

# O Estado contrante-consumidor e a aplicação do CDC

Carmen Cecilia Codorniz Prado Leitão<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – O Estado e o Código de Defesa do Consumidor; 2.1 – A pessoa jurídica de direito público consumidora – posição doutrinária e jurisprudencial; 2.2 – A aplicabilidade do princípio da vulnerabilidade à Administração Pública; 3 – Diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 4 – Conclusão; Bibliografia

---

## 1. Introdução

A Lei nº 8.078/90, dando cumprimento ao disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ao mandamento constitucional do princípio de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se, desde a sua promulgação, o aparecimento de divergências doutrinárias quanto à interpretação de alguns de seus dispositivos.

Um deles diz respeito ao questionamento de sua aplicação às pessoas jurídicas, arraigado ao problema do conceito de consumidor. É ainda maior a dúvida em poder a pessoa jurídica de direito público assumir a posição de consumidora em uma relação de consumo, questionando-se a existência ou não de sua vulnerabilidade.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo aposentada. Especialista em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e em Direito do Consumidor pela Escola Superior de Advocacia – ESA/OAB-SP.

É fato que o Poder Público, mesmo na condição de consumidor, tem à sua disposição prerrogativas que na maioria das vezes o colocam em uma condição de supremacia perante o fornecedor de bens e serviços.

Contudo, essa posição de supremacia deixa de se sustentar em alguns casos, o que se leva a questionar a possibilidade da aplicação da legislação consumerista a eles.

Verifica-se que a posição do consumidor é de total subserviência aos fornecedores e as mesmas mazelas que afligem os particulares também podem ocorrer com relação ao poder público, quando este não encontrar proteção nas normas de direito administrativo.

Há casos em que grandes corporações e empresas multinacionais, qualificadas pelo Código de Defesa do Consumidor como fornecedores, possuem posição de supremacia fática em relação às pessoas jurídicas de direito público, particularmente quanto aos pequenos municípios da Federação, colocando-os como vulneráveis.

Assim, a reflexão do presente trabalho será o questionamento a respeito de poder o ente público recorrer às regras protetoras do Código de Defesa do Consumidor, apesar das prerrogativas conferidas à Administração Pública, quando elas não lhe socorrem de modo satisfatório perante os fornecedores.

Ainda que se admita a inexistência de uma vulnerabilidade fática do Estado, poderia ele ser tecnicamente considerado vulnerável quando adquire bens e serviços de cujas produção e qualidade não disponha de conhecimento específico, mesmo sendo o ente público quem estabeleça as regras para as aquisições em certames licitatórios?

Procurar-se-á verificar a possibilidade de o ente público ser considerado consumidor, ante sua vulnerabilidade cognitiva em face do fornecedor. Buscar-se-á uma proposta de solução para essa polêmica por meio da harmonização entre as Leis 8.078/90 e 8.666/93.

Para tanto, pretende-se utilizar o método de compilação, com exposição doutrinária de autores pátrios que escreveram sobre o tema, com anteposição de suas posições, quando logicamente houver um antagonismo, na busca de se apresentar um panorama das várias correntes doutrinárias, sem deixar de se focar a pesquisa jurisprudencial.

Não se objetiva exaurir a matéria, mas demonstrar e refletir um caminho diferente, buscando-se as hipóteses de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não só por meio de sua alçada constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, mas também pela alternativa de coexistência entre as normas desse ordenamento, o chamado diálogo das fontes.

## 2. O Estado e o Código de Defesa do Consumidor

A reflexão centra-se na aplicação ou não da tutela consumerista ao Estado, podendo-se defini-lo ou não como consumidor.

### 2.1 A pessoa jurídica de direito público consumidora – posição doutrinária e jurisprudencial

Principie-se por indagar se a pessoa jurídica de direito público pode figurar como consumidora. Tal questão não é pacífica em termos doutrinário e jurisprudencial.

Há uma interessante controvérsia sobre a possibilidade de o Estado ser considerado consumidor à luz do conceito fixado pelo *caput* do artigo 2º da Lei nº 8.078/90<sup>2</sup>.

Na visão de alguns autores, o Estado não pode ser considerado consumidor, pois essa qualificação depende necessariamente da vulnerabilidade da pessoa em relação ao fornecedor dos produtos e serviços (art. 4º, I, do CDC<sup>3</sup>). O Estado não pode ser considerado vulnerável nos contratos que celebra com terceiros, pois goza de supremacia contratual. Para os adeptos dessa visão, nos contratos administrativos o desequilíbrio contratual decorre justamente da supremacia do Poder Público<sup>4</sup> em detrimento do particular.

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

3 “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 de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios :[...] I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

4 Ressalte-se que pelo princípio da supremacia do Poder Público o Estado atua para favorecer o bem-estar social. Hely Lopes Meirelles o identifica com o “estar intimamente ligado à finalidade do Estado, que é a busca pelo interesse geral”(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São

Nessa linha destaque-se Marçal Justen Filho<sup>5</sup>, para quem não há como “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 de serviços”.

Para o administrativista, isso seria inviável, pois “a Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão as relações jurídicas”. Nesse pensamento aduz que ainda que se pudesse caracterizar a Administração como consumidora, “não haveria espaço para a incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato”.

---

Paulo: Malheiros, 2010. p.105). Diz Maria Sylvania Zanella Di Pietro que “negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 214). Para esse fim, deve-se fazer prevalecer, em determinadas situações, o interesse do todo em detrimento do interesse puramente individual. Dentro desse pensar, destaca-se o de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem tal princípio “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. p.69). Transcorre, dessa forma, do referido princípio a verticalidade das relações existentes entre o público e o privado, importando no desequilíbrio em favor do ente estatal. Esse princípio encontra-se implícito na ordem constitucional brasileira, já que a Constituição Federal é repleta de mandamentos que impõem a superioridade do Estado, com vistas a atingir seu fim teleológico, que é a satisfação do interesse público. Lembre-se, a título de exemplo, que o artigo 5º, inciso XXV, determina a requisição da propriedade particular pela autoridade competente no caso de perigo iminente; e do artigo 182, no qual consta a desapropriação sancionatória em caso de descumprimento da função social da propriedade urbana. E, mais, o inciso II do artigo 37 estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público e também que as obras, serviços, compras e alienações só serão contratadas mediante processo de licitação. Mencione-se, outrossim, o artigo 170, que trata da coexistência de proteção do interesse econômico individual e do interesse público: de um lado a previsão relativa à propriedade privada, à livre concorrência, à livre iniciativa; de outro a justiça social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, e a redução das desigualdades sociais e regionais. A supremacia do interesse público é condição do próprio interesse individual e até mesmo atua como protetor dos direitos fundamentais do homem. Esse princípio deve ser entendido como aquele que a priori confere uma superioridade, não apenas com o fim de realização das razões de Estado, mas, acima de tudo, para a satisfação dos direitos e garantias fundamentais, inseridos na ordem constitucional e destinado a alcançar, como fim último, o “bem de todos”, como expressa o artigo 3º da Carta Magna.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 570.

