

A Nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: O Poder Público Como Consumidor de Bens e Serviços

Fábio Ulhoa Coelho

Livre- Docente, Professor de Direito Comercial e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo e advogado.

1. Introdução

A legislação consumerista brasileira, codificada pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), considera o poder público sob três diferentes perspectivas: como prestador de serviços públicos, como agente tutelar do mercado de consumo e como consumidor, ele próprio, de bens e serviços. Na qualidade de prestador de serviços, o poder público está sujeito às mesmas obrigações estabelecidas para os fornecedores. Além disso, o art. 22, e parágrafo único, do CDC, prevêem a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por serviços prestados por seus órgãos, que não atendam às marcas da adequabilidade,

eficiência, segurança e continuidade dos essenciais. Como agente tutelar dos direitos dos consumidores, cabe-lhe fiscalizar e controlar a qualidade da produção, industrialização, distribuição, publicidade de produtos e serviços e do próprio mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor (CDC, art. 55, § 1º), aplicando, na hipótese de infração praticada por fornecedores, as sanções administrativas estabelecidas pelo legislador, como a multa, apreensão e inutilização de produto, suspensão temporária de atividade, imposição de contrapropaganda etc. (CDC, arts. 56 e 60). Também, a propósito, reservou-lhe a lei a legitimidade ativa para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de consumidores (CDC, art. 82, II e III). Finalmente, como destinatário final de produtos e serviços oferecidos ao mercado, o poder público é também, dadas certas condições, beneficiário da tutela legal criada para amparo dos consumidores.

As regras tradicionalmente estudadas pelo direito administrativo e as da legislação consumerista em parte se sobrepõem. Antes mesmo de o Código de Defesa do Consumidor definir os direitos dos destinatários dos serviços públicos, estes podiam já invocar alguma proteção jurídica, como titulares de direito público subjetivo. Em certa medida, portanto, as figuras de cidadão e de consumidor se interpenetram. O mesmo se pode afirmar relativamente à possibilidade de o poder público invocar, na proteção de seus interesses, o regime consumerista, já que, tradicionalmente, a legislação sobre licitação e contratos administrativos tem abrangido a questão dos vícios de fornecimento nos contratos administrativos (embora não se valendo nunca exatamente desse conceito). A Lei 8.666/93, por exemplo, refere-se à temática, em diversas passagens dos capítulos pertinentes à inexecução contratual e seus desdobramentos (arts. 77 e 78, II, principalmente).

No presente estudo, pretendo discutir exatamente essa segunda forma de sobreposição de disciplinas jurídicas, procurando discernir em que medida a interpenetração de regimes realmente existe e sob quais critérios será cabível preferir-se a solução de um deles, em detrimento da apontada pelo outro. Inicialmente, porém, deve-se aprofundar a questão relativa ao enquadramento do poder público no conceito legal de consumidor. Na seqüência, apontarem-se as diferenças entre o regime consumerista e o jurídico-administrativo, no que diz respeito ao tema aqui em foco, para, enfim, considerarem-se as hipóteses próprias de aplicação de cada um dos regimes.

2. Poder Público e o Conceito de Consumidor

Seguindo a reflexão desenvolvida por diversos consumeristas, na literatura estrangeira⁽¹⁾, dividem-se os sistemas jurídicos entre dois diferentes modos de se conceituar o consumidor: de um lado, o subjetivo, em que se realça o aspecto não-profissional do adquirente de bens e serviços no mercado de consumo, contraposto ao profissionalismo do fornecedor; e, de outro, o objetivo, em que o elemento predominante é o de elo final da cadeia de circulação de mercadorias e serviços. Ou seja, o consumidor pode ser visto pela perspectiva do sujeito desprovido dos mesmos conhecimentos técnicos, econômicos e jurídicos da pessoa com quem ele entabula negociações, ou como o destruidor do valor de troca de bens e utilidades, produzidos economicamente pelos homens.

