

Contratos Administrativos: Da supremacia à vulnerabilidade. Uma possibilidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor?

Ivanaldo Soares da Silva Júnior*

I – Considerações Iniciais

Após o surgimento do nosso atual Estado Democrático de Direito, com a promulgação do texto constitucional de 1988, muitas mudanças ocorreram no nosso ordenamento jurídico, mormente com a edição de leis que visavam a adequação da legislação infra-constitucional aos novos princípios constitucionais, como é exemplo o Código de Defesa do Consumidor, uma lei “nova” e “revolucionária”.

Apesar da “novidade” destas leis, em uma análise mais acurada, principalmente sob a ótica do Direito Internacional, percebemos claramente que elas são frutos de um longo processo de negociação política no âmbito internacional, fundamentadas nos tratados, convenções, pactos e declarações firmadas pelos Estados Membros da Organização das Nações Unidas, que posteriormente são incorporados ao ordenamento jurídico interno.

Recentemente, tivemos a Reforma Administrativa, a Reforma do Estado Brasileiro, com a Emenda Constitucional n.º 19/98, que na realidade é fruto de um processo maior em nível universal, denominado de globalização. As idéias básicas da Reforma Administrativa foram traçadas pelo Consenso de

Washington em 1990, que tratou de todas as diretrizes do processo de globalização econômica, sendo um dos seus pontos fundamentais a redefinição do papel do estado, passando de um estado intervencionista, para um estado com feições neo-liberais. Sendo mais um exemplo de uma política local baseada em uma política universal.

Estas considerações são necessárias para podermos delinear o problema a ser abordado que é objeto deste trabalho. Com efeito, o processo de globalização e a universalização dos Direitos Humanos são exemplos de mudanças ocorridas no final do século passado que causaram o surgimento de novos problemas a serem desvendados pelos operadores do direito em todas as áreas, cujas soluções não estão na letra fria da lei e sim após um acurado estudo acerca dos princípios nos quais foram erigidos, tanto o ordenamento jurídico internacional, quanto o ordenamento jurídico interno.

O problema ao qual propomos solucionar mediante a abordagem holística deste trabalho de natureza teórica e descritiva, é o de que podemos entender que a Administração Pública no momento em que adquirir produtos ou serviços como destinatário final, poderá assumir a posição de consumidor em uma relação de consumo.

II - Os Contratos Administrativos. Conceito e Características

Antes de adentrarmos no mérito da questão, faz-se necessária uma abordagem da teoria dos contratos celebrados pela Administração Pública.

Os contratos da Administração Pública ou celebrados pela Administração Pública, segundo a maioria da doutrina, podem ser divididos em duas vertentes básicas: os contratos públicos ou administrativos e os contratos privados ou civis.

Os primeiros recebem esta denominação por estarem presentes todas as características inerentes aos contratos administrativos que veremos logo em seguida. Por outro lado, os contratos da Administração Pública civis são aqueles em que há o predomínio do regime jurídico privado.

Esta classificação não é pacífica existindo vozes na doutrina clamando pela sua inexistência, como é o caso de Lúcia Vale de Figueiredo (1995, p. 329) que “entende que os contratos privados da administração não existem, podendo-se falar, sim, de contratos da Administração Pública, regidos basicamente pelo direito privado, mas sob forte interferência do Direito Público”.

Há também quem alegue a existência de uma terceira classificação que seriam os contratos semi-públicos ou parcialmente de direito privado, pois haveria uma publicização dos contratos de direito privado, tendo em vista que pouco resta ao direito privado, conforme o parágrafo 3º, do art. 62, da Lei 8.666/93. Este é o posicionamento de Carlos Pinto Coelho Motta (1999, p. 497) e Odete Medauar (1998, p. 253).

Partindo-se para uma análise conceitual, podemos observar que na doutrina existem diversas variações do conceito jurídico de contratos administrativos, em princípio, citaremos o de Carlos Pinto Coelho Motta (1999, p. 495), in verbis: “para nós, trata-se de um tipo de ajuste, sujeito a regime jurídico de direito público, que a administração celebra em posição de supremacia, para a consecução de fins de interesse público”.