No mesmo sentido, confira-se Pedro Paulo Cristóforo<sup>6</sup>, que entende que o Estado, ao contratar como “destinatário final” o fornecimento de bens ou serviços, o faz por normas próprias de direito administrativo, as quais lhe outorgam proteção específica. Jamais será o Estado consumidor colocado sob a proteção da Lei nº 8.078/90, pois essa proteção certamente o desfavoreceria e limitaria o poder de autotutelar seus interesses.

Caio Tácito, citado por Leon Frejda Szklarowsky em texto que **discorre sobre o tema**, assevera que os órgãos públicos são verdadeiros fornecedores ou consumidores intermediários porque se utilizam de bens ou serviços como instrumentos de execução de seus serviços e, portanto, devem ser excluídos do conceito padrão de consumidor.<sup>7</sup>

Verifica-se nesses posicionamentos que os juristas fundamentam-se no fato de que a Administração Pública, ao celebrar seus contratos, encontra-se em posição de supremacia que não se coaduna com o sistema de tutela trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, em favor da parte mais fraca na relação, que tem a condição de vulnerabilidade.

Na jurisprudência há precedentes que acompanham essa linha.

À guisa de exemplo, mencione-se o REsp nº 527.137/PR<sup>8</sup>, cujo relator entendeu que, por força do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, 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 de Licitações, atualmente a Lei nº 8.666/93, mesmo se tratando de empresa pública que explora atividade econômica, como é o caso dos Correios. A natureza do contrato discutido é de direito administrativo, não de direito privado, e tampouco de relação de consumo.

Do mesmo modo, na Apelação Cível nº 2007.001.54374, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>9</sup> negou provimento aos re-

6 CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Limites do campo de incidência da Lei nº 8.078, de 11.09.90: o Código de Defesa do Consumidor e os investidores ou poupadores. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, n. 323, p. 132, jul./set. 1993.

7 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica (NDJ), v. 12, n. 8, p. 377, ago. 1999.

8 STJ – REsp n. 527.137/PR (2003/0047959-4), 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.05.2004.

9 TJRJ – AC n. 2007.001.54374, 4ª Câ. Cível, rel. Juiz Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j. 08.01.2008.

cursos, ao entender que a Administração, quando contrata, não é parte vulnerável da relação estabelecida, mas ao contrário, o faz com supremacia, considerando o interesse público. Assim sendo, não havendo vulnerabilidade, não se podem aplicar as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda nessa linha, o REsp nº 913.711/SP<sup>10</sup>, que rejeitou ação revisional ajuizada por município, entendendo que para enquadrar o Poder Público municipal no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, deveria ser mitigado o conceito finalista de consumidor nos casos de vulnerabilidade e o município não poderia no caso ser considerado propriamente o destinatário final do serviço de energia elétrica, pois a energia adquirida se justifica para satisfação do interesse público e à prestação de serviços à população, e não se extraía do caso a vulnerabilidade do ente público.

As decisões mencionadas acentuam que à Administração Pública, por ter prerrogativas decorrentes do princípio da supremacia, é conferido o privilégio de um regime jurídico próprio e autônomo o suficiente para estabelecer prévia e unilateralmente as condições nas quais deseja contratar, cabendo ao fornecedor adequar-se às normas de direito administrativo.

Em sentido oposto, muitos doutrinadores entendem que o Estado pode ser considerado consumidor, obtendo a tutela da legislação consumerista.

Para eles, o *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não estabelece qualquer distinção, quando faz referência à pessoa jurídica como consumidora e, dessa forma, cabe a máxima de que quando a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Assim sendo, não pode ser afastada do conceito a pessoa jurídica de direito público.

Segundo os doutrinadores, outros argumentos reforçam tal assertiva. Destacam que o *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.666/93<sup>11</sup> determina

10 STJ – REsp n. 913.711/SP (2006/0284031-0), 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.08.2008.

11 “Art. 54 - Os contratos administrativos 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.”

que os contratos administrativos sejam regidos pelos preceitos de direito público, mas o mesmo dispositivo admite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações em que o Estado esteja na condição de consumidor. Sustentam também que mesmo nas relações regidas pelo direito público, há a vulnerabilidade técnica dos servidores da Administração Pública, em relação ao conhecimento e *expertise* do fornecedor.

Entre os que têm essa visão, destaque-se Leon Frejda Szklarowsky<sup>12</sup>, para quem não se pode recusar à Administração, quando adquira bens ou utiliza serviços como destinatária final, a proteção especial do Código de Defesa do Consumidor, sob a alegação de que os contratos administrativos estão sujeitos a um regime jurídico específico, pois “basta co-tejarem-se os dois diplomas legislativos, para se concluir que nem todas as situações previstas no Código estão relacionadas na Lei de Licitações e Contratos e vice-versa” e acrescenta que o artigo 54 da Lei nº 8666/93 indica expressamente 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, numa harmônica constelação”. Pondera o advogado que “a lei não faz distinção entre as pessoas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.”

Maria Helena Pessoa Pimentel<sup>13</sup> assinala que, dependendo da situação e circunstâncias do caso concreto, a Administração poderá ser considerada vulnerável quando adquirir produtos ou utilizar serviços na qualidade de destinatário final, merecendo, portanto, a tutela jurídica da Lei nº 8.078/90. E argumenta que se a finalidade da Administração é o interesse público, em nome dele é que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado, de forma subsidiária, aos contratos administrativos, nas situações em que esteja configurada a vulnerabilidade do ente contratante.

---

12 SZKLAROWSKY, Leon Frejda, O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos, cit., p. 377.

13 PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. A administração pública como consumidora nas relações de consumo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica (NDJ), v. 17, nº 4, p. 280, abr. 2001.

Fábio Ulhôa Coelho<sup>14</sup> leciona que para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na tutela dos interesses do Poder Público adquirente de bens ou serviços no mercado de consumo, o sentido econômico do ato administrativo de aquisição deve ser o de destinatário final. Acrescenta que a necessidade justificadora da aquisição deve estar relacionada com a utilização do bem ou serviço por servidores públicos, no exercício de suas competências funcionais, podendo, daí, admitir-se o Estado como consumidor.

Fábio Konder Comparato<sup>15</sup> há muito reconhece a importância do Estado como consumidor, ao argumentar que “a rigor, todos somos consumidores; o próprio Estado é consumidor e dos mais importantes”. E tal afirmação decorre do fato que na arbitragem de conflitos entre produtor *versus* consumidor e capital *versus* trabalho, nem sempre se pode deparar com uma nítida distinção entre “fracos” e “poderosos” em campos opostos.

