ser seguido no implemento da Política Nacional das Relações de Consumo. Em outras palavras, a todo consumidor é reconhecida a vulnerabilidade, que engloba indistintamente todos os consumidores, sem necessidade de sua comprovação.

A vulnerabilidade do consumidor é definida em face do fornecedor, que detém o controle da cadeia de produção. Nesse contexto, notória é a vantagem daquele que produz ou controla a disponibilização de bens e serviços no mercado (fornecedor),

sobre aquele que tem de recorrer a esses bens e serviços para a satisfação de suas necessidades (consumidor). Daí falar-se em ordem pública econômica¹⁴.

A posição vulnerável do consumidor independe de seu grau de instrução ou de sua condição econômica, que podem até mesmo ser superiores aos do fornecedor. Trata-se de uma presunção legal absoluta, de uma qualidade intrínseca, peculiar e indissociável de todos os consumidores, sejam pessoas físicas ou jurídicas¹⁵.

Com efeito, a despeito das qualidades pessoais do consumidor, é o fornecedor quem controla a produção, monopoliza a informação, redige unilateralmente os contratos e por aí afora. Portanto, a vulnerabilidade daquele que consome bem ou produto como destinatário final decorre do fato do fornecedor deter todas as informações técnicas e demais, inerentes ao seu produto e atividade.

A vulnerabilidade rege toda e qualquer relação de consumo e sua aplicação não pode jamais ser afastada. Obviamente, na análise de cada caso em concreto, é possível a sua ponderação, em face da concorrência de outros princípios igualmente inerentes ao nosso ordenamento jurídico.

(...) os princípios podem ser implícitos ou expressos. No caso das relações de consumo, o legislador optou por expressá-los. Para ela, os princípios que regem as relações de consumo, passam a ser norma legal, deixando de estar em patamar inferior enquanto princípios não normatizados e sendo elevados ao patamar de direitos e garantias dos consumidores no sistema legal das relações de consumo.¹⁶

A fragilidade do consumidor, definida em face do fornecedor, pode se apresentar em diferentes espécies.

¹⁴ MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor: conceitos e noções básicas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 14.

¹⁵ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Pensamento Jurídico: ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 36 e 37.

¹⁶ NOGEIRA, Tania Lis Tizzoni. *Contrato verbal de consumo*. Curitiba, Juruá, 2002, p. 95.

A vulnerabilidade tipo técnica é aquela inerente a todos os consumidores, como já indicado. Ela sempre estará presente nas relações de consumo, já que é o fornecedor quem detém o conhecimento e os meios de produção de bens ou fornecimento de serviços.¹⁷

Outro tipo de vulnerabilidade é a jurídica. Consiste nas dificuldades enfrentadas pelos consumidores para a defesa de seus direitos, tanto administrativa quanto judicialmente. Por outro lado, não é raro que fornecedores, grandes empresários, possuam um arcabouço de apoio jurídico, com orientação de advogados, inclusive para a produção de provas, já que dominam os dados acerca dos bens e serviços produzidos e prestados.¹⁸

Também se fala em vulnerabilidade política ou legislativa. É aquela que decorre da influência de grandes grupos econômicos sobre os rumos da política nacional, inclusive para a criação de leis que, muitas das vezes, privilegiam tais grupos em detrimento dos consumidores.¹⁹

Finalmente, classifica-se a vulnerabilidade tipo econômica e social, a qual:

(...) decorre diretamente da disparidade de forças existentes entre os consumidores e os agentes econômicos, revelado que eles possuem maiores condições de impor a sua vontade àqueles, por intermédio da utilização dos mecanismos técnicos mais avançados que o poderio monetário pode conseguir.²⁰

Identificados os tipos de vulnerabilidade, mesmo que numa determinada relação de consumo sejam afastadas certas espécies, tal princípio continuará regendo a interpretação das normas consumeristas. Todo consumidor é vulnerável ainda que somente tecnicamente. A caracterização serve para que o aplicador do direito melhor interprete as disposições incidentes a cada caso sob sua análise. No entanto, não há respaldo para que a vulnerabilidade seja confundida com hipossuficiência.

¹⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, p. 116.

¹⁸ *ibidem*, p. 120 e 121.

¹⁹ *ibidem*, p. 133.

²⁰ *ibidem*, p. 155.

5. REQUISITO DA HIPOSSUFICIÊNCIA

Boa parte da doutrina entende serem equivalentes os conceitos de *vulnerabilidade* e *hipossuficiência*, embora o Código de Defesa do Consumidor use de forma distinta tais expressões. Essa equalização provoca grandes distorções de interpretação das normas consumeiristas, acabando por restringir indevidamente o alcance do diploma legal.