A definição subjetiva de consumidor tem sido considerada menos abrangente, porque não abarca os empresários, na aquisição final - sob o ponto de vista material, mas não necessariamente econômico - de bens e serviços para a sua empresa⁽²⁾. Com efeito, na hipótese de desenho do consumidor pelo prisma da carência de profissionalismo, os empresários se mostram forçosamente excluídos dessa figura. Já a adoção de critério objetivo de identificação do consumidor, com relevância à sua função de destruidor do valor de troca de produtos e serviços, não afasta a possibilidade de o empresário ter os seus interesses protegidos pela legislação consumerista, na aquisição de bens e serviços para a sua empresa⁽³⁾; muito embora, essa possibilidade não esteja, absolutamente, livre de problematização pela doutrina⁽⁴⁾.

O direito brasileiro optou pela adoção do critério objetivo de identificação do consumidor. Segundo o previsto no art. 2º do CDC, este é definido como "a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". O destaque à função econômica do consumidor, como último elo da cadeia de circulação de mercadorias e utilidades, revela-se claro nos dizeres da lei. Por outro lado, apesar de não ignorar a qualidade de não-profissional do consumidor - ao contrário, essa é fortemente acentuada no tratamento jurídico dado ao trânsito de informações no surgimento das relações de consumo -, a legislação consumerista silencia a respeito dela no dispositivo conceitual referido⁽⁵⁾.

Outro aspecto importante no esclarecimento da natureza objetiva do conceito de consumidor, adotado pelo direito brasileiro, pode ser apontado na análise do seu caráter relacional. Com efeito, nem todo o destinatário final de bens ou serviços se pode enquadrar como consumidor, para os fins de invocar a tutela da

legislação consumerista. É indispensável que este destinatário final tenha adquirido o bem ou serviço, de alguém que o ofereça ao mercado, como atividade econômica; ou seja, de um fornecedor, tal qual delineado pelo art. 3º do CDC. Se um profissional liberal, por exemplo, por ter comprado novo modelo, vende o seu automóvel usado, o adquirente não poderá invocar o Código de Defesa do Consumidor, caso o negócio, por qualquer razão, apresente vícios. Isso porque, na hipótese, embora o comprador eventualmente se pudesse identificar como o destinatário final do bem objeto da avença, o vendedor não é o exercente de atividade econômica de comercialização de veículos usados.

A adoção do critério objetivo de identificação do consumidor, pelo direito brasileiro, possibilita figurarem como tal, nas relações de consumo, todos aqueles que, situados no elo terminal da cadeia de circulação econômica, destróem o valor de troca de mercadorias e comodidades, mesmo que seus atributos subjetivos apontem para reais possibilidades de acesso às informações disponíveis ao outro contratante. Isto é, ainda que a parte concretamente não pudesse ser vista como não-profissional - em razão de sua qualidade de empresário, digamos⁽⁶⁾ -, poderá usufruir da tutela consumerista, se presente o requisito da função econômica de destinatária final de fornecimentos ao mercado. E nessa condição, claramente, encontra-se também o poder público.

Se o direito brasileiro, eventualmente, houvesse consagrado o perfil subjetivo de consumidor, em princípio o poder público não caberia no conceito, uma vez que tem efetivas condições de reunir as informações necessárias ao norteamo de suas opções na compra de bens e serviços. Não age, assim, como não-profissional; ou, melhor dizendo, tem meios, à semelhança dos empresários em geral, de agir como profissional. Na medida, porém, em que o legislador consumerista acolhe a alternativa objetiva de definição de consumidor, diluem-se eventuais dúvidas quanto à viabilidade de enquadramento do poder público como consumidor, em relações de consumo.

3. Órgãos Públicos e o Conceito de Consumidor

Até aqui, temos mencionado o poder público como o adquirente de produtos e serviços e, pelo uso corrente que se faz dessa categoria, creio que todos podem entender adequadamente o conteúdo da reflexão. Mas é necessário para se precisar a abordagem do tema, que se afinem certas noções. Sabe-se que a Administração Pública é atividade desenvolvida, no direito brasileiro, diretamente

por pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios etc) e, indiretamente, por pessoas de direito público (autarquias) e de direito privado (empresas públicas, fundações constituídas ou mantidas pelo poder público e sociedades de economia mista). Os órgãos e desdobramentos internos dessas pessoas são entidades despersonalizadas, embora contemplados, pela ordem normativa vigente, com certas competências jurídicas⁽⁷⁾. Nesse contexto, as aquisições de bens e serviços, *rigorosamente falando*, se viabilizam por negócios jurídicos titularizados pelas pessoas jurídicas da Administração Pública. São os Estados, as autarquias ou empresas, por exemplo, os entes capacitados, pela ordem jurídica em vigor, à prática dos contratos de aquisição, locação, depósito, transporte e outros, pelos quais se opera a relação negocial. Os desdobramentos internos da Administração Direta - os órgãos públicos -, a despeito de concentrarem competências jurídicas próprias, não são sujeitos de direito personalizados e, conseqüentemente, não podem ser titulares de relação contratual.