São ainda partidários dessa tese, de o Estado ser considerado consumidor, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes<sup>16</sup> e Jatir Batista da Cunha<sup>17</sup>. Para o primeiro, a Administração Pública pode invocar preceitos da Lei nº 8.078/90 sempre que se sentir prejudicada por fornecedor ou prestador de serviços. Para o segundo autor, são aplicáveis as disposições da Lei nº 8.078/90 em caráter subsidiário, desde que o órgão ou entidade pública esteja em condições de vulnerabilidade técnica, adquirindo o produto ou serviço na condição de destinatário final, ou seja, para o atendimento de uma necessidade própria, e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial.

14 COELHO, Fábio Ulhôa. A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), nº 1, p. 101, 1995.

15 COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, nº 77, p. 28, jan./mar. 2011.

16 FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 74.

17 CUNHA, Jatir Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, nº 87, p. 30-34, jan./mar. 2001.



Essas são, portanto, as principais posições doutrinárias encontradas acerca da possibilidade de aplicação dos dispositivos da Lei nº 8.078/90 aos contratos firmados pelo Estado, figurando este na qualidade de consumidor.

Pelas balizadas opiniões citadas, resta claro que não se pode afastar a aplicabilidade do microsistema de tutela de proteção ao consumidor ao Estado, quando este adquire bens e/ou contrata a prestação de serviços na condição de destinatária final.

Ponderam os defensores dessa tese que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos admite expressamente, no artigo 54, a aplicação subsidiária dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. E asseveram que a supremacia contratual não se confunde com a superioridade técnica do fornecedor, assim como as cláusulas exorbitantes existentes nos contratos administrativos, decorrentes das prerrogativas conferidas ao poder público, não têm qualquer relação com o domínio que o fornecedor detém das regras técnicas das características, componentes e riscos dos produtos e serviços que coloca no mercado de consumo.

Na jurisprudência, há escassez de decisões que tratem do mérito favoravelmente à tese de permissibilidade de aplicação da Lei nº 8.078/90 aos contratos firmados pela pessoa jurídica de direito público.

Grande parte das decisões do Poder Judiciário cuida do tema sob o aspecto do Poder Público como usuário de serviço público nos casos de luz, água, esgoto, etc. Já a maioria dos julgados que discutem as questões contratuais foi prolatada pelos Tribunais de Contas federal e estadual.

Relativamente às decisões mencionadas, cite-se a proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, referente à solicitação feita pela União Federal de condenação das empresas ACJ Informática Ltda. e Xerox do Brasil Ltda. A autora pretendia a substituição das máquinas fornecidas, que seriam defeituosas, ou, alternativamente, a restituição dos valores recebidos, tendo em vista contrato administrativo firmado pela primeira com o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, em Florianópolis-SC, para fornecimento de equipamentos de informática, provenientes da segunda ré. Nesse acórdão, merece destaque a transcrição de trecho da sentença de primeira instância, que foi mantida pela relatora, na qual é mencionada a aplicação subsidiária do Código de De-

fesa do Consumidor ao contrato administrativo firmado entre as partes, pois, segundo ali consta, a Administração não deixa de se enquadrar no conceito de consumidora, pelo fato de se tratar de uma relação regida também pela Lei de Licitações.<sup>18</sup>

Igual pensamento encontra-se em decisões do Tribunal de Contas da União. Cite-se no presente a representação com medida cautelar proposta pela empresa Redecomm Informática Ltda., em face de possíveis irregularidades cometidas na condução do pregão eletrônico promovido pelo Banco Central do Brasil, que tinha por objeto registro de preços de seleção de rede local sem fio. O relator, Ministro Valmir Campelo, em seu voto, transcreve trechos de outros acórdãos proferidos pela mesma Corte, nos quais fica assente que a legislação consumerista é aplicável à Administração Pública, enquanto consumidora de bens e serviços, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, ao definir consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire bens e serviços como destinatário final, não fez qualquer distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços<sup>19</sup>. Aquela Corte, inclusive em muito dos julgados<sup>20</sup>, respalda os votos de seus ministros nos ensina-

18 Excerto do voto da relatora: “Pois bem. Da relação contratual havida entre a União e a ACJ Informática, fica bem claro que são aplicáveis os dispositivos da Lei nº 8.666/93, bem como as respectivas cláusulas contratuais. Aplicam-se, entre eles, subsidiariamente, os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, pois a Administração não deixa de se enquadrar no conceito de consumidora, pelo simples fato de se tratar de uma relação também regulada pela Lei de Licitações” (TRF-4ª Região - AC n. 2003.72.00.015376-6/SC, rel. Marga Inge Barth Tessler, j. 30.10.2010). A ementa do acórdão é a seguinte: “Direito Administrativo. Reparação de danos. Contrato. Equipamentos de informática. Garantia expirada. Defeito de fabricação. Ausência de provas. Improcedência.”

19 Ao mencionar a desnecessidade de constar do edital de licitação exigência como condição de habilitação de declaração de solidariedade do fabricante do produto, o relator salienta que a lei já determina sua exigência e destaca em seu voto, embasado em outro julgado da Corte: “Primeiramente, visto que a unidade alegou encontrar respaldo legal para tal exigência no CDC, mister se faz esclarecer que essa Lei (8.078/1990) é aplicável à Administração Pública enquanto consumidora de bens e serviços. Isso porque, ao definir, em seu art. 2º, consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, não fez nenhuma exceção, devendo, portanto, a Administração Pública se utilizar de todos os direitos ali estabelecidos, na condição de consumidora.” (TCU - Proc. TC015.773/2008-7, Acórdão nº 1.729/2008, Plenário, rel. Valmir Campelo, j. 20.08.2008).

20 Acórdão TCU nº 634/96, Plenário, rel. Min. Homero Santo; Acórdão TCU nº 1.045/2000, Plenário, rel. Min. Adylson Motta; Acórdão TCU nº 1.670/2003, Plenário, rel. Min. Lincoln Magalhães da Costa; Acórdão TCU nº 3/2006, rel. Min. Marcos Vinicius Villaça; Acórdão TCU nº 5.736/2011, 1ª Câmara, rel. Ministro Weder de Oliveira.

mentos de Leon Frejda Szklarowsky, anteriormente mencionado, como favorável a essa tese.

Destaquem-se, ainda, outros julgados que entendem ser a Administração Pública usuária de serviços públicos e considerada consumidora.

No REsp nº 807.977-RN<sup>21</sup>, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou questão de corte de fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento por determinada Câmara Municipal, e o entendimento é que mesmo quando o consumidor seja pessoa jurídica de direito público, é possível o corte de energia, preservando-se apenas as unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível.

