

O ESTADO COMO CONSUMIDOR

Flávio Amaral Garcia*

A presente resenha pretende abordar a viabilidade jurídica do Estado, na qualidade de contratante, se enquadrar no conceito de consumidor previsto no art. 2º, do CDC.

Como se sabe, o art. 2º prescreve que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A questão, portanto, gira em torno da interpretação desta norma juntamente com o regime especial que orienta as contratações administrativas. A matéria não é nova e já foi objeto de estudos na doutrina brasileira.

Para uma parcela respeitável da doutrina, o Estado não poderia ser enquadrado no conceito de consumidor por **duas razões**: a **primeira** é que, para que possa ser considerado consumidor, deve existir uma vulnerabilidade entre consumidor e fornecedor, ou seja, um desequilíbrio na relação de consumo, consoante prevê o art. 4º, I, do CDC. Esta vulnerabilidade não ocorreria quando o Estado contrata, eis que se encontra sujeito a um regime jurídico próprio que o coloca em posição de supremacia em face do contratado; a **segunda** razão é que, por força deste regime jurídico peculiar, é o Estado quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica, ou seja, o Estado tem o poder de requisitar e descrever o objeto contratual.

Confira-se, neste sentido, a lição de PEDRO PAULO CRISTOFARO¹:

Assim, o Estado, quando contrata, como “destinatário final”, o fornecimento de bens ou serviços, o faz mediante normas próprias de Direito Administrativo que lhe outorgam uma proteção específica que não se superpõe, sob pena de implantar-se *incontrolável confusão, aquela que a Lei nº 8.078/90 dispensa* aos “consumidores”. O Estado adquire bens e serviços das empresas privadas, mas o faz em condições próprias e peculiares que o protegem — ou devem protegê-lo desde que os administradores sejam diligentes como é de seu dever —, melhor do que são protegidos os destinatários do Código de Defesa do Consumidor. O Estado (refiro-me às pessoas jurídicas de Direito

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo na Universidade Federal Fluminense e na Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

¹ Limites do campo de incidência da Lei nº 8.078, de 11.09.1990. O Código de Defesa do Consumidor e os Investidores ou poupadores. Revista Forense, vol.323, p. 132.

Público, não às empresas estatais que se submetem às normas de direito privado — CF de 1988, art. 173, § 1º) pode ser fornecedor (v. arts. 4º, VII, 6º, X e 22 da Lei nº 8.078/90, este último quando o serviço é prestado diretamente pelo Poder Público). Jamais será, porém, “consumidor”, colocado sob a proteção da Lei nº 8.078/90. Aliás, essa proteção certamente desfavoreceria o Estado, limitando-lhe o poder de autotutelar seus interesses.”

MARÇAL JUSTEN FILHO² também se posiciona nesta linha:

“Alguém poderia defender a aplicação subsidiária do regime da Lei nº 8.078/90 (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 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”.

Há precedente no Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA³ a amparar esta tese. Transcreva-se trecho da ementa:

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

1. Por força do inciso XXI do art. 37 da Constituição, o poder público não se submete às condições do Código de Defesa do Consumidor para contratar suas obras e sim ao regime próprio previsto na lei das licitações, no

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª edição. São Paulo: Dialética, 2002, p.520.

³ Recurso Especial nº 527.137-PR, Relator Ministro LUIZ FUX, julgado em 11.05.2004.

caso o Decreto-Lei 2.300/86, vigente na época da contratação *sub judice*, e atualmente a Lei n.º 8.666/93, de 21.06.1993, mesmo em se tratando de empresa pública que explora atividade econômica, como é o caso dos Correios.”

Em sentido oposto, para outra corrente doutrinária o CDC seria aplicável ao Estado por três razões fundamentais: a **primeira** é que o art. 2º do CDC não fez qualquer distinção ao mencionar a expressão “pessoa jurídica”, de modo que se a lei não fez distinção, não caberia ao intérprete fazê-la e afastar do conceito as pessoas jurídicas de direito público; a **segunda**, é que por força do art. 54 da Lei n.º 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelos preceitos de direito público, mas são aplicáveis, supletivamente, as normas de direito privado, o que autorizaria a utilização do CDC quando o Estado fosse consumidor; a **terceira**, é que mesmo na relação contratual regida predominantemente pelo direito público há uma vulnerabilidade técnica dos servidores da Administração Pública em relação ao conhecimento e a *expertise* do fornecedor.

Esta é a posição adotada por LEON FREJDA SZKLAROWSKY⁴. Eis alguns argumentos invocados pelo autor⁵:

“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 n.º 8.666/93, 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.

(...)

Não se alegue que a Administração, gozando das benesses da lei especial, a que se submetem os contratos administrativos, não necessita do agasalho do Código.