Ocorre, no entanto, que a prática tem consagrado a adoção de referência aos órgãos, e não às pessoas, e os direitos e obrigações correspondentes, aparecem formalmente titularizados por Secretarias, Departamentos, Superintendências etc. Trata-se de inquestionável impropriedade técnica, mas que não pode ser simplesmente ignorada pelo estudioso do direito, em virtude de sua extraordinária difusão pelos diversos níveis da Administração Pública. Na verdade, impera uma imensa confusão conceitual, entre, por um lado, a qualificação de órgãos e desdobramentos administrativos como unidades e sub-unidades orçamentárias, para fins exclusivo de aplicação do direito financeiro no controle da despesa pública e, por outro lado, os institutos fundamentais de teoria geral do direito relativos à personalização de entes jurídicos. Até fundos especiais - referidos pelos arts. 71 e seguintes da Lei 4.320/64, simples categoria contábil, destinada à afetação de certos recursos públicos a determinadas finalidades -, têm sido tratados como órgãos ou, mesmo, pessoas jurídicas, no complexo quadro da prática jurídico-administrativa nacional, revelando, anote-se à passagem, indesculpável e grosseiro erro técnico - em que incore, inclusive, o próprio legislador, no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, ao subordinar à aplicação do diploma em tela os *fundos especiais*.

A partir dessa constatação de fato, contudo, importa indagar se os órgãos públicos, apesar de sua natureza despersonalizada, caberiam no conceito legal de consumidor, que se refere literalmente apenas as pessoas físicas ou jurídicas. Se a final - diga-se o que disser -, o instrumento do contrato administrativo menciona

ente despersonalizado como titular de direitos e obrigações, poder-se-ia cogitar do pronto afastamento da possibilidade de seu enquadramento como consumidor, frente aos claros termos do art. 2º do CDC? Ou, por outra, ente despersonalizado pode invocar a tutela da legislação consumerista? A questão alcança dimensões externas à específica situação dos órgãos públicos, posto que também outros entes despersonalizados - tais o condomínio horizontal, o nascituro, a massa falida e o espólio - adquirem bens ou serviços no mercado de consumo.

O conceito legal de consumidor não menciona expressamente os entes despersonalizados. Contudo, por interpretação analógica, é possível estender-lhes a tutela legal dos consumidores, sempre que negociam com exercente de atividade econômica, adquirindo produtos ou serviços na condição de destinatários finais. O condomínio horizontal, ao comprar produtos de limpeza no supermercado, o espólio, ao contratar aplicação financeira com o banco em que estão depositados os recursos monetários do falecido, o nascituro, ao segurar, por seu representante legal, os bens em relação aos quais tem expectativa de direito de propriedade, e a massa falida, ao constituir advogado para o patrocínio em juízo da ação revocatória, por exemplo, não poderiam ficar ao desamparo da legislação tutelar dos consumidores. Trata-se de integração de lacuna legislativa, pela via analógica, que pode ser aproveitada em relação ao órgão público. Se a pessoa jurídica de direito público ou privado, encarregada da Administração Pública, é enquadrável como consumidora, então, por analogia, se pode concluir o mesmo enquadramento de seus órgãos e desdobramentos despersonalizados, quando referidos na qualidade de titulares de direitos e obrigações contratadas com exercentes de atividade de fornecimento de bens e serviços ao mercado.

No presente estudo, portanto, a menção a poder público deve ser entendida como abrangente da pessoa jurídica, de direito público ou privado, a quem a ordem vigente - pela Constituição ou por lei - atribui competência para curatela de interesses públicos, ou os seus departamentos e divisões internas referidos, em instrumentos de contrato administrativo, como parte da relação negocial.