Hipótese análoga, em que o consumidor e usuário é pessoa jurídica de direito público, é encontrada no AgR REsp nº 1.142.903/AL, em cujo julgado prevalece a tese de que, no caso de inadimplência de pessoa jurídica de direito público, é inviável a interrupção indiscriminada do fornecimento de energia elétrica, preservando-se as unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível, como hospitais, prontos-socorros, escolas, creches, serviços de segurança e mercados municipais.<sup>22</sup>

Igual teor, referente à pessoa jurídica de direito público ser enquadrada no *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor e

---

21 “Administrativo. Fornecimento de Energia Elétrica. Falta de Pagamento. Corte. Câmara Municipal como Consumidora. 1. A Primeira Seção já formulou entendimento uniforme, no sentido de que o não pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento. 2. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível. 3. Recurso especial provido.” (STJ – REsp n. 807.977/RN, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.06.2006).

22 “Administrativo. Energia Elétrica. Interrupção de Fornecimento. Pessoa Jurídica de Direito Público. Interesse da Coletividade. Preservação de Serviços Essenciais. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos de inadimplência de pessoa jurídica de direito público, é inviável a interrupção indiscriminada do fornecimento de energia elétrica. 2. Não há que se proceder à suspensão da energia elétrica em locais como hospitais, escolas, mercados municipais, bem como em outras unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível, porquanto existem outros meios jurídicos legais para buscar a tutela jurisdicional, como a ação de cobrança. 3. *In casu*, o Tribunal *a quo* salientou que na Municipalidade, ‘dada a precariedade de suas instalações, em um único prédio, funcionam várias Secretarias e até mesmo escolas’, a suspensão do fornecimento de energia iria de encontro ao interesse da coletividade. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgR REsp n. 1.142.903/AL, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 28.09.2010).

usuária, é encontrado ainda em muitos outros julgados do Superior Tribunal de Justiça.<sup>23</sup>

Postas as duas posições existentes relativamente à pessoa jurídica de direito público como consumidora, entende-se que a corrente mais adequada, sem dúvida, é a que lhe estende a proteção legal trazida pela Lei nº 8.078/90, uma vez que oferece fundamentos jurídicos para sua admissão como destinatária final e conseqüentemente como consumidora, em consonância com o previsto na Constituição Federal, que admite a proteção legal de todo consumidor, sem exclusão de quem quer que seja.

## **2.2 A aplicabilidade do princípio da vulnerabilidade à Administração Pública**

A relação jurídica qualificada por ser de “consumo” se caracteriza não pela presença de uma pessoa física ou jurídica em seus polos, mas sim pela existência de uma parte vulnerável de um lado (consumidor) e, de outro, aquele que exerce uma atividade com caráter profissional, comercial ou industrial (fornecedor). Isso porque é da essência do Código de Defesa do Consumidor o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio motor da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, I).

Em relação a esse componente, inclusive, não se pode esquecer que a vulnerabilidade não se define apenas pela capacidade econômica ou pelo nível de cultura do consumidor. Mesmo estando muitas vezes presentes esses elementos, o adquirente de bens ou serviços pode ser ainda vulnerável pela sua necessidade de obter o bem ou serviço, pela dependência ao produto, pelo monopólio da produção do bem, pela assimetria de informação e pela natureza adesiva do contrato imposto, entre outros fatores.<sup>24</sup>

23 STJ: REsp n. 791.713/RN, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 01.02.2006; REsp nº 721.119/RS, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.04.2006; REsp n. 594.095/MG, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.03.2007; EREsp n. 845.982/RJ, 1ª Sessão, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.06.2009.

24 Nesse sentido o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi como relatora (STJ – REsp n. 476.428, 3ª Turma, j. 19.04.2005).

Por ser norma de ordem pública, o Código de Defesa do Consumidor procura trazer em seu conteúdo uma nova concepção de equilíbrio mínimo nas relações contratuais, de forma que o mercado seja concebido de maneira segura, no qual haja entre as partes (consumidor e fornecedor) relações leais e harmônicas.

É nesse cenário que se pretende também verificar a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser considerada vulnerável nas suas contratações e valer-se das garantias conferidas pela legislação consumerista, reforçando-se a tese de ser qualificada consumidora.

O Estado, para o exercício de suas atividades, desenvolve diversas relações contratuais, como se particular fosse, ao adquirir bens e contratar toda ordem de serviços.

A expressão contrato da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pelo Estado, seja sob o regime de direito público, seja sob o regime de direito privado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>25</sup> define a expressão contrato administrativo para designar os “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para consecução de fins públicos, segundo regime de direito público”.

A autora ensina que os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades:

1. os *contratos de direito privado*, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas;
2. os *contratos administrativos*, dentre os quais incluem-se:
  - a) os *tipicamente administrativos*, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público;
  - b) os *que têm paralelo no direito privado*, mas também são regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada.<sup>26</sup> (grifos da autora)

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 259.

26 *Ibidem*, p. 264.

Assim, ainda no entender dessa administrativista, quando a Administração celebra contrato cujo objeto apenas indireta ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral, o ente público pode se submeter ao direito privado, como seria o caso de compra de materiais de escritório ou necessários ao aparelhamento da máquina pública, para contratar seguro dos veículos oficiais, para alugar um imóvel para a instalação de repartição pública, enfim, para se equipar dos instrumentos necessários à realização da atividade principal, esta sim é regida pelo direito público.<sup>27</sup>

Nessas hipóteses, em que o próprio direito administrativo reconhece que a Administração pode firmar contratos com características de direito privado, situando-se no mesmo plano jurídico da outra parte, pode-se verificar a possibilidade de ser encontrada uma situação fática de desigualdade e, portanto, serem plenamente aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Em adição a essa possibilidade, entende-se que, ainda que se diga que a Administração seja dotada de prerrogativas – decorrentes do princípio da supremacia – que lhe conferem o privilégio de um regime jurídico próprio para derrogar normas de direito privado, o regime administrativo não torna inviável o reconhecimento de uma situação de desvantagem para o Estado em face dos fornecedores com que trava relações.

Ainda que o fato de consumir, no âmbito do Poder Público, seja resultado de um processo objetivamente orientado, denominado licitação – que se aplica tanto às compras quanto à contratação de serviços e obras (art. 37, XXI, da CF<sup>28</sup>), e no qual a Administração tenha a possibilidade de definir no edital<sup>29</sup> o objeto da licitação e as regras para a contratação, visando ao melhor atendimento do interesse público, essas

---

27 Ibidem, p. 266.

28 “Art. 37 – [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

29 Edital é o instrumento de convocação e regulação específica da licitação, no qual se encerram as condições do negócio a ser futuramente firmado.

condições não refutam a situação fática de que os bens e os serviços a serem adquiridos sejam aqueles que se encontram no mercado de consumo à disposição de qualquer consumidor.

