
APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Jatir Batista da Cunha¹

No processo nº TC-015.972/1999-2 do TCU, debateu-se a questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos.

O mencionado processo é 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 nº 47000/96-003/00 celebrado com a empresa IES S.A. Informática e Engenharia de Sistemas, cujo objeto faz parte de um projeto de grande vulto, chamado SICONTA – NaeL, fruto de uma necessidade de fornecimento de um Sistema de Controle Tático para o navio Aeródromo Ligeiro – NaeL “Minas Gerais”, bem como sistemas de apoio em terra para manutenção de software e hardware, documentação pertinente, cursos de treinamento e sobressalentes.

O SICONTA-Nael é um sistema de comando e controle tático de tempo real, capaz de receber informações dos diversos sensores do próprio navio “Minas Gerais” (giro, GPS, radares etc.) e de entidades externas, por meio de enlace automático de dados e de compilação, e apresentá-los em formato gráfico.

O processo licitatório para a contratação da empresa IES S.A. foi conduzido com base no Edital de Licitação nº 065/95, na modalidade de concorrência do tipo “melhor técnica”, tendo saído vencedora do certame a empresa IES S.A. Informática e Engenharia de Sistemas, sendo firmado o Contrato nº 47000/95013/00, no valor de R\$ 2.700.000,00.

Em 26/12/1996, houve um termo aditivo que alterou para 31/12/1997 o prazo do referido contrato. Em decorrência do fato de o IPqM ter incluído a garantia técnica dos serviços prestados no prazo de vigência do contrato, sua duração perfaz um total de seis anos, onze meses e sete dias, infringindo o disposto no artigo 57, inciso II e § 4º, da Lei nº 8.666/93, que restringem a duração dos contratos ao limite de 72 meses.

A 3ª SECEX entendeu que, à luz do disposto no artigo 69 da Lei nº 8.666/93 e, subsidiariamente, no artigo 50 do Código de Defesa do Consumidor, seria desnecessária a inclusão do período de garantia no prazo de vigência do contrato.

A Unidade Técnica propôs, então, que o Tribunal determinasse ao IPqM que providenciasse o imediato encerramento da vigência do contrato nº 470000/96-0300 com a IES S.A. Informática e Engenharia de Sistemas, deixando a garantia do serviço prestado sob a égide do que preceitua o artigo 69, e o § 2º, do artigo 73, todos da Lei nº 8.666/93, ou obtendo junto à IES o termo de garantia, conforme prescreve o artigo 50 e seu parágrafo único, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

¹ Subprocurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU.

Foi solicitada a manifestação do Ministério Público junto ao TCU a respeito da matéria.

O foco do pronunciamento foi a questão da aplicabilidade ou não, ainda que subsidiariamente, do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas de direito administrativo.

Relativamente aos entes públicos, o problema que se levanta é a contradição aparente entre os princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor e os princípios que regem os contratos de direito administrativo.

O Código de Defesa do Consumidor, tratando dos partícipes das relações de consumo, procura tratar desigualmente pessoas desiguais, “levando-se em conta que o consumidor está em situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de bens e serviços” (Filomeno, José Brito. **In: Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 26).

Já os contratos administrativos submetem-se ao regime jurídico administrativo. A expressão regime jurídico administrativo é reservada para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada vertical, na relação jurídico-administrativo (Maria Sylvia Zanella di Pietro).

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 383), o contrato administrativo “é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante do contratante privado”.

Dessarte, nos contratos administrativos, o órgão ou entidade estatal contratante coloca-se, na relação, com inegável superioridade jurídica, sempre como forma de proteger o interesse público.

O artigo 2º da Lei nº 8.078/90 define o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Na definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final.

Segundo Cláudia Lima Marques (Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 141), são comumente identificáveis na doutrina duas correntes básicas acerca da definição do campo de aplicação do Código.

Os finalistas, pioneiros do consumerismo, propõem que se interprete a expressão “destinatário final” de maneira restrita. Segundo essa interpretação teleológica, “não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu” (Cláudia Lima Marques, ob. cit., p. 142).