4. Sentido Econômico do Ato Administrativo

A análise das condições de enquadramento do poder público no conceito de consumidor não estaria concluída se não se acentuasse o caráter de destinatário final de que deve se revestir o sentido econômico do negócio jurídico. Com efeito,

o poder público adquire, no mercado, bens e serviços em duas diferentes situações: primeira, para utilização pelos próprios servidores, no desempenho de suas competências funcionais (desde o material de escritório até equipamentos, veículos e mobiliário); segunda, para pôr à disposição dos usuários de serviços públicos (a obra de engenharia no sistema viário, os medicamentos fornecidos por hospitais ou os alimentos da merenda escolar etc.). Relativamente aos produtos e comodidades desse segundo tipo, seria inadequada a tentativa de submeter a aquisição ao regime consumerista, porque o sentido econômico do ato administrativo, na hipótese, é o de intermediação. O destinatário final do fornecimento, não é o próprio serviço público, mas os usuários deste.

Claro está que a inserção do poder público como intermediário na cadeia econômica, ao adquirir mercadorias e serviços para desfrute pelos usuários de serviço público, reveste-se, juridicamente falando, de natureza bem diversa da intermediação desenvolvida pelos particulares. Embora, sob o ponto de vista econômico, não se vislumbrem marcas diferenciadoras entre a situação do poder público e dos particulares, na aproximação entre o produtor e o consumidor, isso não significa que inexistam diferenças jurídicas. Ao contrário, se a prestação do serviço público - geralmente, viabilizada de forma gratuita ou mediante tarifas *sociais* -, não se confunde com a intervenção na economia ou a exploração de atividade econômica, por sujeitas estas a pressupostos constitucionais próprios, então cabem distinções conceituais na tecnologia jurídica sobre o tema.

Em termos mais singelos, o poder público está inserido na cadeia de circulação econômica também como prestador de serviços públicos e não somente na intervenção no domínio econômico ou exploração de atividade produtiva. Em ambas as hipóteses, dá-se intermediação, mas não no mesmo sentido sob o ponto de vista jurídico. Neste contexto, se o ato de aquisição de mercadoria ou serviço possui o *sentido econômico* de intermediação - aproximação entre agentes econômicos e consumidores, através da prestação de serviços públicos -, não cabe invocar-se tutela da legislação consumerista. Esta é pertinente apenas quando o ato administrativo de aquisição de bens ou serviços se reveste do sentido econômico de *destinação final*, isto é, de destruição do valor de troca do objeto do contrato.

5. Fornecimento Viciado no Código de Defesa do Consumidor

Há uma inversão fundamental operada pelo consumerismo, nas relações entre as partes de um contrato de aquisição de produtos ou serviços, no sentido de transpor o dever de cautela do adquirente para o alienante. O princípio do *caveat emptor*, caro ao liberalismo econômico da legislação privada oitocentista, é substituído pelo *full disclosure*⁽⁸⁾. Em outros termos, se a legislação civil e comercial disciplinam a temática dos vícios na coisa transacionada, com o intuito de preservar o alienante - cumprindo, assim, o direito oitocentista a importante função de reação superestrutural compatível com o processo de acumulação primitiva do capital -, a consumerista, produto do estágio avançado do capitalismo (alguns economistas sugerirão a idéia de aparecimento de sociedades afluentes), irá revelar clara preocupação com a tutela do adquirente.

A teoria tradicional dos vícios redibitórios insere-se na disciplina dos contratos comutativos e exige, para atendimento dos interesses do adquirente lesado, os seguintes requisitos: vínculo contratual, ocultação da impropriedade, apreciação econômica e indenizabilidade apenas em caso de má-fé. Quanto aos seus direitos, tradicionalmente se reconheceu apenas a alternativa entre a ação redibitória (rescisão do contrato) e a estimatória (redução proporcional do preço)⁽⁹⁾. O Código de Defesa do Consumidor revoluciona - pode-se dizer assim - o quadro das condições de caracterização do viciamento do objeto e dos direitos concedidos ao lesado pelo vício. Como significativa revelação da insuficiência dos princípios jurídicos do liberalismo econômico para a efetiva tutela dos consumidores, afastam-se, quase inteiramente, os contornos da teoria clássica dos vícios redibitórios para fundar a proteção contra o fornecimento viciado em bases substancialmente distintas.