Como já exposto, o artigo 4º, inciso I, do CDC, expressamente prevê o princípio da vulnerabilidade como norteador da Política Nacional das Relações de Consumo. Com essa fórmula, é imperiosa a sua aplicação a todo consumidor, uma vez identificada essa qualidade numa determinada relação de consumo.

A hipossuficiência, de outra feita, é tratada como *requisito* para a concessão de do benefício da inversão do ônus da prova a favor do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério da juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

A simples redação do dispositivo já indica que a hipossuficiência não é qualidade de todo e qualquer consumidor. Ao contrário, é inerente a alguns consumidores e deve ser reconhecida em cada caso, *segundo as regras ordinárias de experiência*.

Ora, se a qualidade de hipossuficiente não é requisito para a identificação de consumidor, não há razão para equipará-la a vulnerabilidade, a qual foi expressa em dispositivo distinto e qualificada como princípio.

Assim, pode-se aferir que, sendo a vulnerabilidade um princípio do sistema, deve ser estendida a todos os consumidores, ainda que afastados certos tipos em certos casos. Diversamente, a hipossuficiência será inerente a alguns consumidores, que, além de vulneráveis, ainda poderão apresentar desvantagens outras em face do fornecedor, como cultural e financeira.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor visa orientar o sistema com o escopo de dar paridade entre consumidores e fornecedores. Já o reconhecimento da hipossuficiência visa à concessão de uma vantagem processual, num litígio judicial estabelecido. Vulnerabilidade é conceito material, enquanto hipossuficiência é conceito processual. A primeira, como presunção absoluta e inafastável, é inerente a todos os consumidores; a segunda é verificada apenas em alguns casos e consiste presunção relativa que admite prova em contrário²¹.

Se a hipossuficiência fosse requisito para a conceituação de consumidor, bastaria que o legislador determinasse que, em qualquer litígio judicial deveria ser invertido o ônus da prova. E não é isso o que está disposto no CDC, como visto.

Portanto, não há fundamento para a equiparação dos dois conceitos nem para a limitação da aplicação da lei, a fim de afastar a proteção do consumidor quando este não for considerado hipossuficiente.

Não fosse essa construção, o legislador teria sido incoerente ao incluir, entre os consumidores, a pessoa jurídica, já que essa dificilmente será considerada hipossuficiente. É acerca das conseqüências dessa inclusão sobre a interpretação da lei que trata o capítulo adiante.

²¹ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 34.

6. AS PESSOAS JURÍDICAS COMO CONSUMIDORAS

O Código de Defesa do Consumidor, a par de profundas discussões que permearam os trâmites legislativos, conceituou consumidor como “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*” (artigo 2º, *caput*).

Assim, basta que uma pessoa jurídica adquira determinado bem ou serviço, como destinatário final, para que seja considerada consumidora.

Tal amplitude na conceituação de consumidor implica em duas conclusões. A primeira se refere à identificação do elemento “destinação final” apto a caracterizar consumidor e relação de consumo. A segunda implica no reconhecimento da condição de vulnerável da pessoa jurídica, enquanto consumidor. Tratem-se de cada uma a seguir.

Quando a lei estabelece, de forma genérica, que toda pessoa jurídica que *adquire bens ou utiliza produto ou serviço como destinatário final* é consumidora, a expressão “destinatário final” deve ser interpretada em sintonia com essa generalização.

Destarte, a expressão “destinatário final” deve ser entendida em concepção muito mais aberta do que a subjetiva ou minimalista. Caso contrário, as pessoas jurídicas não seriam consideradas consumidoras, senão em casos muito pouco freqüentes.

Ocorre que, ao se considerar que somente há destinação final quando o adquirente do bem ou do serviço for utilizá-lo de forma não profissional, as pessoas jurídicas ficam excluídas de regra.

De fato, será bastante peculiar a aquisição de bem ou produto por pessoa jurídica *de forma pessoal* ou *não profissional*. Sempre que uma pessoa jurídica adquire ou utiliza produto ou serviço, ela o fará tendo em mente a sua própria razão de existir: a atividade profissional, ainda que indiretamente.

