

O poder público como consumidor na defesa de seu patrimônio

José Ricardo Britto Seixas Pereira Júnior

Advogado da União em Sergipe (PU-SE). Coordenador da Escola da AGU em Sergipe. Especialista em Direito Constitucional (UNIT).

Resumo: O presente trabalho discorre sobre a aplicabilidade do CDC às pessoas jurídicas de direito público na qualidade de consumidores, sugerindo os dispositivos aplicáveis e seus benefícios ao erário.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Poder público. Aplicabilidade.

Sumário: **1** Introdução - **2** Aplicabilidade do CDC aos entes públicos - **2.1** O dano moral às pessoas jurídicas de direito público - **2.2** A inversão do ônus da prova - **3** Conclusão - Referências

1 Introdução

A proteção do consumidor é um desafio hodierno e representa um dos temas mais atuais do direito. Em uma sociedade de consumo a posição do consumidor é de total subserviência aos fornecedores e as mesmas mazelas que afligem os particulares também vêm ocorrendo com o Poder Público quando este não encontra refúgio nas regras protetoras do direito administrativo.

Ao seu passo, a Advocacia Pública, inebriada pela influência do direito administrativo e pelas prerrogativas conferidas ao Poder Público tem deixado de aplicar as regras de direito privado outorgadas pelo Código de Defesa do Consumidor — CDC, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 —, prejudicando a defesa judicial dos entes administrativos e deixando de prever em seus atos e contratos administrativos as regras de proteção conferidas pela legislação consumeirista.

O presente trabalho afirma a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas de direito público, suas implicações a exemplo da indenização por dano moral aos entes públicos, inversão do ônus da prova em favor do ente estatal e medidas que devem ser adotadas pela Advocacia Pública para uma melhor defesa do erário.

2 Aplicabilidade do CDC aos entes públicos

De plano deve ser destacado o caráter multidisciplinar da legislação

consumeirista de modo a viabilizar a sua aplicação no âmbito do direito público.

É o que explica o eminente professor José Geraldo Brito Filomeno¹ (1999, p. 19-20), um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor em seus comentários sobre a Lei nº 8.078/1990:

Pelo que se pode observar trata-se de uma lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microsistema jurídico.

Ou seja: ao lado de princípios que lhe são próprios no âmbito da chamada ciência consumidora, Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos.

Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos Direito Constitucional, Civil, Penal, Processuais Civil e Penal, Administrativo, mas sempre tendo por pedra de toque a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, e sua condição de destinatário final de produtos e serviços.

Firmado o caráter inter e multidisciplinar do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, vislumbra-se que o conceito de consumidor previsto no art. 2º da Lei nº 8.078/1990 foi exclusivamente econômico.

Estabelece o art. 2º: “Consumidor é toda pessoa jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Na lição do professor Otho Sidou:²

Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação de vontade, isto é, sem forma especial, salvo quando a lei exigir.

Deste modo, o traço marcante da legislação consumidora estaria na vulnerabilidade do consumidor; ou seja, sua hipossuficiência, haja vista que este não tem o controle da produção dos bens de consumo ou da prestação dos serviços que lhe são fornecidos, estando submetido de fato ao poder econômico, logístico e intelectual dos fornecedores.

Assim, naqueles casos em que a pessoa jurídica, mesmo a de direito público, se encontre em uma situação de desvantagem ilegítima perante o fornecedor seriam aplicáveis as regras da Lei nº 8.078/1990.

¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. In: *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, fls. 19-20.

² *Proteção do consumidor*, p. 2.

Portanto, este trabalho se alinha ao entendimento maximalista traduzido na lição de Cláudia Lima Marques³ de que:

(...) o CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado.

Assim, a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa jurídica de direito público está cumprindo a sua função institucional. Destinatário final é o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado ou que o utiliza, o consome; por exemplo: o carro adquirido para transportar o Presidente da República, o cartucho da impressora da repartição ou a merenda dos alunos da escola.