Em primeiro lugar, a legislação consumerista não sujeita a ação por vícios à existência de vínculo contratual entre o consumidor e o fornecedor reclamado. Superando o princípio da relatividade contratual - segundo cuja formulação, o contrato não produz efeitos além das partes⁽¹⁰⁾ -, a lei reconhece a possibilidade de demanda por vício, diretamente proposta contra o fabricante do produto ou do fornecedor originário do serviço. O direito de reclamação do consumidor não se restringe ao fornecedor imediato, com quem ele havia celebrado o contrato. Todavia, a superação do princípio da relatividade dá-se nos limites circunscritos pela específica cadeia de circulação econômica, de que participa o consumidor.

Isto é, não se admite, pelo menos no atual estágio evolutivo do consumerismo, que o adquirente escolha livremente um fornecedor qualquer do produto ou serviço, para demandá-lo. Talvez futuramente isso possa ser estabelecido pelo direito, mas no presente, o consumidor pode escolher apenas entre o fornecedor imediato (com quem contratou diretamente), ou com os fornecedores desse.

O segundo aspecto da teoria clássica dos vícios redibitórios, superado pela legislação consumerista, diz respeito à ocultação do vício como condição de responsabilização do alienante. Atribui, com efeito, a legislação consumerista responsabilidade ao fornecedor também pelos vícios aparentes ou de fácil constatação (CDC, art. 26). Em terceiro lugar, aponta-se o afastamento pelo consumerismo, na caracterização dos vícios, de qualquer apreciação da extensão do prejuízo imposto ao adquirente. Pela teoria tradicional dos vícios redibitórios, o contratante não tem direito à ação se os danos decorrentes da viciação do objeto contratual forem de reduzida monta. Por último, não acolhe a legislação consumerista a noção, da teoria tradicional, de má-fé do alienante como indispensável à existência de obrigação de indenizar. Nos contratos de consumo, ainda que demonstrado o desconhecimento do fornecedor quanto ao vício objeto de reclamação, será ele responsável pela indenização das perdas e danos sofridas pelo adquirente.

Por outro lado, o adquirente sob a tutela da legislação consumerista goza do direito à execução específica do contrato. Isto é, além das ações redibitórias e estimatórias - reconhecidas também pela legislação civil e comercial -, titulariza o consumidor a ação para o saneamento do vício ou a substituição do objeto viciado. Isto é, o comprador, em compra e venda civil e comercial, diante de vício na coisa, pode apenas optar entre duas alternativas: a rescisão do contrato ou a redução proporcional do preço (CC, arts. 1.101 e 1.105; ccom, art. 210). Já o consumidor, na compra e venda, pode valer-se de uma terceira opção, qual seja, a de exigir a eliminação do vício, pelo saneamento, complementação ou troca da mercadoria (CDC, arts. 18, § 1º, I e 19, II e III). A seu turno, o consumidor de serviços tem direito à reexecução destes como meio de superação dos vícios apresentados (CDC, art. 20, I)⁽¹¹⁾.

6. Fornecimento Viciado na Lei de Licitações

Por certo, não encontrará o intérprete, na Lei 8.666/93, os conceitos próprios da legislação consumerista. Em nenhuma passagem desse diploma, o

legislador refere-se, com certeza, a fornecimento viciado. Valendo-se, todavia, desse conceito do direito privado, a doutrina pode desenvolver sua reflexão acerca do regime dos contratos administrativos - e em especial os direitos do poder público, diante de vícios em coisas e serviços adquiridos no mercado -, com real proveito para a elaboração de uma visão global do tema.

Se se preferir, entretanto - em virtude de alguma preocupação teórica quanto à pertinência de tal aproveitamento, pela tecnologia publicista, de categorias do direito privado -, pode-se, simplesmente, rever o modo de colocação da questão. Isto é, o mesmo resultado, decorrente da consideração do conceito de fornecimento viciado, também se alcança partindo-se da indagação acerca da solução jurídica, constante da lei de licitações, para a hipótese de o poder público constatar impropriedades em produtos ou serviços, adquiridos para utilização pelos seus servidores ou pelos destinatários de serviço público.