Realmente, o art. 76 da Lei n.º 8.666/93 dispõe que a Administração rejeitará, no todo ou em parte, a obra, o fornecimento ou o serviço executado contrariamente

⁴ O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1999, agosto, p. 377/380.

⁵ Adotam, ainda, esta posição TOSHIO MUKAI e JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES. *Apud*, O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos de LEON FREJDA SZKLAROWSKY.

aos termos do contrato, ensejando assim a rescisão, com as conseqüências contratuais, legais e regulamentares.

Não obstante, basta cotejar os dois diplomas legislativos para concluir que nem todas as situações previstas no Código estão relacionadas na Lei de Licitações e Contratos e vice-versa.

(...)

Aliás, o art. 54 expressamente indica, com precisão matemática, que os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, numa harmônica constelação.”

No campo dos autores do Direito do Consumidor, a controvérsia acerca da extensão do conceito de consumidor também persiste. CLÁUDIA LIMA MARQUES⁶ sintetiza as duas correntes:

“Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão destinatário final do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

(...)

Já os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. 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 extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. (...) Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do

⁶ Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 253/255. A autora se posiciona favoravelmente à corrente dos finalistas.

mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra o algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e é, claro, a dona-de-casa que adquire produtos alimentícios para a família.” (grifos nossos)

Como se vê, a matéria é polêmica, estando as duas correntes amparadas por argumentos jurídicos consistentes. Permito-me, desde já, compartilhar a linha adotada pela segunda corrente e entender aplicável o Código de Defesa de Consumidor às contratações administrativas firmadas pelos entes públicos.

No entanto, preliminarmente, é preciso identificar duas situações de contratação pública nas quais a polêmica, a meu ver, não se aplica, sendo indiscutível a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

A primeira é que nem sempre quando o Estado contrata se coloca em posição de supremacia, podendo fazer uso das cláusulas exorbitantes. Existem, ao lado dos contratos administrativos, os **contratos privados celebrados pela Administração Pública**, nos quais as partes se encontram em igualdade de condições, aplicando-se predominantemente as normas de direito privado, a teor do que dispõe o art. 62, § 3º, da Lei n.º 8.666/93.

São exemplos os contratos de locação, quando a Administração for locatária, seguro, leasing. As normas de direito público que se aplicam nestes contratos são, em regra, as relativas à **forma** da qual a Administração Pública não pode se afastar (ex: cláusulas orçamentárias). Estando o ente público celebrando contrato privado, não parece razoável cogitar-se da não incidência do Código de Defesa do Consumidor.

A segunda situação acima referida envolve as entidades que integram a Administração Pública, mas que **ostentam personalidade jurídica de direito privado**. É o caso, por exemplo, das empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas (art. 173, § 1º, da CF) que se sujeitam ao regime jurídico das normas de direito privado, ainda que parcialmente derogado por algumas normas de direito público.

Também nesta hipótese não prevalece a idéia de supremacia estatal, entendendo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁷, com razão, que estas empresas sequer celebram contratos administrativos, não podendo, via

⁷ Curso de Direito Administrativo, 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 194. Confira-se a lição: “Se a entidade for exploradora de atividade econômica, suas relações negociais com terceiros, salvo alguma exceção mais adiante anotada, serão sempre regidas integralmente pelo direito privado. Assim, seus contratos não serão contratos administrativos. Sua responsabilidade contratual ou extracontratual, estará sob a mesma disciplina aplicável às empresas privadas e o Estado não responde subsidiariamente por seus atos.”

de consequência, fazer uso das cláusulas exorbitantes. Portanto, partindo da premissa de que estes contratos não se qualificam como sendo administrativos, não faria sentido o afastamento das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, mesmo em relação aos demais contratos administrativos regidos pela Lei n.º 8.666/93 e dotados da supremacia estatal que autoriza a utilização das cláusulas exorbitantes⁸, o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado. Dentre os argumentos invocados, pretende-se aqui desenvolver com mais cuidado o da **vulnerabilidade técnica**⁹.

Com efeito, o fato da Administração Pública ter a possibilidade de definir o **objeto** da licitação não ilide a circunstância fática de que os bens, serviços e obras adquiridos são aqueles que se encontram disponíveis no mercado e, portanto, sujeitos as caracterizações e descrições usualmente praticadas pelo fornecedores destes objetos.

Em outras palavras, na requisição do objeto (momento inicial de qualquer contratação pública) não há espaço para descrições que se afastem das práticas do mercado, sob pena da licitação se tornar fracassada, já que não haveria fornecedor para aquele produto ou serviço.

Assim, a verdade é que esta possibilidade do ente público requisitar o objeto não faz com que se adquiram bens e serviços diferentes do setor privado e nem torna o Estado um contratante privilegiado. Em regra, as necessidades são as mesmas e o mercado também. Esta prerrogativa não coloca a Administração Pública em posição distinta dos demais consumidores, eis que, repita-se, a descrição do objeto não poderá se afastar das regras de mercado.