Caso essa fosse a intenção do legislador, ele teria construído o conceito de consumidor de forma distinta. Em vez de genericamente incluir as pessoas jurídicas na definição de consumidor, ele deveria excluir tais entes dessa conceituação generalizada. Depois, em dispositivo apartado, ele teria destacado que, *excepcionalmente*, as pessoas jurídicas poderiam ser consideradas consumidoras desde que demonstrassem que a aquisição de bem ou serviço não estaria ligada a sua atuação profissional diretamente.

Todavia, diante da generalização do conceito, é incoerente a exigência da investigação da intenção dos sujeitos para a sua configuração como destinatários finais e, em conseqüência, como consumidores.

Para adequar suas concepções à letra expressa da lei e, assim, não afastar a proteção das normas consumeiristas às pessoas jurídicas, a doutrina subjetiva apresenta uma solução: diferencia finalidade direta da indireta, para os fins de investigação da intenção desses entes, quando adquirem bens ou utilizam serviços. Para tanto, criam-se graus de afinidade entre o produto ou serviço adquirido e a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica. Haveria finalidade direta, por exemplo, quando uma loja de departamentos adquirisse computadores para o atendimento de seus clientes. Já se essa mesma empresa, quando comprasse água para seus funcionários, visaria apenas indiretamente a sua atividade profissional.

A solução, no entanto, não oferece segurança quanto aos direitos das pessoas jurídicas, pois deixa muita margem de subjetivismo ao intérprete. A construção apenas demonstra a tentativa da concepção minimalista em não contradizer a expressa letra da lei. Fica patente, pois, uma realidade difícil de ser trabalhada por tal doutrina: sempre

que uma pessoa jurídica realiza qualquer negócio de consumo, ela o fará para atender a suas finalidades profissionais.

Assim, não seria mais lógico abandonar a *intenção* dos agentes para a configuração da destinação final e, em consequência, para a configuração dos consumidores? Não seria mais fácil entender que há destinação final quando um produto ou serviço é simplesmente retirado do ciclo econômico?

Da mesma forma, conforme exposição nos capítulos anteriores, não há qualquer dificuldade em se imputar a vulnerabilidade às pessoas jurídicas. Basta a conjugação do artigo 2o, *caput* com o artigo 4o, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, para concluir que, quando a pessoa jurídica se enquadrar no conceito de consumidor, será a parte mais vulnerável de uma relação de consumo.

7. O ESTADO COMO CONSUMIDOR

Existe muita resistência em se considerar o Estado como consumidor. O maior entrave a essa idéia se lastreia na premissa de que vulnerabilidade é sinônimo de hipossuficiência. Entretanto, como já defendido nos capítulos anteriores, vulnerabilidade é princípio que visa orientar o sistema com o escopo de dar paridade entre consumidores e fornecedores, enquanto hipossuficiência é requisito processual para a inversão do ônus da prova, num litígio judicial estabelecido. Vulnerabilidade é conceito material, enquanto hipossuficiência é conceito processual. A primeira, como presunção absoluta e inafastável, é inerente a todos os consumidores; a segunda é verificada apenas em alguns casos e configura presunção relativa que admite prova em contrário²².

De outra feita, o Estado é uma instituição, uma realidade histórica, um fato social, uma entidade artificial, resultante da vontade coletiva, expressão própria do Direito²³. Com tal envergadura, o Estado deverá promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (artigo 5o, inciso XXXII, da CF/88), dentre outras missões igualmente magnânimas.

Nessa visão, é estranho imaginar esse ente como vulnerável!

Nada obstante, o Estado, em suas múltiplas concepções, também é pessoa jurídica, de direito público, que, representando os interesses da coletividade, realiza negócios jurídicos muito simples, como contratação de serviços de telefonia e aquisição de materiais de limpeza para suas repartições.

O Estado que contrata é o ente personalizado na Administração Pública, que compreende a Administração Pública Direta e a Indireta da União, dos Estados, o

²² KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do Consumidor*: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 34.

²³ SAHID, Maluf. *Teoria Geral do Estado*. 23a ed. rev. e atual. pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1995.

Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, ainda, as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do Poder Público e das fundações por ele instituídas e mantidas (artigo 6º, Lei 8.666/90).

Embora lhe seja ofertado o poder de impor as chamadas cláusulas exorbitantes em suas negociações, como se verá diante, muitas vezes o Estado simplesmente adere a contratos padronizados impostos no mercado e acaba aliado dos direitos acessíveis a todos os consumidores.