Temos também o conceito de contratos administrativos enunciado por José Cretella Júnior (1997, p. 331), nos seguintes termos: “acordo de vontades, de que participa o Estado, submetido a regime jurídico de Direito Público, informado por princípios publicísticos e contendo cláusulas ‘exorbitantes’ e ‘derrogatórios’ do direito comum”. Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho (1999, p. 131) argumenta que se trata de um “Ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo Direito Público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.

Por fim, para encerrarmos a abordagem conceitual, citamos Toshio Mukai (1999, p. 507), com um conceito, a nosso sentir, mais completo, sendo o contrato administrativo um:

“ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular”.

No que atine às características do contrato administrativo Carlos Pinto Coelho Motta (1999, p. 495) enumera as seguintes: a) posição de supremacia da administração sobre o particular, que se revela por meio das chamadas cláusulas exorbitantes; b) a sua finalidade pública, que significa dizer que a mesma deve se voltar sempre para o interesse público, sob pena da ocorrência de desvio de poder; c) e a sua forma legal, que se impõe como medida de garantia para o contratado e auxilia a administração no controle da legalidade. Não sendo incluída a mutabilidade no rol das principais características do Contrato Administrativo.

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho (1999, p. 133/135) ao tratar das características dos contratos administrativos aduz que são as seguintes: 1) Relação contratual, que se subdivide em: i) formalismo; ii) comutatividade; iii) intuito personae; iv) bilateralidade; 2) A posição preponderante da administração; 3) sujeito administrativo e o objeto.

Sendo assim, esta é uma rápida sinopse doutrinária acerca do contrato administrativo, quanto ao seu conceito e características, podendo ser afirmada a existência de uma inegável superioridade jurídica no contrato celebrado pelo órgão ou entidade estatal, sempre visando tutelar o interesse público.

III - O Código de Defesa do Consumidor: um sistema de tutela interna advindo de uma política de proteção internacional

O Direito do Consumidor é assegurado pela nossa constituição como um direito e garantia individual, conforme preceitos dos art.5º, inciso XXXII, art. 170, inciso V, e art. 48, de suas regulamentações transitórias, este que estabelecia um prazo de 120 dias, a partir da sua promulgação, para ser elaborado o

Código de Defesa do Consumidor, que só veio ocorrer em 11 de setembro de 1990, com a lei 8.078/90.

Mas será que este sistema de proteção jurídica ao consumidor foi idéia do nosso poder constituinte originário? A resposta é negativa, na verdade, o que houve foi apenas a incorporação no nosso ordenamento jurídico interno de uma série de determinações de tratados, pactos e resoluções advinda do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a celebração dos Pactos Internacionais, em 1966, um sobre Direitos Cíveis e Políticos, e o outro sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formaram a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Este documento internacional ofereceu a base jurídica para a formação de um Direito Humano de proteção do consumidor consubstanciado nos artigos 5º e 10º da Resolução para o desenvolvimento econômico e Social n.º 2542, de 11 de dezembro de 1969, bem como a Resolução n.º 39/248, de 10 de setembro de 1984, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, que estabeleceu Diretrizes para a Proteção do Consumidor ressaltando a importância da participação dos governos na implantação de políticas de defesa do consumidor.

Ademais, na conjuntura mundial, os anos 90 demonstraram a importância da defesa do consumidor em função da grande transformação econômica e tecnológica mundial. A globalização e a informática alcançaram todas as partes do mundo indistintamente, formando uma aldeia global, levando cada vez mais informação sobre movimentos, direitos e acesso a produtos e serviços oferecidos à população. O movimento dos consumidores passou a se difundir em grande escala nos países em desenvolvimento com ênfase aos trabalhos preventivos e educativos, despertando o interesse pelos valores da cidadania.

O que houve na Constituição Federal de 1988 foi apenas o cumprimento por parte do Estado brasileiro de uma série de compromissos internacionais

assumidos anteriormente, culminando com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor – uma expressão jurídica interna de um amplo processo político, social, econômico e cultural em nível global.