⁸ O dogma da supremacia estatal e a prevalência absoluta do interesse público sobre o interesse privado vem sendo revisitado na doutrina brasileira. Sobre o tema, sugere-se a leitura de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos* in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVIII, Parcerias Público-Privadas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 03/22.

⁹ EUNICE LEONEL DA CUNHA, in *Aplicabilidade das Disposições Constantes do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública*, Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano 2000, p. 660/665, arrola ainda a vulnerabilidade científica e a vulnerabilidade fática:

“A vulnerabilidade científica se configura quando se verifica por parte do contratante a ausência de conhecimentos jurídicos específicos ao objeto do contrato, assim como a ausência de conhecimentos de economia, ou correlatos. Da mesma forma que a anterior, esta vulnerabilidade é entendida, no âmbito do CDC, como presumida quando o contratante é não profissional e quando for pessoa física. Os demais contratantes, como as pessoas jurídicas e os profissionais, devem comprovar a sua vulnerabilidade, uma vez que se presume, em princípio que em face de sua situação peculiar haveriam de deter conhecimentos, ou pelo menos ter acesso a quem detenha conhecimentos específicos. A última forma de vulnerabilidade a ser considerada seria a denominada vulnerabilidade fática. Esta vulnerabilidade se verifica levando-se em conta um dos pólos da relação contratual, qual seja, o fornecedor ou prestador de serviços, que pela sua peculiar situação no mercado, quer derivada de seu poder econômico, quer em decorrência da necessidade dos serviços ou produtos que disponibiliza, estar-se-ia situando numa posição sobranceira em face daqueles que necessitam dos produtos ou serviços por ele ofertados. Esta vulnerabilidade é presumida, nos termos do CDC, para o contratante não-profissional e pessoa física. Portanto, os profissionais e pessoas jurídicas haveriam de demonstrar sua vulnerabilidade, naquela situação específica, a fim de se beneficiar da tutela protetiva do CDC.”

Outro aspecto a ser ponderado, ainda em relação a esta vulnerabilidade técnica, é que a Administração Pública compra bens das mais variadas espécies, o que inclui desde lápis até equipamentos de informática e necessita de serviços de natureza distinta, desde o mais simples (limpeza) até o mais sofisticado (desenvolvimento de um software).

Não seria razoável criar-se a expectativa de que um órgão ou entidade pública por mais bem aparelhado que seja, disponha de servidores e técnicos que conheçam profundamente todos os objetos a serem adquiridos.

Há, evidentemente, uma assimetria de informações técnicas¹⁰, que coloca o fornecedor do produto ou do serviço presumidamente em uma posição privilegiada em relação ao ente público, até mesmo em relação a evolução tecnológica que torna os produtos e serviços constantemente sujeitos a novas especificações e detalhamentos técnicos.

Numa perspectiva prática, o que se vê é que a Administração Pública, como regra, não tem necessitado recorrer ao Código de Defesa do Consumidor. Isto porque, as ferramentas postas a sua disposição e previstas na Lei n.º 8.666/93 tem se demonstrado satisfatórias.

Se um bem, por exemplo, é entregue fora das especificações técnicas, pode o contrato ser unilateralmente rescindido, na forma do que dispõe o artigo 78 da Lei n.º 8.666/93 e ainda ser aplicada uma sanção administrativa, também unilateral, ao contratado.

Afinal, a Administração Pública tem o dever de não receber o bem ou o serviço executado em desacordo com o contrato e fora das especificações técnicas, a teor do disposto no art. 76 da Lei n.º 8.666/93.

Lembre-se, também, que a Administração Pública pode fiscalizar unilateralmente a execução do contrato, sendo o contratado obrigado a reparar, corrigir ou substituir às suas expensas o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, na forma do que preceitua o art. 69 do citado diploma legal.

No entanto, à luz das circunstâncias do caso concreto e quando os instrumentos da Lei n.º 8.666/93 não forem satisfatórios será possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos entes públicos, mormente quando se depararem com a ocorrência de vícios no fornecimento de produtos ou serviços.

¹⁰ É esta assimetria de informações, que coloca o contratado em uma situação teoricamente mais favorável por conhecer profundamente o negócio, seja no aspecto técnico, seja no aspecto econômico. Constitui-se, também, numa das razões que justificam a criação de agências reguladoras, conforme expõe FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO in *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*, Direito Administrativo Econômico, coordenador, Carlos Ary Sundfeld, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 91: "De outro lado, os novos órgãos reguladores devem reunir uma grande capacidade de arbitramento dos interesses envolvidos com a atividade regulatória. Isso faz imperativa: i) a detenção pelo órgão de profundo conhecimento no setor regulado (obrigando-o a recrutar e manter os melhores quadros); ii) o pleno domínio dos conceitos, princípios e pressupostos do setor (nível elevado de especialização); bem como iii) o permanente acompanhamento dos rumos do setor, com o monitoramento de todos os movimentos tecnológicos, empresariais econômicos que ocorrem, em âmbito nacional e internacional, no segmento".