O renomado jurista Marçal Justen Filho traduz essa concepção, embora destacando a possibilidade de se cogitar da aplicação do CDC aos contratos firmados pela Administração quando essa adquirisse produto ou serviço no mercado, em situação equivalente à de um consumidor:

Alguém poderia defender a aplicação subsidiária do regime da Lei nº 8.666/90 (Código de Defesa do Consumidor), no tocante à 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 a incidência das regras do CDC, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato. Quando muito, poderia cogitar-se da situação quando a Administração Pública adquirisse produto no mercado, em situação equivalente à de um consumidor.²⁴

Tecnicamente, contudo, nada impede que o Estado seja qualificado como consumidor. Como visto, para o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. E o parágrafo único do artigo 2º equipara a consumidor a

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 762.

coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, o que leva a abranger nesta expressão a Administração Pública²⁵.

Sem dúvida, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei 8666/93, sendo ela consumidora ou usuária, porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CPDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.²⁶

Há doutrinadores que, justificados na noção de destinação final, excluem os órgãos públicos do conceito de consumidor, por considerarem que tais entes sempre se valem de produtos ou serviços como instrumentos de execução de seus serviços.

Contudo, defende-se que a noção de destinação final deve ser ampliada, para os fins de se considerá-la existente uma vez que o produto ou serviço tenha sido retirado da cadeia econômica. Nesses termos, não há óbices para a inclusão das pessoas jurídicas de direito público na noção de consumidor, tanto quanto as pessoas jurídicas de direito privado.

Desse modo, quando o Estado não estiver prestando serviços públicos diretamente, mas, na qualidade de pessoa jurídica de direito público, estiver adquirindo bens ou contratando serviços, como destinatário final, poderá ser considerado consumidor. De outro lado, quando for ele o prestador dos serviços públicos, poderá ser enquadrado como fornecedor, por expressa disposição do artigo 6º, X, do Código de Defesa do Consumidor.

²⁵ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 30, abr. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=470>>. Acesso em: 19 jun. 2008.

²⁶ idem.

8. CLÁUSULAS EXORBITANTES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Administração Pública deverá contratar, em regra, pelo procedimento previsto pela Lei 8.666/93, a Lei de Licitações e Contratos. Esse diploma legal visa atender aos princípios do Estado Democrático de Direito, de modo a impor transparência nas contratações feitas pelo ente público.

Os contratos firmados com o ente público são classificados como contratos administrativos, por se submeterem a regime próprio, distinto do regime aplicado aos contratos firmados entre os particulares. Em face da relevância dos interesses defendidos pela Administração, foi-lhe concedido o poder de impor determinadas cláusulas que não encontram simetria de proteção para com o direito do particular contratado.

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

Vê-se, portanto, que duas definições de contrato administrativo podem ser extraídas.

Em sentido amplo, indica um acordo de vontades com efeitos vinculantes, de que participa a Administração Pública e cujo objeto consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer algo economicamente avaliável. Em sentido estrito, o contrato administrativo se caracteriza pela submissão ao regime jurídico de direito público²⁷.

Em sentido amplo, basta que o ente público esteja presente na avença para que o contrato seja considerado administrativo, ainda que os vínculos sejam regidos pelo Direito Privado. "O contrato administrativo em sentido próprio se caracteriza por um regime publicístico que atribui à Administração um conjunto de competências diferenciadas (usualmente denominadas de "prerrogativas extraordinárias" ou "cláusulas exorbitantes")"²⁸.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 645.

²⁸ op cit. p. 645.

Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada.

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de "prerrogativas" (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicáveis basicamente aos contratos administrativos (art. 54, Estatuto).²⁹

Com efeito, a Lei de Licitações enumera as prerrogativas de que dispõe a Administração Pública, em seu artigo 54:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – fiscalizar-lhes a execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Embora a denominação "cláusulas exorbitantes" possam indicar um privilégio à Administração, tal interpretação é incorreta. Trata-se, na verdade de prerrogativas instituídas por lei e subordinadas ao Direito, tendo em vista a execução dos interesses coletivos, representados pelo ente público.

A seguir, é apresentado o esquema proposto por José dos Santos Carvalho Filho³⁰, ao estruturar o estudo do que chama de "cláusulas de privilégio". O esquema é aqui resumido por sua objetividade, consistindo num resumo lógico e sucinto das prerrogativas dispersas no texto legal.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. 10a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 163.

³⁰ op cit. p. 162 a 166.

A primeira dessas cláusulas legais especiais a ser destacada é a possibilidade da Administração impor alterações contratuais de forma unilateral, fato que inexiste no direito privado, onde deve imperar a igualdade entre os contratantes e a conseqüente simetria de direitos e deveres.