A doutrina administrativa brasileira⁽¹²⁾, antes da edição do Decreto-lei 2.348/87, costumava distinguir, à semelhança da estrangeira⁽¹³⁾, entre contratos de direito privado da administração e contratos administrativos⁽¹⁴⁾. Quer dizer, nem todos os contratos firmados pelo poder público se consideravam administrativos, no sentido de se subordinarem ao regime de direito público. Diversos vínculos contratuais, de que participam o estado e suas entidades autárquicas, como os contratos bancários, de seguro, de locação e outros, eram regidos exclusivamente pelo direito privado. A marca característica dos contratos de direito privado da administração, era apontada pela doutrina na prerrogativa de a Administração *instabilizar unilateralmente* a relação jurídica nascida do acordo de vontades⁽¹⁵⁾. Isto é, se o vínculo contratual regia-se pelo direito privado, o poder público não poderia alterar, por ato unilateral, o conteúdo do contrato, ou mesmo rescindi-lo. Esse poder jurídico somente estaria presente em relação aos contratos submetidos ao regime do direito público.

Com o Decreto-lei 2.348/87, alterou-se esse quadro conceitual, e alguma doutrina passou a considerar não mais existente, no direito brasileiro, a categoria dos contratos sujeitos exclusivamente ao direito privado, quando deles participa, pelo menos, a Administração centralizada e autárquica⁽¹⁶⁾. Pelo § 3º acrescido, por aquele decreto-lei, ao art. 52 do Dec.-lei 2.300/86, o disposto nos arts. 48 e 49 desse Estatuto, entre outros, passou a ser aplicável também àqueles contratos que, a exemplo do seguro ou da locação, eram regidos "predominantemente, por normas de direito privado" - Ora, isso significou, rigorosamente, a superação do elemento distintivo entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da

administração. Se a diferença entre essas categorias era o poder de *instabilização unilateral do vínculo*, existente em uma e ausente na outra, com a extensão desse poder aos então denominados contratos de direito privado da administração, desaparece a linha demarcatória. Como na Lei 8.666/93, o inciso I do § 3º do art. 62 corresponde ao § 3º acrescido ao art. 52 do Dec.-lei 2.300/86, pode-se concluir pela inalteração do quadro conceitual posterior ao Decreto-lei 2.348/87.

Em suma, todos os contratos de que participa o poder público, atualmente, submetem-se, independentemente de seu objeto, ao mesmo regime jurídico relativo: a) às condições para a sua formação, isto é, dependem de certame licitatório, salvo nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade; b) à sua formalização, englobando cláusulas essenciais, instrumentalidade e local de elaboração (Lei 8.666/93, arts. 55, 60, 62 e § 3º); c) à faculdade de instabilização unilateral (Lei 8.666/93, arts. 58 e 62, § 3º); d) aos efeitos da declaração de nulidade (Lei nº 8.666/93, arts. 59 e 62, § 3º); e) e ao controle da execução da despesa pública, realizada pelo Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Conta. Desapareceram, portanto, as diferenças substanciais entre aqueles contratos que, anteriormente, a doutrina considerava sujeitos ao direito privado e aqueles outros denominados administrativos (salvo apenas no tocante a uns poucos aspectos como, por exemplo, as garantias e o prazo de duração, conforme o disposto nos arts. 56 e 57 da Lei 8.666/93). A nova lei de licitações, nesse contexto, disciplina todos os vínculos contratuais de que participa a administração, sem distinguir os contratos administrativos dos sujeitos à disciplina de direito privado.

Entre as relações contratuais alcançadas pelas suas disposições, inclui-se, portanto, a aquisição de bens ou serviços fornecidos em economia de massa no mercado consumidor⁽¹⁷⁾. O tema dos vícios de fornecimento - entendida essa expressão em seu peculiar sentido técnico de impropriedades inócuas em mercadorias e serviços adquiridos no mercado de consumo - insere-se, dessa forma, na regulação dos contratos administrativos e é estranho aos contratos de direito privado da administração. E, diante de sua verificação, limitou-se a lei a prever a necessária rescisão do contrato (Lei 8.666/93, arts. 77 e 78, II).