Para os maximalistas, a definição do artigo 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível. Consideram, portanto, “que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família”.

Segundo Marques, essa bipolarização das opiniões traz a necessidade de que se reflita melhor sobre o tema (ob. cit., fls. 143).

Dois elementos são essenciais para o deslinde da questão. O primeiro diz respeito ao pressuposto inafastável de que, nas relações de consumo, há vulnerabilidade do consumidor, havendo necessidade de atribuir-se-lhe vantagens jurídicas naquela relação de modo a compensar o desequilíbrio imposto por sua hipossuficiência perante o fornecedor. O segundo é relativo ao conceito de consumidor como destinatário final, ou seja, aquele que retira o bem do mercado ao adquirir, aquele que coloca um fim na cadeia de produção.

No que concerne à vulnerabilidade do consumidor, ainda segundo Cláudia Lima Marques (ob. cit., p. 147/148), existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática.

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir o profissional, destinatário final fático do bem.

A vulnerabilidade jurídica é a falta de conhecimentos e meios jurídicos específicos, bem como a ausência de condições para ter acesso a eles. No plano jurídico, “a vulnerabilidade do consumidor manifesta-se na alteração dos mecanismos de formação dos contratos, que deu origem ao aparecimento e consolidação dos contratos de massa” (Amaral Jr. **apud** Cláudia Lima Marques. ob. cit., p. 148). Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, de que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos ou devem poder consultar profissionais especializados antes de obrigar-se.

A vulnerabilidade fática ou econômica relaciona-se ao fato de que o fornecedor, por sua posição de monopólio, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios.

Observa-se, portanto, perfeitamente possível ao órgão ou entidade pública contratante, a despeito de sua supremacia jurídica, presumida por lei, estar numa posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor. Imagine-se, a título de exemplo, a situação de uma pequena autarquia ou de uma pequena prefeitura do interior, ao contratar produtos ou serviços de alta tecnologia, com uma grande empresa multinacional.

Relativamente ao conceito de consumidor, a doutrina e a jurisprudência majoritárias tendem a defini-lo como o destinatário final do produto ou serviço, ou seja, aquele que adquire o produto ou serviço para atender a necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial.

O conceito não abrange, portanto, aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo ao seu cliente, este sim, consumidor final.

“Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica” (Marques, Cláudia Lima, ob. cit., p. 150).

Nesse sentido, parece essencial a José Geraldo Brito Filomeno (ob. cit., p. 30):

“a) se o ‘consumidor/fornecedor’, na hipótese concreta, adquiriu bem de capital ou não;

b) se contratou serviço para satisfazer uma necessidade ou que lhe é imposta por lei ou natureza de seu negócio, principalmente por órgãos públicos”.

E prossegue o autor:

“No primeiro caso, trazemos como exemplo a aquisição de alimentos, preparados ou não, para fornecimento aos operários de uma fábrica ou então a compra de máscaras protetoras contra poeiras tóxicas. No segundo, a contratação de serviços de dedetização de um galpão industrial ou serviços de educação para a creche construída para os filhos dos operários” (ob. cit., p. 30).

“Diferentemente não pode ser considerada consumidora a empresa que adquire máquinas para a fabricação de seus produtos ou mesmo uma copiadora para seu escritório e que venha a apresentar algum vício. Isto porque referidos bens certamente entram na cadeia produtiva e nada têm a ver com o conceito de destinação final” (ob. cit., p. 30).

“Suponha-se, ainda no campo dos exemplos, uma fundação ou associação civil sem fins lucrativos e beneficentes.

Ninguém por certo negará sua condição de consumidoras ao adquirirem produtos defeituosos ou contratarem serviços deficientes” (ob. cit., p. 31).

Com mais razão ainda, o princípio aplica-se aos órgãos e entidades públicas, por natureza não lucrativos, em cuja essência encontra-se o interesse público. A exceção evidentemente está nas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, constituídas na forma do artigo 173 da Constituição.

Por todo o exposto, pode-se concluir que é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, 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 negocial.