Nos contratos administrativos, a formação bilateral da vontade contratual cede lugar à imposição unilateral de alteração. Esta possibilidade ocorre em dois casos expressamente previstos pela Lei de Licitações: quando há modificação do projeto ou das especificações, com vistas à melhor adequação técnica aos fins do contrato e quando é preciso modificar o valor em virtude do aumento ou diminuição quantitativa do objeto contratual (artigo 65, II, Lei 8.666/93).

Em segundo lugar, ressalta-se o Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos confere à Administração o poder de por fim à relação contratual de forma unilateral. Mais uma vez o acordo de vontades se curva à manifestação unilateral do ente público, dessa vez para extinguir a própria relação contratual.

Também aqui a lei prescreve as hipóteses em que será facultado o exercício de tal poder, relacionando os motivos ensejadores da rescisão unilateral do contrato.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I – a o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV – o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII – o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX – a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

- X – a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- XI – a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
- XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;
- XIII – a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;
- XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;
- XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;
- XVI – a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;
- XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.
- Parágrafo único.* Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Embora extensa a lista legal, dois são os motivos recorrentes nos diversos incisos: o primeiro relativo ao não cumprimento regular do contrato pelo particular e o segundo consistente na defesa do interesse da própria Administração, quando em conflito com os interesses privados. Em qualquer caso, a decisão da autoridade administrativa deverá ser devidamente motivada, assegurado o contraditório e a ampla defesa ao contratado.

Outra "cláusula exorbitante" presente nesses contratos é a mitigação da chamada "exceção do contrato não cumprido" ao contratado particular. Em face do princípio da continuidade dos serviços públicos, a regra cede lugar à exceção. Assim, mesmo inadimplente, a Administração pode exigir o cumprimento da obrigação pelo

particular, em contrariedade à regra esculpida no artigo 476 do Código Civil de 2002, que prevê a *exceptio non adimpleti contractus*.

No entanto, a prerrogativa não é ilimitada. O *atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra* é causa de rescisão contratual culposa, podendo o particular optar pela suspensão do cumprimento da obrigação ou pela indenização por prejuízos causados pela rescisão (artigo 78, XV c/c artigo 79, §2º, Lei 8.666/93).

Também convém citar a cláusula especial de que dispõe o Estado em suas contratações regidas pela Lei 8.666/90, consistente na possibilidade de aplicar sanções, previstas pela lei ou pelo contrato firmado. Dividem-se em duas espécies: fato administrativo sancionatório e ato administrativo sancionatório. O primeiro tipo está previsto no artigo 80 da Lei de Licitações e o segundo nos artigos 86 a 88.

Em consonância com as prerrogativas já destacadas, está o poder de fiscalização da Administração. Com efeito, se o Estado pode impor alterações ou até mesmo a rescisão contratual de forma unilateral, além de poder aplicar sanções ao particular, logicamente lhe é dado o poder de fiscalizar a execução do pacto firmado.

Por fim, cabe realçar importante cláusula especial consubstanciada na possibilidade de *ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais*. A ocupação provisória possibilita à Administração adiar a conclusão do contrato até que se certifique do cumprimento a contento do que fora pactuado. Assim, o particular não estará liberado de suas obrigações contratuais senão após esse verdadeiro período de teste, que antecede o recebimento definitivo do objeto do ajuste.

9. Regras de Proteção do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, a par de criar um microssistema de proteção às relações de consumo com princípios próprios, prevê uma série de regras protetivas do consumidor, estabelecendo vários direitos de forma expressa.

De antemão, deve-se observar que tais direitos são distintos daquelas prerrogativas constantes dos contratos administrativos, a serem exercidas pela Administração Pública.

No presente capítulo, far-se-á um apanhado geral das regras especiais de proteção aos consumidores, a fim de se apontar a adequação de sua incidência às contratações firmadas pela Administração Pública.

De início, o CDC, em seu artigo 6º, dispõe acerca dos direitos básicos do consumidor. São eles: proteção à vida e à saúde; educação para o consumo; escolha de produtos e serviços, informação; proteção contra publicidade enganosa e abusiva; proteção contratual; direito à indenização; acesso ao Judiciário; facilitação de defesa de seus direitos e qualidade dos serviços públicos.

Embora dispostos como direitos básicos do consumidor, o rol apresentado não contém nenhuma especialidade a ponto de excluir dos não consumidores o acesso aos mesmos direitos. Com efeito, não é preciso ser consumidor para ter garantido o direito à vida e à saúde ou o acesso à justiça, por exemplo. Em contrário senso, não há razão para excluir quem quer que seja do conceito de consumidor.