Portanto, as características desses bens e serviços são aquelas usuais estabelecidas pelos fornecedores, pois se fossem diferentes do mercado, haveria a possibilidade de a licitação se tornar fracassada<sup>30</sup>, uma vez que não haveria fornecedor para tal bem ou serviço. Logo, pela razão de os bens e serviços serem definidos pela Administração no edital do certame licitatório não os torna diferentes daqueles que são solicitados pela iniciativa privada, e nem por isso torna o Estado um contratante privilegiado, pois o mercado é o mesmo.

Desse modo, é perfeitamente viável que o ente público possa se valer das regras protetoras da Lei nº 8.078/90, pois o artigo 54 da Lei nº 8.666/93 lhe dá tal respaldo.

Outro aspecto a ser pensado, ainda em relação à vulnerabilidade técnica e informacional da pessoa jurídica de direito público, consiste no fato de que a Administração adquire bens das mais variadas espécies, indo desde a compra de lápis para uso interno nas repartições, até a eventual compra de aviões caças, como pretendido para renovação da frota pelo Poder Público federal, cuja tecnologia é detida pelo país fabricante. O mesmo entendimento vale para os serviços que igualmente abrangem natureza distinta, indo desde os mais simples, como os de faxina, aos mais sofisticados tecnologicamente, como exames periciais de última geração referentes à leitura de cena de crime em 3-D.

Verifica-se que o ente público quando contrata o faz por intermédio de servidores, que na maioria das vezes não possuem preparo e conhecimento técnico suficientes para poder exigir dos fornecedores os produtos e serviços, dentre os existentes no mercado de consumo, que melhor atendam às necessidades da Administração Pública. Ainda, os servidores encontram-se amarrados às verbas orçamentárias e à rotina burocrática não tendo como acompanhar o acelerado avanço tecnológico e de inovações que ocorre no mercado de consumo. Existem entraves para um

---

30 Diz-se que a licitação é fracassada quando nenhum dos interessados no certame é selecionado, em decorrência de sua inabilitação ou desclassificação.

constante aperfeiçoamento e treinamento desses servidores, que, assim, ficam subordinados ao poder de controle dos fornecedores.

Nesse sentido alguns exemplos específicos podem ser mencionados para caracterizar a vulnerabilidade técnica do Estado consumidor em relação ao fornecedor, que lhe confere, inclusive, a possibilidade de se valer do direito básico trazido pelo inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.<sup>31</sup>

Cite-se o caso da empresa fornecedora de alimentação de merenda escolar. Se, por um acaso, após consumirem uma refeição fornecida, todas as crianças de uma determinada escola municipal forem acometidas de uma intoxicação alimentar, é de se presumir que a causa tenha sido a alimentação fornecida.

É muito raro em pequenos municípios haver em cada escola pública nutricionistas ou especialista para averiguar a qualidade da alimentação fornecida. Daí se pode vislumbrar a vulnerabilidade informativa e técnica a que o ente público fica exposto nas práticas do mercado.

Cabe à empresa fornecedora evitar a incidência do defeito, uma vez que é dever legal de todo responsável pela introdução do produto no mercado de consumo zelar pela segurança daquilo que oferece. É sua a responsabilidade, e não do ente público, pela manifesta inadequação do produto fornecido, decorrendo daí a responsabilidade contratual da empresa, tanto na esfera do direito administrativo quanto no direito do consumidor (art. 12, *caput*, do CDC<sup>32</sup>).

No caso exemplificado, cabe à fornecedora provar que a causa não foi provocada pelo alimento fornecido, competindo ao ente público, em razão de sua vulnerabilidade frente à prestadora do serviço, requerer na esfera judicial, a par da imposição das devidas sanções administrativas,

---

31 “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 do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

32 “Art. 12 - 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.”



a utilização da regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). Assim, caberá à empresa fornecedora demonstrar que o alimento não foi a causa da intoxicação, desonerando dessa forma os cofres públicos de uma prova pericial custosa, bem como do pagamento de indenizações às vítimas.

O mesmo raciocínio pode ser usado no caso de fornecimento de refeição a presos recolhidos em cadeias públicas, no caso de ser encontrada na alimentação fornecida por empresa contratada pela Administração algum corpo estranho, que não alimento, caracterizando-se, assim, a responsabilidade da empresa fornecedora, à luz do *caput* e do inciso II, § 6º, do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor<sup>33</sup>, cabendo, da mesma forma, a inversão do ônus da prova.

Outro exemplo pode ser dado no caso de equipamentos de alta tecnologia, como os aparelhos de mensuração em cenas de crime para a perícia técnica. Como compelir o Poder Público, por meio de seus servidores, que não têm conhecimentos tecnológicos referentes a esses bens, detidos pelo fornecedor, a prova de que um eventual erro no resultado da perícia ocorreu por má fabricação do produto? É impossível a Administração dispor de um técnico especializado para cada equipamento que utiliza. Configura-se, em consequência da vulnerabilidade cognitiva, um desequilíbrio claro do ente público frente ao fabricante do produto.

Confirma-se que a vulnerabilidade técnica não se apresenta apenas no consumidor desprovido de recursos econômicos. Acontece com relativa frequência de a Administração Pública, por meio de seus representantes e servidores, concluir um determinado negócio fora de sua área de atuação, em que nitidamente se revela a sua fragilidade no plano técnico.

---

33 “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. [...] § 6º - São impróprios ao uso e consumo: [...] II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;”

Outra situação em que também se pode destacar a vulnerabilidade cognitiva do ente público é aquela na qual se encontra quando celebra contrato de seguro para os veículos que compõem sua frota, ou mesmo no caso de seguro de vida para policiais civis e militares, como existe no Estado de São Paulo, por exemplo, contratos considerados típicos de adesão, cuja definição se encontra no *caput* do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>34</sup>

Esse contrato, qualificado como contrato de massa, rege-se predominantemente por normas do direito privado, cujas cláusulas são fixadas pelo prestador de serviços, a seguradora, devendo o ente público a elas aderir, sob pena de o contrato não se efetivar. Ainda que nesse contrato alguma cláusula seja estabelecida pelo Poder Público, não há a descaracterização de sua natureza de direito privado, restando clara a posição de vulnerabilidade da Administração Pública, não parecendo razoável cogitar-se da não incidência das normas da Lei nº 8.078/90.