Feitas estas considerações preliminares, para efeito do nosso estudo, merece relevo especial, a definição do consumidor, a qual podemos buscá-la a partir de uma análise do seu conceito jurídico insculpido no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, in verbis: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A partir da interpretação deste dispositivo legal, bem como da própria acepção da palavra consumidor, na doutrina temos a formação de três correntes: uma neutra, uma ampla ou maximalista e outra restritiva ou finalista.

Para Antônio Hermen V. Benjamin (1988, p. 72), a corrente neutra utiliza-se de um conceito advindo da economia e da sociologia, entendendo que consumidor seria aquele que consome bens ou frui serviços destinados à satisfação de suas necessidades privadas. Os maximalistas acreditam que consumidor é aquele que usa bem ou frui serviço com o desiderato de satisfazer qualquer necessidade de sobrevivência, fútil, essencial, ou até mesmo que não exista necessidade e sim indução de marketing. Por fim, os minimalistas asseveram que o consumidor é quem se utiliza de bem ou frui serviço imprescindíveis a sua sobrevivência, ou seja, os gêneros de primeira necessidade abarcando o vestuário, o transporte, a saúde, a educação e o lazer.

Por sua vez, Maria Helena Pessoa Pimental (2001, p. 277/278) reconhece a existência apenas das correntes finalistas e maximalistas, aduzindo que para a primeira, o destinatário final é o destinatário fático e econômico do produto ou serviço, ou seja, é a pessoa situada no término da cadeia de consumo e que a encerra para satisfação de uma necessidade própria ou de outrem, não havendo interesse comercial. Já os corifeus da segunda corrente acreditam que o conceito de destinatário final possui uma natureza objetiva, defendendo a sua maior amplitude, sendo irrelevante se a finalidade é lucrativa ou não, em outras palavras, o destinatário final é o destinatário fático do produto ou

serviço, não havendo razão para questionar se o consumidor é profissional ou não.

A vulnerabilidade é uma característica essencial do consumidor, que pode existir de três maneiras: técnica, jurídica e fática.

Segundo Jatir Batista Cunha (2001, p. 32), na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos acerca do objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem e serviços ou quanto à sua utilidade. Já a vulnerabilidade jurídica se consubstancia na falta de conhecimentos e meios jurídicos específicos, bem como na ausência de condições para ter acesso a eles. Por fim, a vulnerabilidade fática ou econômica está relacionada ao fato de que o fornecedor, por sua posição de monopólio, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe a sua superioridade a todos que com ele contratam.

Desta forma, esta é uma rápida exposição acerca da política consumerista, bem como das diversas teorias que procuram explicar os conteúdos do conceito jurídico de consumidor na doutrina, das quais adotamos a teoria finalista.

IV – A Administração Pública Vulnerável, uma possibilidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor?

Para responder a questão suscitada no título, que gera bastante discussão na doutrina, há duas correntes básicas a qual veremos com detalhes.

Na abalizada opinião de Marçal Justen Filho (2000, p. 573/574) não há como pretender que a Administração Pública invoque a aplicação da Lei nº. 8.078/90, de acordo com as suas palavras:

“alguém poderia defender a aplicação subsidiária do regime da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no tocante à responsabilidade por vício do produto ou de serviços. 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 Código de Defesa do Consumidor, estenda toda a matéria subordinada às regras da lei de licitação do ato convocatório e do contrato”.

É neste mesmo sentido a opinião do renomado jurista Caio Tácito citado por Leon Frejda Szklarowski (2001, p. 3), ao asseverar que os consumidores intermediários ou os que se valem de produtos ou serviços, como bens de produção, devem ser excluídos do conceito de consumidor. Deve-se esta opinião, por ele considerar que os órgãos públicos são verdadeiros fornecedores, consumidores intermediários, já que utilizam os bens e serviços como instrumentos de execução de seus serviços, não estão, portanto, sobre a égide da Lei nº. 8.078/90 .

Estes dois renomados autores fundamentam a sua opinião basicamente no fato de que a Administração Pública, ao celebrar os seus contratos, encontra-se em uma posição de supremacia, que por sua vez não se coaduna com um sistema jurídico de tutela típico do Código de Defesa do Consumidor, que exige um prova da vulnerabilidade, conforme a corrente dos finalistas adotada pela maioria da doutrina ao caracterizar o destinatário final.