É fato que o Poder Público, mesmo na condição de consumidor, tem a sua disposição uma série de prerrogativas que na maioria das vezes o coloca em uma condição de supremacia perante os fornecedores de produtos e serviços. Neste sentido, a supremacia do interesse público representa condição, até mesmo, de sobrevivência e asseguramento dos administrados.

Contudo, esta posição de supremacia, em verdade, deixa de se sustentar em todos os casos, o que nos remete à legislação consumerista. Há casos em que as grandes corporações, empresas multinacionais, qualificadas pelo Código de Defesa do Consumidor como fornecedores, têm uma posição de supremacia fática em relação às pessoas jurídicas de direito público, em especial, aos pequenos Municípios, colocando o erário em uma posição hipossuficiente.

Desta situação decorrem duas hipóteses de aplicação da legislação consumerista.

Para os casos em que o próprio direito administrativo reconhece que a Administração Pública firmou contratos regulados pelo direito privado, situando-se no mesmo plano jurídico da outra parte, podendo ser colocada em uma situação fática de desigualdade, de hipossuficiência, são plenamente aplicáveis as normas do CDC, haja vista a não utilização pelo Poder Público de suas prerrogativas.

³ In: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 67-69.

Em outra vertente, a legislação consumerista também seria aplicável aos contratos administrativos, eminentemente públicos, só que de forma supletiva, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece o seguinte:

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

Assim, naqueles casos em que as prerrogativas conferidas à Administração Pública não socorrerem de modo satisfatório o ente público, este poderia recorrer às regras protetoras do Código de Defesa do Consumidor.

Firmada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a todos os contratos firmados pela Administração Pública, é de se ressaltar que o traço distintivo entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado não está no aspecto subjetivo, haja vista que a administração pública está presente em ambos, tampouco no objetivo contratual, em virtude da finalidade pública de todo contrato firmado pelo Poder Público. O traço distintivo de ambos está ligado ao regime jurídico adotado: Público ou Privado, ou seja: o Poder Público em atos de império ou atos de gestão.

E quais seriam essas regras consumeristas aplicáveis ao Poder Público?

Em regra geral descartam-se as regras protetivas referentes a contratação ou a propaganda, ou a oferta e a publicidade em virtude das restrições de contratação que o Poder Público tem, só podendo contratar mediante prévio procedimento licitatório, merecendo análise mais aprofundada as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

No mesmo sentido, as normas referentes ao contrato de adesão previstas no CDC, em regra, não se aplicam, haja vista que o instrumento contratual na maioria das vezes é fornecido pela própria Administração Pública, havendo a ressalva daqueles contratos firmados com empresas privadas, detentoras de monopólio, concessionárias de serviço público, cujo instrumento de contrato de prestação de serviços é regulamentado e autorizado pelas Agências Reguladoras.

Assim, merece destaque a aplicabilidade total dos arts. 6º e 7º do CDC que tratam dos direitos básicos dos consumidores. No que tange

aos dispositivos aplicáveis, em parte ou de forma integral, citamos, entre outros, as regras relativas ao dano moral e à inversão do ônus da prova, de forma a exemplificar a importância da aplicação do CDC em favor dos entes públicos.

2.1 O dano moral às pessoas jurídicas de direito público

O inciso VI do art. 6º do CDC, que se refere à reparação de danos morais é totalmente aplicável ao Poder Público em virtude da norma contida nos incisos V e X, do art. 5º da Constituição Federal.

Do mesmo modo que a doutrina afirma que a Pessoa Jurídica pode sofrer danos morais, não se pode negar o direito de reparação por danos morais à Pessoa Jurídica de Direito Público.