Nesse particular, a celebração de contrato de adesão entre a pessoa jurídica (no caso de direito público) e a pessoa jurídica fornecedora fica, como já salientado, patente o desequilíbrio contratual. É fato que este nasce por força do dirigismo econômico e concentração de grandes empresas, em especial no campo de seguros e de financiamentos bancários, em que a participação volitiva do consumidor é “reduzida à aceitação global de seu contexto, previamente definido e impresso, em modelos estandarizados em cláusulas dispostas pelos fornecedores”.<sup>35</sup>

Conclui-se que o Estado, apesar de sua supremacia jurídica, pode em algumas situações tornar-se vulnerável tecnicamente, em decorrência de diversos novos paradigmas advindos da globalização e da evolução tecnológica, merecendo estar sob a égide, ainda que de forma subsidiária, do sistema jurídico de tutela que é proporcionado pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente da modalidade de contrato por ele celebrado com outras pessoas jurídicas.

34 “Art. 54 - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

35 BITTAR, Carlos Alberto, *Direitos do consumidor*: Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), cit., p. 62.

### 3. Diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos

A ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras é afastada pela teoria do diálogo das fontes, segundo a qual o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária.

A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques. Esse professor entende que os direitos do homem, as constituições, os sistemas nacionais, as convenções internacionais, enfim, todas essas fontes, não se excluem mutuamente, mas conversam umas com as outras.<sup>36</sup>

A teoria surgiu para fomentar a ideia de que o direito deve ser interpretado como um todo, de forma sistemática e coordenada. Segundo a teoria, uma norma jurídica não exclui a aplicação da outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos para solução dos conflitos de normas (antinomias jurídicas) idealizados por Norberto Bobbio, mas se complementariam.

Segundo Claudia Lima Marques, o diálogo das fontes consiste na aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementar, seja subsidiariamente. Para a autora, o método do diálogo das fontes assegura uma aplicação conjunta das normas a favor da parte mais fraca da relação contratual.<sup>37</sup>

No direito brasileiro, o diálogo das fontes desponta mais forte com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 mediante o exame das relações entre este diploma e o Código de Defesa do Consumidor.

Embora com campo de aplicações diferentes, o Código Civil é norma geral, regula toda relação privada, é um Código para iguais, para relações entre iguais, civis e empresariais. Já o Código de Defesa do Consumidor é um microsistema especial, regula uma relação de consumo entre agentes diferentes da sociedade (um vulnerável – o consumidor – e

---

36 MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.

37 *Ibidem*, p. 29.

um *expert* – o fornecedor). Logo, não há colisão entre estas duas leis, mas, ao contrário, há uma convergência principiológica.

No Código Civil de 2002 foram introduzidos princípios sociais que já se encontravam presentes no Código de Defesa do Consumidor, como o da boa fé objetiva, o da equivalência material e o da função social do contrato, para as relações obrigacionais e contratuais<sup>38</sup>.

Ressalta Cláudia Lima Marques que “a convergência de princípios entre o CDC e o CC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade ou equidade, visam à harmonia nas relações civis em geral e nas de consumo”<sup>39</sup>.

Procurando integrar essas duas fontes, aquela jurista<sup>40</sup> trouxe à reflexão três tipos de “diálogos”, entre eles: a) um diálogo sistemático de coerência, no qual uma lei pode servir de base conceitual para outra; b) um diálogo de complementariedade e subsidiariedade, onde uma lei, através de suas normas, de seus princípios e cláusulas gerais, pode complementar ou subsidiar a aplicação de outra; e c) diálogo de coordenação e adaptação sistemática, no qual poderá haver a redefinição do campo de aplicação de uma lei para a outra, a influência do sistema especial no geral e vice-versa.

Esse método não limita o seu uso apenas entre aqueles diplomas; hoje essa terminologia (diálogo sistemático de coerência, de subsidiariedade e de adaptação) pode ser usada também para o diálogo de diferentes fontes normativas do direito brasileiro.

A jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, ensina ser o diálogo das fontes instrumento de superação das antinomias a favor dos mais fracos; consoante essa teoria, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem a norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), para preservar a coerência do sistema normativo.<sup>41</sup>

38 LÔBO, Paulo. Os novos princípios contratuais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.268/277.

39 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.36

40 MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.cit.,.32

41 STJ – AgR REsp n. 1.196.537/MG, 1ª Turma, rel. Min. Luis Fux, j. 03.02.2011.

O diálogo das fontes, portanto, como método da teoria geral do direito, auxilia o intérprete a aplicar e interpretar a lei no auxílio à tutela ao sujeito vulnerável na relação de consumo, o consumidor do Código de Defesa do Consumidor, segundo Cláudia Lima Marques<sup>42</sup>

Assim, ao invés de se ter apenas um monólogo legal sobre determinada situação, admite-se o diálogo entre normas de campos de aplicação diferentes, buscando-se extrair o fim dessa comunicação entre, por exemplo, normas gerais e especiais.

É essa “conversa” entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.079/90) e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), em prol do Estado consumidor, que se procurará mostrar neste tópico.

Ao introduzir no sistema normativo a Lei nº 8.666/93, o legislador cumpriu o preceito constitucional (art. 37, *caput* e inciso XXI<sup>43</sup>) relativo à contratação mediante processo de licitação pública para a aquisição de bens, serviços e obras pela Administração Pública direta, indireta e fundacional, nas diversas esferas de governo.

Quanto ao procedimento licitatório, a Lei nº 8.666/93, em consonância com a Carta Maior, tem como finalidade: a) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, de forma a resguardar o princípio da indisponibilidade do interesse público; e b) assegurar o princípio da isonomia e impessoalidade, permitindo que todos os interessados participem do certame e que não haja favorecimentos.

No tocante aos contratos, o legislador estabeleceu na Lei de Licitações as chamadas cláusulas exorbitantes, que são as prerrogativas de o ente público alterar e extinguir unilateralmente o contrato, na forma da lei, sem que o particular possa opor sua vontade.

---

42 MARQUES, Cláudia Lima (Coord.), op. cit., p. 60.

43 “Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;”

Em que pese o fato de a referida lei estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, cabe aos entes da Federação (Estados e Municípios) legislar para suplementar a lei federal, de forma a atender à sua peculiaridade (art. 22, XXVII, da CF).

Ocorre que a maioria deles, particularmente os pequenos municípios, ou não legislou e adota a Lei nº 8.666/93 em suas licitações e contratos ou, se criou as suas próprias leis, elas reproduziram na íntegra a lei federal.

Assim, como bem conclui Maria Helena Pessoa Pimentel<sup>44</sup>, tanto os municípios do Sudeste e Sul do País, como os pequenos no interior do Norte e Nordeste brasileiro, estão sujeitos às normas gerais preconizadas naquela legislação para as aquisições de bens, serviços e obras. E acrescenta a Procuradora que todos esses municípios poderão ter as mesmas dificuldades para renovar a frota de veículos, para implantar serviços de informática, adquirir equipamentos médicos de alta tecnologia, em função da ausência de conhecimentos necessários e informações eficientes sobre bens e serviços colocados no mercado de consumo.