Em sentido diametralmente oposto, temos a posição de Leon Frejda Szklarowski (2001, p. 4), ao aduzir que:

“não se há de recusar à Administração, quando consumidora ou usuária final, o direito à modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em vista de fatos supervenientes, tornando-as por demais onerosas, nem impedir se valha de outros direitos previstos no Código. (...) a lei especial de proteção ao consumidor não a exclui de sua incidência, pois nenhum dos dispositivos da Lei de Licitações e Contratos lhe fornece direta proteção, quando, na posição de consumidora final ou usuária de

serviços, vê-se prejudicada. O único dispositivo que apresenta certa similitude com as normas do Código é a regra do § 5º do artigo 65 da Lei 8666/93, ao determinar a revisão dos preços contratados, para menos, se houver a extinção ou alteração de tributos ou encargos legais ou ainda pela superveniência de disposições legais, que produzam efetiva repercussão nos preços”.

Em seu escólio Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (1998, p. 31) aduz que a Administração Pública pode a qualquer momento invocar preceitos da Lei nº. 8.078/90 sempre que se sentir prejudicada por fornecedor ou prestador de serviço.

Toshio Mukai citado por Leon Frejda Szklarowski (2001, p. 4), assevera, com muita pertinência, que o Código de Defesa do Consumidor pode e deve ser invocado pelo contratante, uma vez que, ao contratar o fornecimento de bens ou serviços, coloca-se na posição de destinatária final e, portanto, sob a égide protetora da Lei 8.078/1990, não podendo a mesma ser ignorada.

Maria Helena Pessoa Pimentel (2001, p. 280) conclui 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 . Continua sua argumentação ao aduzir que se a finalidade da administração é o interesse público, deve ser em nome deste 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.

Na abalizada opinião de Jatir Batista da Cunha (2001, p. 34), são aplicáveis as disposições da Lei nº. 8.078/90, em caráter subsidiário, desde que atendidas as seguintes condições:

“a) o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos; b) o órgão ou entidade pública estiver 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 comercial”.

Estas são as principais posições na doutrina acerca da possibilidade de aplicação dos dispositivos da Lei nº. 8.078/90 aos contratos celebrados pela Administração Pública, figurando a Administração Pública na qualidade de consumidora.

V – Considerações Finais

Na realidade, é benéfico até para os consumidores genericamente falando, que a Administração Pública seja considerada como tal. Pois, deste modo, ela poderá aplicar sanções que não estão previstas na Lei. 8.666/93, mas são previstas no Código de Defesa do Consumidor, v.g., inclusão do nome do fornecedor no cadastro de maus fornecedores, art. 44, CDC , bem como pleitear ao juiz imposição de contra propaganda, no caso de se verificar que, mediante procedimento licitatório, o fornecedor incorre na prática de publicidade enganosa ou abusiva, art. 56 e 60, CDC . Como podemos ver tratam-se de medidas de extremo interesse público e difuso, beneficiando a todos os consumidores.

Vale salientar, também, que houve a redefinição do papel do Estado, advinda com a Reforma Administrativa, a partir da Emenda Constitucional n.º 19/98, fruto de um processo de globalização econômica que tem por plataforma básica: o neoliberalismo, a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para eliminar o déficit público, a reforma tributária e a abertura ao comércio exterior. Este fenômeno provoca a redução das despesas públicas, afetando diretamente o papel do Estado intervencionista, enquanto implementador de políticas públicas.

Deste modo, podemos asseverar que o princípio da supremacia estatal de certa forma foi mitigado - este que é o principal argumento dos que defendem a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos - a partir da Emenda Constitucional citada, uma vez

que ele existia plenamente à época de um estado do bem estar social, adotado pela Constituição Federal de 1988, o que não ocorre atualmente.

Com a Emenda Constitucional n.º 19/98, temos o surgimento de vários institutos novos de direito administrativo tais como as organizações sociais, os contratos de gestão, as agências reguladoras, as agências executivas e o surgimento do terceiro setor dentre outros . Na verdade há a passagem do Estado burocrático de Max Weber para o Estado gerencial.