Em termos comparativos, o regime da legislação consumerista se apresenta mais amplo que o previsto pela nova lei de licitações. Segundo aquela, o poder público, diante de vício de fornecimento, poderia exercer a ação redibitória (rescisão do contrato, com a devolução das importâncias pagas devidamente atualizadas), a ação estimatória (redução proporcional do preço) e a executória específica (eliminação do vício, se necessário com a substituição do produto ou

reexecução do serviço); mas, de acordo com o regime jurídico-administrativo, restaria ao poder público apenas a ação redibitória. Isso, no entanto, nem sempre representa a solução adequada ao pleno atendimento do interesse público, posto que obriga à realização de novo certame licitatório, com o comprometimento de verba orçamentária e atraso na utilização dos bens ou serviços.

O regime jurídico-administrativo de disciplina do vício de fornecimento - ou, em termos diversos, a solução apresentada pela Lei 8.666/93 para a hipótese de aquisição no mercado consumidor, mediante licitação, de bens e serviços impróprios - é mais estreito do que o regime consumerista. Entender-se que a nova lei esgotaria o tratamento do tema e afastaria por completo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em favor do poder público, é afirmar a impossibilidade de este valer-se da estimatória e da ação executória específica na hipótese de fornecimento viciado. Pelo contrário, entender-se ainda possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em favor do poder público, seria ampliar as ações cabentes contra o fornecedor, em razão de impropriedades qualitativas ou quantitativas em mercadorias ou serviços.

7. Previsão Contratual da Ação Estimatória e Executória Específica

As relações jurídicas derivadas de contrato administrativo regem-se (Lei 8.666/93, art. 54): a) em primeiro lugar, pelas cláusulas pactuadas em seu próprio instrumento; b) em segundo, pelos preceitos de direito público; c) em terceiro, pelos princípios da teoria geral dos contratos; d) e, por fim, pelas disposições de direito privado⁽¹⁹⁾. Frente a esse quadro, a adoção da solução preconizada pela legislação consumerista, na hipótese de vício de fornecimento, apresenta contornos diferentes, em função da existência (letra a) ou não (letra d) de cláusula contratual prevendo as conseqüências dessa modalidade de inexecução parcial do objeto contratado.

É certo que a nova lei de licitações reservou à hipótese de inexecução parcial do contrato administrativo a solução da rescisão (Lei 8.666/93, art. 77). Isso poderia sugerir que nem o contrato, nem normas de direito privado, seriam meios idôneos ao exercício pelo poder público de qualquer outra ação, além da redibitória, no caso. Note-se que, *prima facie*, não teria o legislador sequer vislumbrado a possibilidade de o instrumento de contrato administrativo introduzir cláusula com a previsão da ação estimatória ou a executória específica. É incisivo

o dispositivo legal, concernente à hipótese de inexecução parcial do contrato - em que se enquadra a verificação de vícios no produto ou serviço adquirido -, no sentido único da rescisão do contrato. Estaria, assim, a partir dessa interpretação meramente literal, afastada a possibilidade de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor em favor do poder público.

Ocorre que a interpretação meramente gramatical não é, com certeza, o melhor método exegético. Aliás, para autorizados teóricos do direito, sequer caberia atribuir-se à interpretação gramatical a qualidade de método, revelando-se mais adequado o entendimento que a toma por simples dado revelador da necessidade de elaboração hermenêutica. Em outros termos, o sentido meramente gramatical de dispositivo de lei, quando se apresenta restritivo ou insuficiente aos olhos do intérprete, reclama interpretação sistemática ou teleológica.

Com efeito, o entendimento de que o contrato administrativo não poderia estabelecer, em favor do poder público, as ações estimatória e executória específica, tão-somente porque a letra da lei refere-se apenas à ação redibitória, é bastante dissociado do sistema jurídico sobre matéria contratual. Neste, reserva-se à vontade das partes uma determinada margem de auto-regulação dos interesses, que se materializa pelo instrumento contratual. Além do mais, a interpretação meramente gramatical do art. 77 da Lei 8.666/93 conflita com a interpretação meramente gramatical do art. 54 da mesma lei. Por aquele, o contrato seria meio inábil à disciplina das conseqüências advindas de vício de fornecimento (espécie de inexecução parcial), enquanto que por esse último, o contrato seria veículo adequado para a mesma disciplina. A superação do conflito consiste em abandonar o plano da literalidade da linguagem normativa e procurar soluções, integradas ao sistema jurídico como um todo, que melhor atendam aos interesses concretamente considerados.