MARIA HELENA PESSOA PIMENTEL¹¹ arrola algumas situações práticas que podem ensejar uma aplicação efetiva do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos:

"Aplicando-se o CDC aos contratos administrativos, a Administração poderia pleitear ao juiz o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da proposta apresentada no procedimento licitatório, através de tutela específica, ou requerer providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento, como prevêm os arts. 35 e 84, ao invés de circunscrever sua demanda à indenização por perdas e danos.

A Administração poderia, outrossim, além das sanções prevista na Lei n.º 8.666/93, valer-se do CDC para incluir o nome do fornecedor no cadastro de maus fornecedores, ou pleitear ao juiz a imposição de contrapropaganda, na hipótese de se verificar que, através do procedimento licitatório, o fornecedor incorreu na prática de publicidade enganosa ou abusiva. Enfim, concluímos que, dependendo das circunstâncias do caso concreto, a Administração poderá ser considerada vulnerável quando adquirir produtos ou utilizar serviços como destinatária final e, portanto, poderá receber a tutela do CDC."

Um caso concreto que ocorreu no Estado do Rio de Janeiro envolveu a Fundação Leão XIII e uma determinada empresa que se obrigara a fornecer gêneros alimentícios. Sucede que numa das sacas de arroz foi constatada a presença de um corpo estranho, com as características de uma rato mumificado.

No contencioso administrativo instaurado¹², discutiu-se a responsabilidade das empresas distribuidora e fabricante, respectivamente, como fornecedora direta e indireta, à luz do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor¹³. Isto porque, a contratada alegou em sua defesa que a

¹¹ *A Administração Pública como Consumidora nas Relações de Consumo* in Boletim de Direito Administrativo, abril de 2001, p. 276/282.

¹² Proc. n.º E-23/200981/03, tendo a tese sido sustentada pelo ilustre Defensor Público JORGE AUGUSTO PINHO BRUNO, então Assessor Jurídico Chefe da Fundação Leão XIII.

¹³ O mencionado Art. 18 dispõe o seguinte: "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 as 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. (...) § 6º São impróprios ao uso e ao consumo: II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida e à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação."

responsabilidade era da empresa fabricante do produto e não dela que figurava como mera distribuidora.

Assentou a ilustre Assessoria Jurídica da FUNDAÇÃO LEÃO XIII que “cabe aos fornecedores na cadeia de produção evitar a incidência de tal vício de qualidade, consubstanciando-se num dever legal de todos os responsáveis pela introdução do produto no mercado de consumo”. Prosseguindo firmou o entendimento de que “apresenta-se clara e indubitável a responsabilidade do distribuidor/comerciante pelo manifesto vício de inadequação do produto identificado nos autos. Do referido vício, decorrem a responsabilidade da empresa, tanto contratual como extracontratualmente, na forma do preceituado no referido art. 18, *caput, c/c* § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor”.

Em relação a questão envolvendo a culpa, sustentou-se naquele opinamento que “para os vícios de qualidade por inadequação, vigora na sistemática do Direito do Consumidor o princípio da presunção absoluta de culpa do fornecedor. O sistema consumerista, considera que o fornecedor deve colocar em circulação produtos isentos de vícios de qualidade ou quantidade. O simples fato de colocar em circulação produtos impróprios ou inadequados, como se vê no caso vertente, caracteriza a responsabilidade do fornecedor, dentre os quais comerciante/distribuidor, sem que o consumidor deva provar a ocorrência de má fé ou negligência neste ato. Trata-se de verdadeira obrigação de resultado, com profundas conseqüências de ordem prática.”

De todo modo, considerando que se trata de tema que comporta mais de uma interpretação razoável, o que se recomenda, por precaução e por cautela, é que eventual acolhimento da tese que entenda aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos entes públicos conste expressamente do edital e do contrato (ou ainda do processo administrativo que origina a contratação direta)¹⁴.

A expressa previsão nos instrumentos convocatório e contratual assegura aos licitantes o direito de questionar a interpretação acolhida, atendendo-se ao princípio da segurança jurídica. O edital não deve apenas se limitar a reproduzir os dispositivos legais, mas sim acolher as interpretações da Administração Pública em assuntos controversos, visando garantir o direito ao contraditório e a ampla e prévia defesa dos administrados.

¹⁴ Este é, também, o pensamento sustentado por MARIA HELENA PESSOA PIMENTEL. Ob cit.