Na realidade, o ente público, para adquirir um produto ou serviço, está obrigado a promover um certame licitatório, cabendo prever em seu edital e no contrato respectivo todas as características do objeto, sob pena de nulidade da licitação.

Ocorre que, diferentemente da Lei nº 8.078/90, na Lei nº 8.666/93 não se veem as consequências práticas das responsabilidades por vícios e defeitos de produtos e serviços adquiridos pela Administração, além da inexecução total ou parcial do contrato.

Aquele que fornece bens ou serviços ao Poder Público muitas vezes deixa de cumprir as obrigações pactuadas no contrato, por saber que a única consequência de seu inadimplemento será a aplicação de uma sanção prevista no edital e no termo de ajuste, como advertência ou multa, sem grandes reflexos em sua atividade empresarial. Essas penalidades não lhe trarão maiores prejuízos, pois dificilmente chegarão ao conhecimento dos demais consumidores as suas práticas de mau fornecedor.<sup>45</sup>

44 PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. *A pessoa jurídica de direito público como consumidora nas relações de consumo*. (Monografia) - Programa de Extensão Universitária da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999. p. 26.

45 PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. *A pessoa jurídica de direito público como consumidora nas relações de consumo*, cit., p. 28.

Assim, o argumento de que os contratos administrativos estão totalmente regrados pela Lei de Licitações não pode ser aceito, pois o ente público pode se ver frente a situações que não se encontram devidamente disciplinadas por essa norma, o que daria margem à aplicação do chamado diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor.

As Leis n.ºs. 8.078/90 e 8.666/93 não são incompatíveis e podem ser harmonicamente aplicáveis<sup>46</sup>, com o objetivo de ser alcançado o fim almejado pela Administração, que é o interesse público.

Uma primeira situação em que a “conversa” entre as duas normas poderia ocorrer seria a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à questão dos vícios do fornecimento, que não é prevista na Lei de Licitações e, em decorrência, não é estipulada nos contratos administrativos. Em seus artigos 77<sup>47</sup> e 78, inciso II<sup>48</sup>, limitou-se a prever apenas a rescisão do contrato.

Para essa hipótese de aquisição viciada, a legislação consumerista é muito mais ampla do que a previsão da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

No caso de o Poder Público constatar impropriedades em produtos ou serviços adquiridos para utilização da máquina estatal, poderia, diante desse vício de fornecimento, se valer do diálogo das fontes, aplicando o Código de Defesa do Consumidor para: a) a rescisão do contrato, com a devolução das importâncias pagas devidamente atualizadas (ação redibitória); b) redução proporcional do preço (ação estimatória); c) eliminação do vício, se necessário, para substituição do produto ou reexecução do serviço (ação executória específica).<sup>49</sup>

Portanto, em caso de vício, ao invés de a Administração Pública ter a possibilidade de apenas rescindir o contrato e realizar novo certame licitatório, o que poderia redundar em atraso na utilização de bens e

---

46 *Ibidem*, p. 29.

47 “Art. 77 - A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.”

48 “Art. 78 - Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;”

49 COELHO, Fábio Ulhôa, *A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços*, cit., p. 106.

serviços, e eventual comprometimento da verba orçamentária, poderia se valer das demais alternativas que lhe fornece o Código de Defesa do Consumidor (art. 18<sup>50</sup>).

Logo, verifica-se que a solução apresentada pela Lei nº 8.666/93 para a hipótese de aquisição no mercado consumidor mediante procedimento licitatório é insuficiente para o Poder Público obter uma tutela mais abrangente, mas, ao se valer das possibilidades ofertadas pela Lei nº 8.078/90, a Administração Pública ampliaria seu campo de ação contra o fornecedor contratado.

Uma segunda situação, em que haveria igualmente a possibilidade de utilizar a teoria de Erik Jayme seriam os casos de aquisição de produto perecível pela Administração Pública em que haja ocorrido vício do produto adquirido de empresa distribuidora.

O artigo 15, inciso III, da Lei nº 8.666/93 é claro quando aduz que as compras efetuadas pela Administração, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado. E, além desse dispositivo, o artigo 54 da mesma Lei determina que os contratos administrativos devem ser regulados por suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

O Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 7º, parágrafo único<sup>51</sup>, e 18, *caput*, é claro ao estabelecer responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor de produtos, o que torna possível ao Poder Público, no caso de não ter sido exigido, no edital para a habilitação da empresa, carta de solidariedade do fabricante do bem, intentar as medidas contra

50 “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. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; “III - o abatimento proporcional do preço.”

51 “Art. 7º - [...] Parágrafo único - Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”



todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciaram a colocação do produto no mercado, e não apenas a empresa contratada.

Como a responsabilidade é solidária e objetiva para o Código de Defesa do Consumidor, o Estado como consumidor, valendo-se do diálogo das fontes, poderia acionar a fornecedora, a fabricante, ou ambas.

Verifica-se com esse exemplo que a norma geral (LLCA) e a lei especial (CDC) não são diplomas antagônicos e podem ser aplicados de forma coordenada, em benefício da Administração Pública.

Uma terceira situação de adequação dos dois tipos de norma seria a possibilidade de o Poder Público, em caso de inexecução parcial do contrato, além de impor sanções previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93<sup>52</sup>, valer-se da Lei Consumerista para incluir o nome do fornecedor no cadastro de maus fornecedores<sup>53</sup>, como os existentes nos Procons. Essa possibilidade seria de grande valia para os pequenos municípios, que muitas vezes não contam com um corpo técnico adequado para tornar efetivas as sanções administrativas a serem impostas.

Uma quarta situação, na qual a Administração Pública poderia se socorrer do Código de Defesa do Consumidor, seria no tocante ao direito relativo à garantia legal ou contratual que subsiste depois de executado o contrato, conforme se depreende das normas contidas na Lei de Licitações – arts. 69 e 73, § 2º<sup>54</sup>. Imagine-se a compra de veícu-

---

52 “Art. 87 - Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”

53 Artigo 44 do Código de Defesa do Consumidor (PIMENTEL, Maria Helena Pessoa, *A pessoa jurídica de direito público como consumidora nas relações de consumo*, cit., p. 29).

54 “Art. 69 - O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados. [...] § 2º - O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.”

los para a sua frota, em que houvesse a entrega dos bens regularmente conforme estipulada no contrato. Esse direito, a garantia do produto, nasceu da avença, mas perdura além da contratação, pelo prazo acordado entre as partes. Poderia a Administração, portanto, em conjunto com esses preceitos da Lei n. 8.666/93 acima citados, valer-se do artigo 50 e de seu parágrafo único da Lei n. 8.078/90<sup>55</sup> porque haveria o diálogo com a aplicação das duas normas ao mesmo caso, complementarmente.