De outra feita, ao tratar do direito à vida e à segurança, o Código de Defesa do Consumidor dispõe acerca de produtos e serviços perigosos ou nocivos que ofereçam riscos, impondo aos fornecedores tomar todas as medidas para evitar prejuízos aos consumidores. Dessa forma, produtos perigosos por natureza como, por exemplo, inseticidas e álcool, devem ser acompanhados por impressos próprios que tragam

todas as informações necessárias sobre seu uso, composição, antídoto e toxicidade. Além disso, se depois que o produto for colocado à venda o fornecedor tiver conhecimento de seu perigo, deverá imediatamente comunicar às autoridades competentes e aos consumidores, através de anúncios publicitários em rádio, TV, jornal. O não cumprimento a essas determinações configura crime (artigos 63, 64 e 65 do CDC).

Também ao expor as regras relativas à publicidade, o CDC estabelece tipos penais para quem incorrer em práticas referentes à execução ou promoção de publicidade enganosa ou abusiva (artigos 66, 67, 68 e 60 do CDC). O ideal é que toda publicidade seja clara para que o consumidor possa identificá-la facilmente. O fornecedor deve dispor de informações técnicas e científicas para provar a veracidade da propaganda e deve cumprir o que for anunciado. As informações da propaganda fazem parte do contrato.

Essas regras podem tranqüilamente ser aplicadas quando o Estado figure na relação contratual. A repressão às práticas que foram negativadas a ponto de serem qualificadas como tipos penais não devem ser excluídas da análise pelo Judiciário apenas porque em um dos pólos da relação se encontra o Estado.

Citem-se os casos em que a Administração realiza compras de pequena monta e de pronto pagamento, inclusive com a dispensa da formalização de instrumento contratual (artigo 60, parágrafo único, Lei 8.666/93). Caso o Estado adquira tais produtos de um fornecedor, que incorrer nos crimes previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, não é razoável a exclusão da apreciação do fato pelos órgãos competentes (Ministério Público e Judiciário), mormente quando presentes todas as características que definem consumidor, conforme já defendido.

A Lei 8.078/90 elenca no artigo 39 uma série de práticas consideradas abusivas, as quais são vedadas aos fornecedores: i) obrigar o consumidor, na compra de um produto ou serviço, levar outro que não queira para que tenha direito ao primeiro

(venda casada); ii) recusar atender consumidores quando há estoque de mercadorias; iii) fornecer serviço ou produto sem que o consumidor tenha solicitado e depois, cobrar por ele; iv) aproveitar-se da ignorância, falta de conhecimento em vista da idade, saúde ou condição social do consumidor para convencê-lo a comprar um produto ou contratar um serviço; v) exigir vantagem exagerada ou desproporcional em relação ao compromisso que o consumidor esteja assumindo; vi) prestação dos serviços sem que seja apresentado ao consumidor um orçamento com a previsão de custos, mão-de-obra; vii) difamar o consumidor, principalmente se ele estiver exercendo seu direito; viii) colocar no mercado produto ou serviço em desacordo com as leis que regulamentam sua produção; ix) deixar de estipular prazo máximo para entrega de produto ou fornecimento de serviço; x) utilizar peças de reposição usadas ou recondicionadas no conserto de um produto, sem autorização de consumidor; xi) fixar multa superior a 2% do valor da prestação, nos contratos de financiamentos.

Pela leitura do texto legal, percebe-se que interessa ao Estado que os seus fornecedores de produtos e serviços sejam submetidos a tais vedações, ainda que os contratos administrativos sejam omissos em relação a itens específicos. É óbvio que algumas dessas previsões não tem aplicação às relações em que o Estado seja parte, como, por exemplo, a prevista no item iv. No entanto, nada obsta a proibição de venda casada na prestação de serviços ao Estado, dentre outras.

O Código de Defesa do Consumidor prescreve, em seu artigo 12, que " o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos."

Verifica-se, pois, a previsão de hipótese de responsabilização objetiva dos fabricantes, produtores, construtores e importadores para a reparação de danos. A

vantagem da aplicação dessa previsão aos contratos administrativos é inegável e não encontra respaldo na Lei de Licitações e Contratos.

Ora, se os fabricantes, produtores, construtores e importadores devem responder objetivamente pelos danos causados aos particulares, por que não deveriam ressarcir igualmente os prejuízos causados ao Estado, que é a coletividade personificada?