Por todos estes motivos que entendemos que a corrente mais consentânea com os princípios do direito brasileiro e do direito internacional, do qual tem origem a tutela aos consumidores, bem como oferece os fundamentos jurídicos necessários ao processo de globalização, é a que admite a Administração Pública como destinatária final, e conseqüentemente como consumidora.

Ao analisarmos o conceito jurídico de consumidor insculpido no art. 2º da Lei nº 8.078/90, nada impede que a Administração Pública seja enquadrada nele, pois trata-se de uma pessoa jurídica de direito público. Não havendo qualquer restrição neste sentido, já que a lei prevê pessoa jurídica em geral.

Deve, porém, está na qualidade de destinatária final, que para a sua qualificação entendemos que deva ser seguida a corrente da teoria finalista, conforme já citado alhures.

Por ser um tema relativamente novo e muito específico, na jurisprudência é difícil encontrarmos decisões que o tratem no mérito.

Contudo, no Tribunal de Contas da União, já houve o enfrentamento desta questão, tendo o entendimento sido o da permissibilidade da aplicação da Lei nº. 8.078/90 aos Contratos Administrativos de forma subsidiária. Foi no processo n.º TC-015.972/1999-2 atinente ao Relatório de Auditoria realizada no Instituto de Pesquisas da Marinha – IPqM, nos dias 29 e 30/11/1999, abrangendo a área de contratos de consultoria e, em especial, o Contrato n.º 470000/96-003/00 celebrado com a empresa IES S. A. Informática e

Engenharia de Sistemas, cujo objeto faz parte de um projeto de grande vulto, chamado de SICONTA – Anel, fruto de uma necessidade de fornecimento de um Sistema de Controle Tático para o navio Aeródromo Ligeiro – Anel, “Minas Gerais”, bem como sistema de apoio em terra para manutenção de “software” e “hardware”, documentação pertinente, cursos de treinamento e sobressalentes.

Portanto, a Administração Pública, apesar de toda a sua supremacia jurídica, pode, em algumas situações, se tornar vulnerável tecnicamente, factualmente e economicamente, principalmente com os diversos novos paradigmas jurídicos, políticos, econômicos e culturais advindos do processo de globalização, merecendo, assim, está sob a égide, de forma subsidiária, de um sistema jurídico de tutela que é proporcionado pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente da modalidade de contrato celebrado pela administração, quer seja os administrativos propriamente ditos, quer seja os contratos privados.

VI – Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994. 345. p

BENJAMIN, Antônio Hermes V. O conceito jurídico de consumidor. In: Revista dos Tribunais n.º 628, fev/1988. p. 69/79.

CUNHA, Eunice Leonel. Aplicabilidade das disposições constantes do código de defesa do consumidor à Administração Pública. In: Boletim de Direito Administrativo. Set/2000. p. 660/665

CUNHA, Jatir Batista da. Aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos. In: Revista do TCU. Jan/mar/2001. p. 30/34

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Dey Rey, 1997. 623 p.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale de. Curso de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 329 p.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 638 p.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000. 735 p.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 845. P

JÚNIOR, José Cretella. Curso de direito administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 658. P

KAUFFMAN, André Gustavo Salvador. Reflexões acerca da definição de consumidor no direito brasileiro.

MEDUAR. Odete (org.). Licitações e contratos administrativos. São Paulo: NDJ, 1998. 237 p.

MEDUAR. Odete. Direito administrativo moderno de acordo com a ec 19/98. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 463 p.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Curso prático de direito administrativo. Belo Horizonte: Dey Rey, 1999. 863 p.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. Belo Horizonte: Dey Rey, 1997. 595 p.

MUKAI, Toshio. Direito administrativo sistematizado. Saraiva: 1999. 558 p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. 712 p.

PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. A administração pública como consumidora nas relações de consumo. In: Boletim de Direito Administrativo. Abr/2001. p. 276/282

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 501 p.

SZKLAROWSKI, Leon Frejda. O código de proteção e defesa do consumidor e os contratos administrativos.

* Acadêmico do décimo per. do Curso de Direito da UFRN e Analista Judiciário

Disponível em:

<http://www.direitovirtual.com.br/artigos.php?details=1&id=97>

Acesso em: 24 mai.2009.