As pessoas jurídicas possuem um conceito social baseado em valores estabelecidos pela própria sociedade, como, por exemplo, a respeitabilidade, a confiança, a reputação, a honra, e até mesmo a afetividade que as pessoas mantêm em relação a elas, contudo não há como negar que qualquer ataque a esse patrimônio ideal, por maior que seja esse ataque, não tem o poder de produzir dor psíquica, pois falta à pessoa jurídica vida orgânica. Nenhuma pessoa jurídica é um ente biológico, mas um sistema organizacional criado pelo próprio homem em sociedade.

Assim, põe-se uma situação aparentemente sem saída: por um lado, não podemos negar que a pessoa jurídica possui valores morais que devem ser tutelados pelo direito, mas, de outro lado, ficamos sem possibilidade de aplicação da indenização por danos morais ao ofensor, uma vez que esse tipo de indenização tem um objetivo muito restrito, que é mitigar e compensar a dor, e a dor não pode ser sentida pela pessoa jurídica pela ausência de um substrato biológico.

A tese do dano patrimonial indireto, não protege a pessoa jurídica de direito público por não ter fins lucrativos, possuindo tal indenização a natureza jurídica de pena civil. Assim, o dano moral à pessoa jurídica não é uma indenização compensatória, mas, sim, uma *pena civil*.

Tal entendimento já vem sendo utilizado na Procuradoria da União no Estado de Sergipe em causas em que empresas de telefonia incluíram o CNPJ da União em entidade de proteção de crédito indevidamente.

2.2 A inversão do ônus da prova

Também é plenamente aplicável o inciso VIII, do art. 6º do CDC.

Partindo do pressuposto de que o Poder Público enquanto consumidor também pode ser considerado hipossuficiente, tenta-se estabelecer mecanismos que resguardem o patrimônio público de maus fornecedores que prestam seus serviços ou vendem seus produtos aos órgãos estatais.

Explica Cecília Matos:⁴ “A inversão do ônus da prova é direito de facilitação de defesa e não pode ser determinada após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida”.

Assim, naqueles casos em que pelas regras de experiência tal fato não deveria ter ocorrido como ocorreu, é justo privilegiar a parte mais fraca de modo que o fornecedor prove que o produto ou serviço ofertado não gerou tal fato.

A título exemplificativo, cita-se o caso da empresa fornecedora de lanche escolar. Se, por acaso, após consumirem o lanche fornecido, todas as crianças de uma escola de um pequeno Município são acometidas de uma intoxicação alimentar, presume-se que a causa foi o lanche fornecido. Caso o Município não tenha recursos, este ente poderia requerer a utilização da regra da inversão do ônus da prova de modo que a empresa fornecedora provasse que o lanche não foi a causa de tal intoxicação, desonerando, desta forma os cofres do pequeno Município de uma prova pericial complexa e custosa.

Outro exemplo clássico se refere aos equipamentos de tecnologia. Como compelir ao Poder Público, que não tem os conhecimentos necessários para a fabricação de determinado equipamento, a prova de que o defeito ocorreu por má fabricação? Se tal premissa fosse verdade, a Administração teria que dispor de um técnico especializado para cada equipamento, ao passo que, aplicando-se a regra de inversão do ônus da prova prevista no CDC, a empresa fornecedora é obrigada a provar que a falha em seu equipamento não decorreu por má fabricação.

3 Conclusão

Por todo o exposto, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável favoravelmente para o Poder Público, notadamente nas hipóteses em que o Poder Público encontra-se em uma situação de hipossuficiência.

⁴ O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. In: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 129-130.

Sendo assim, a Advocacia Pública deve requerer a sua aplicação judicialmente e exigir que conste expressamente menção a este dispositivo nos editais de licitação e contratos administrativos sem que isso signifique abdicar das prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público.

Referências

- BULGARELI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2000.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumen Juris, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários ao Código de proteção de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do direito privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DE VASCONCELOS E BENJAMIM, Antonio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Dissertação (Mestrado) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SIDOU, Otho. *Proteção do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- TAVARES, Anna Rita. Desconsideração da pessoa jurídica em matéria licitatória. *RTDP*, 25, 1999.