A mesma observação cabe em relação ao disposto no artigo 18 do CDC, que prescreve hipótese de responsabilidade solidária entre os fornecedores pelos vícios de qualidade ou quantidade.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I – abatimento proporcional do preço;

II – complementação do peso ou medida;

III – a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Também interessa ao Estado, na qualidade de consumidor, a possibilidade de exercer os direitos previstos nos dispositivos acima transcritos.

Os destaques feitos no Código de Defesa do Consumidor são suficientes para demonstrar que tais regras não coincidem com as chamadas cláusulas exorbitantes. Assim, o âmbito de aplicação de uma norma não poderia excluir o da outra.

É claro que as adaptações serão necessárias. As regras previstas pela Lei 8.666/90, pelo edital de licitação ou pelo contrato administrativo firmado, por sua especialidade, deverão ter aplicação prioritária em relação ao CDC. Entretanto, não há óbices à sua incidência de forma subsidiária, mormente porque, como reza o ditado no meio jurídico, "quem pode o mais pode o menos".

Com efeito, a Administração Pública titulariza direitos e interesses coletivos, os quais foram valorizados de tal maneira que o Direito tratou de impor a mitigação do princípio da igualdade entre os contratante, com benefícios ao ente público. Com essa visão, não se deve recusar a essas entidades, enquanto consumidoras, que se valham de outros direitos previstos além da Lei 8.666/90.

A lei especial de proteção ao consumidor não exclui de sua incidência os entes públicos. Em certas situações, como visto, a simples evocação do CDC é capaz de apresentar soluções prontas para os interesses do Estado, enquanto a Lei de Licitações, não. O único dispositivo que apresenta certa similitude com as normas do Código é a regra do § 5º do artigo 65 da Lei 8666/93, ao determinar a revisão dos preços contratados, para menos, se houver a extinção ou alteração de tributos ou encargos legais ou ainda pela superveniência de disposições legais, que produzam efetiva repercussão nos preços³¹.

A existência da possibilidade de impor cláusulas exorbitantes em suas contratações não deve ser compreendida como óbice à extensão da proteção consumeirista. Isso porque a Lei de Licitações não abarca todas as hipóteses de proteção previstas pelo Código de Defesa do Consumidor.

As cláusulas exorbitantes, a par de refletir a relevância dos interesses representados pela Administração, visam facilitar a desvinculação do Estado do vínculo contratual que eventualmente não estiver satisfazendo tais interesses. Pressupõe-se

³¹ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 30, abr. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=470>>. Acesso em: 19 jun. 2008.

que outros fornecedores poderão prestar os serviços ou apresentar os produtos com a qualidade necessária para atender às necessidades públicas.

Contudo, há situações em que não cabe à Administração deflagrar o processo de escolha em que consiste a licitação, quando não é possível a competição, por existência de um único fornecedor de certo produto ou serviço ou quando o procedimento licitatório é dispensado. Citem-se, ainda, as hipóteses em que a Administração, como destinatária final, adquire bens e serviços sem licitação ou contrato administrativo formal, a exemplo das despesas de pronto pagamento, via suprimento de fundos. Nesses casos, a única proteção contra vícios típicos da atividade de consumo reside no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Realmente, quando a Administração não tem sequer a possibilidade de escolha do contratante ou quando o procedimento é dispensado, a imposição de cláusulas exorbitantes pode não fornecer soluções satisfatórias para o interesse coletivo. Por exemplo, do que vale o poder de rescindir unilateralmente o contrato, se o ente público estiver defronte de fornecedor exclusivo?

Tome-se, por exemplo, a prestação dos serviços de telefonia, fornecimento de gás, água e luz. Apregoar-se que a entidade privada ou pública, por ser parte da Administração, está afastada do manto protetor da Lei 8078/90 é simplesmente absurdo e não se compatibiliza com o artigo 2º do Código. Servindo-se a Administração, como qualquer particular, dos serviços prestados por concessionárias do serviço público, não tem cabimento sua exclusão da proteção legal, o que feriria, brutalmente, a Constituição, que agasalha todo consumidor, sem exclusão de quem quer que seja³².

Quando a Lei de Licitações não tiver sua aplicação adequada, o artigo 54 da referida norma apresenta solução sistêmica, indicando que os contratos administrativos se regem pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos.

³² SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 30, abr. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=470>>. Acesso em: 19 jun. 2008.

Nessa construção legal, comungam-se as normas da lei especial de contratos com o CPC. Obviamente que, para essa incidência, o Estado deverá atender aos requisitos da lei especial para ser considerado consumidor.