O diálogo das fontes constitui um modo de compreensão do sistema jurídico, por meio do qual a coordenação das variadas fontes normativas permite uma aplicação coerente, simultânea e coordenada das fontes legislativas.

Dessa forma, em razão da vigência simultânea da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e do Código de Defesa do Consumidor, permite-se pensar na realização de uma “conversa” harmônica entre eles, como ferramenta a ser utilizada pela Administração Pública em hipóteses como as acima descritas.

Por meio desse diálogo, poder-se-ia, como dito anteriormente, propor a previsão de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos editais de licitação e conseqüentemente nos respectivos contratos. Seria, como entende Fábio Ulhoa Coelho<sup>56</sup>, um meio de a Administração pleitear em juízo o cumprimento forçado da obrigação nos termos da proposta apresentada no procedimento licitatório, mediante tutela específica (ação estimatória ou executória específica), ou de assegurar um resultado prático equivalente ao seu adimplemento, como previsto nos

---

55 “Art. 50 - A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. Parágrafo único - O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.”

56 COELHO, Fábio Ulhõa, op.cit., p.108

artigos 35<sup>57</sup> e 84<sup>58</sup> daquele diploma, ao invés de apenas circunscrever sua demanda à ação redibitória cumulada com indenização por perdas e danos.

Se o edital e o contrato estabelecessem expressamente essas consequências à inexecução de seu objeto, a Administração poderia exigir do contratado a redução proporcional do preço ou, senão, a superação do vício (se necessário, com a substituição do produto ou reexecução do serviço).

Na sistemática da Lei de Licitações, verifica-se a prévia definição da possibilidade de exercício da ação estimatória ou da executória específica já no edital (artigos 40, § 2º, III<sup>59</sup> e 62, § 1º<sup>60</sup>).

Observe-se que em não existindo, contudo, previsão no edital e na cláusula contratual fundamentando essas ações, o Poder Público, com o objetivo de exercê-las, poderia invocar a legislação consumerista, justamente em razão do caráter supletivo das disposições de direito privado,

---

57 “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

58 “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

59 “Art. 40, § 2º – Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: III – a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;”

60 “Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. § 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

expressamente assentada pelo legislador no referido artigo 54 da Lei de Licitações.

Ainda que se objetasse a esse raciocínio, apontando-se, por exemplo, para a literalidade do artigo 77 da Lei nº 8.666/93, no sentido de inexistir lacuna legal para a hipótese de vício, o contra-argumento viria da insuficiência da interpretação isolada e literal desse dispositivo, recomendando-se uma análise mais sistemática e coerente, que teria êxito justamente através do diálogo das fontes (LLCA e CDC).

Assim, nas hipóteses em que a Lei nº 8.666/93 não trouxer um amparo para o ente público, ante uma situação específica de consumo como destinatário final e dentro do contrato administrativo, poder-se-ia encontrar uma solução estabelecida no CDC, numa resposta harmônica entre as duas normas.

Conclui-se ser a teoria do diálogo das fontes um caminho de que se poderia valer o Estado consumidor para o atendimento do interesse público.

#### **4. Conclusão**

A Lei nº 8.078/90 é aplicável ao Estado, enquanto consumidor de bens e serviços necessários ao exercício de sua atividade e para o aparelhamento da máquina estatal. Isso porque, ao definir consumidor, em seu artigo 2º, o Código de Defesa do Consumidor não faz nenhuma distinção entre as subespécies de pessoa jurídica, podendo, portanto, o ente público utilizar todos os direitos estabelecidos na condição de consumidor.

O Estado desenvolve diversas relações contratuais e, ainda que existam nos contratos por ele celebrados as chamadas cláusulas exorbitantes, que conferem certas prerrogativas à Administração Pública, e as disposições particulares do direito administrativo, elas pouco interferem na vulnerabilidade do Estado e não afastam na relação de consumo o domínio que o fornecedor detém sobre as regras técnicas dos produtos e serviços que coloca no mercado.

O Estado é inegavelmente um consumidor e tão vulnerável como qualquer outro, com a agravante de que a eventual lesão sofrida pela pessoa jurídica de direito público nas relações de consumo será compartilhada por toda a sociedade.

Nos procedimentos licitatórios também há espaço suficiente para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, num verdadeiro diálogo das fontes, o qual permite a aplicação coerente e coordenada das duas fontes normativas, as Leis nºs 8.078/90 e 8.666/93. O diálogo das fontes constitui um modo de compreensão do sistema jurídico, permitindo uma aplicação simultânea das fontes normativas, como alternativa para a forma tradicional de substituição de uma fonte do sistema normativo por outra.

Por esse diálogo, pode se concluir ser razoável a aplicação da Lei Consumerista aos contratos administrativos, em caráter subsidiário e complementar, quando o Estado adquirir produtos ou serviços na condição de destinatário final, para o atendimento de uma necessidade própria, como o aparelhamento dos órgãos estatais, e estiver em posição de vulnerabilidade técnica e informacional perante o fornecedor.

A efetividade desse diálogo poderá ser alcançada se houver uma previsão expressa de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quer no instrumento convocatório do certame para a aquisição de bens e serviços, quer nos contratos dele decorrentes.

O diálogo das fontes é, portanto, um aliado à vulnerabilidade (cognitiva) do Estado, existente por trás de sua supremacia, em suas relações de consumo, tornando real a tutela do Código de Defesa do Consumidor ao ente público. No entanto, essa proteção somente se tornará concreta se houver uma maior conscientização da importância desse diálogo pelos aplicadores do direito que militam na área pública como instrumento adicional para, inclusive, ser alcançado o fim último da Administração, que é o interesse público.

## **Bibliografia**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor* (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990). 5. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), nº 1, p. 95-114, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, nº 77, p. 27-46, jan./mar. 2011.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Limites do campo de incidência da Lei n. 8.078, de 11.09.90: o Código de Defesa do Consumidor e os investidores ou poupadores. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, nº 323, p. 129-135, jul./set. 1993.

CUNHA, Jatir Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, nº 87, p. 30-34, jan./mar. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira da Mello*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LÔBO, Paulo. Os Novos Princípios Contratuais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A Construção dos Novos Direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010 por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. A administração pública como consumidora nas relações de consumo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica (NDJ), v. 17, n° 4, p. 276-282, abr. 2001.

\_\_\_\_\_. *A pessoa jurídica de direito público como consumidora nas relações de consumo*. (Monografia) – Programa de Extensão Universitária da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 1999.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica, v. 12, n° 8, p. 377-380, ago. 1999.