10. CONCLUSÃO

O Direito Brasileiro adotou uma concepção elástica de consumidor, para os fins de amplificar a aplicação da legislação codificada na Lei 8.078/90. Com esse intuito, o legislador ordinário não limitou o reconhecimento do consumidor à condição de hipossuficiência. Percebe-se, assim, um avanço em relação à ideologia dos movimentos sociais que antecederam a elaboração desse diploma normativo.

Com efeito, historicamente a necessidade de proteção ao consumidor decorre de sua posição de vulnerabilidade *econômica* diante do produtor. Muitos doutrinadores, identificando tal vulnerabilidade com hipossuficiência, defendem a aplicação *restrita* do Código de Defesa do Consumidor. Porém, o CDC se consubstancia numa lei aberta, preocupada não apenas com o consumidor hipossuficiente, mas também com interesses dos fornecedores e do mercado.

Hipossuficiência, por sua vez, não se confunde com vulnerabilidade. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor consiste em princípio que visa orientar o sistema, para dar paridade aos consumidores e fornecedores. Já o requisito da hipossuficiência visa à concessão de uma vantagem processual, num litígio judicial estabelecido. Vulnerabilidade é conceito material, enquanto hipossuficiência é conceito processual. A primeira, como presunção absoluta e inafastável, é inerente a todos os consumidores; a segunda é verificada apenas em alguns casos e consiste em presunção relativa que admite prova em contrário.

Ademais, o legislador não fez qualquer diferenciação entre pessoa física e pessoa jurídica na conceituação de consumidor. Ao contrário a Lei 8.078/90 prevê que *consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*. Ao mesmo tempo, equipara a *consumidor a coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis*, o que leva a abranger nesta expressão a Administração Pública.

Por isso, é contra a lógica do sistema a interpretação restritiva dos elementos que compõem o conceito de consumidor. Assim, a expressão "destinatário final" comporta concepção abrangente, sem investigações acerca da intenção dos agentes. Basta a retirada do bem ou serviço do ciclo econômico para que haja a destinação final. Caso contrário, as pessoas jurídicas não seriam consideradas consumidoras, senão em casos muito pouco freqüentes. Tal posicionamento deturparia a expressa letra da lei.

Destarte, tecnicamente nada impede que o Estado seja qualificado como consumidor, seja como pessoa jurídica, seja como representante de uma coletividade de pessoas, que adquira bens ou serviços como destinatário final.

É certo que os contratos firmados com o ente público são classificados como contratos administrativos e em regra se submetem a regime próprio, distinto do regime aplicado aos contratos firmados entre os particulares. Em face da relevância dos interesses defendidos pela Administração, foi-lhe concedido o poder de impor determinadas cláusulas especiais, em seu próprio benefício.

A regra, contudo, comporta exceções. A própria Lei de Licitações prevê a aplicação supletiva das disposições de direito privado, o que inclui a Lei 8.078/90. É claro que as adaptações serão necessárias. As regras previstas pela Lei 8.666/90, pelo edital de licitação ou pelo contrato administrativo firmado, por sua especialidade, deverão ter aplicação prioritária em relação ao CDC. Nada obstante, não há óbices à sua incidência de forma subsidiária, mormente porque "quem pode o mais pode o menos".

De fato, a Administração Pública titulariza direitos e interesses que foram valorizados de tal maneira, que o Direito tratou de impor a mitigação do princípio da igualdade dos contratantes. Com essa visão, não se deve recusar às entidades públicas, enquanto consumidoras, que se valham de outros direitos previstos além da Lei 8.666/90.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. "Proteção ao Consumidor: conceito e extensão". São Paulo: RT, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. "Direito Administrativo". 10a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FILOMENO, José Geraldo Brito. "Manual de Direitos do Consumidor". 6a ed., São Paulo: Atlas, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. "Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo". 3a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Plínio Lacerda. "Anotações ao Código de Defesa do Consumidor: conceitos e noções básicas". Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. "Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais". 2 ed. Porto Alegre: Síntese.

NOGEIRA, Tania Lis Tizzoni. "Contrato verbal de consumo". Curitiba, Juruá, 2002.

RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. "Pensamento Jurídico: ônus da prova no código de defesa do consumidor". Curitiba: Juruá, 2004.

SAHID, Maluf. "Teoria Geral do Estado". 23a ed. rev. e atual. pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1995.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 30, abr. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=470>>. Acesso em: 19 jun. 2008.