Assim, a primeira hipótese de aplicação da legislação consumerista em favor do poder público pode ser apontada na previsão contratual de ação estimatória ou executória específica, diante de vício de fornecimento. Se o contrato estabelecer expressamente essa conseqüência à inexecução de seu objeto, a Administração poderá exigir do contratante 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 nova lei, impõe-se a prévia definição da possibilidade de exercício da ação estimatória e da executória específica já no edital (Lei 8.666/93, arts. 40, § 2º, III e 62, § 1º).

8. Aplicação da Legislação Consumerista em Favor do Poder Público

Não havendo, entretanto, cláusula contratual fundamentando a ação estimatória ou a executória específica, o poder público, com o objetivo de as exercer, poderia invocar a aplicação, em seu favor, da legislação consumerista? A resposta - penso - é afirmativa, em vista do caráter supletivo das disposições de direito privado, expressamente assentado pelo legislador (Lei 8.666/93, art. 54). Eventualmente, objetar-se-ia, apontando-se para o pré-falado art. 77 da nova lei de licitações, no sentido de se concluir pela inexistência de lacuna legal, o que desautorizaria o socorro às fontes supletivas. O contra-argumento a se considerar, no entanto, é idêntico ao apresentado no item anterior, isto é, o da insuficiência das interpretações meramente gramaticais e o do conflito entre a literalidade desse dispositivo e a do art. 54, a recomendarem um esforço exegético sistemático e teleológico.

Há uma condição inafastável, no entanto, 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 *destinação final*. Ou seja, o contratante deve ser, juridicamente, fornecedor - exercente de atividade empresarial voltada ao suprimento do mercado consumidor, pela colocação de mercadorias ou prestação de serviço - e a necessidade justificadora da aquisição deve estar relacionada com a utilização do bem ou serviço por servidores públicos, no exercício de suas competências funcionais.

Se o ato de aquisição de bens ou serviços tem o sentido econômico da *intermediação*, como se verifica na contratação de obras no sistema viário, na compra de medicamentos para postos de saúde ou hospitais públicos, na compra de alimentos para a merenda escolar etc, então o poder público não pode pretender, se omissivo o contrato, o exercício da ação estimatória ou da ação executória específica, como reação ao fornecimento viciado, simplesmente porque não se encontra na mesma situação fática da dos consumidores (ou seja, na de elo final da cadeia de circulação de riquezas, destruidor do valor de troca de bens e serviços). Nessa hipótese, a alternativa é apenas a do regime* jurídico-administrativo, ou seja, a ação redibitória.

9. Conclusão

É comum, após a conclusão do certame licitatório e da celebração do contrato de aquisição de mercadorias ou de prestação de serviços, verificar o poder público a presença de vício no fornecimento. Concretamente, a mercadoria ou o serviço adquiridos não atendem por completo às finalidades deles esperadas. Caracteriza-se, pois, inexecução parcial do contrato administrativo, situação para a qual reservou a nova lei de licitações, em princípio, apenas a sanção da rescisão contratual (art. 77).

Há, no entanto, situações em que o mais interessante para o poder público não seria, propriamente, a rescisão do contrato, seguida da devolução da mercadoria ou - quando factível - do serviço e indenização por perdas e danos. A demora na conclusão de novo certame licitatório e a reclamação contra o fornecedor podem mostrar-se mais prejudiciais ao interesse público do que algumas outras alternativas que a moderna legislação consumerista contempla. Cogita-se, exatamente, da juridicidade de o poder público, ao invés de rescindir o contrato, optar pela redução proporcional do preço (ação estimatória) ou pela substituição do produto ou reexecução do serviço (ação executória específica).

O exercício dessas outras alternativas, diante de fornecimento viciado, é plenamente cabível se há previsão contratual, devidamente fundada em cláusula editalícia da licitação que precedeu à formalização do contrato. Em quaisquer condições, ainda que o sentido econômico do ato administrativo de aquisição, nessa hipótese, não se possa determinar como *destinação final*, poderá o poder público adotar a ação estimatória ou a executória específica para solucionar o viciamento do objeto. Já, por outro lado, se inexistente previsão contratual, o exercício dessas ações contra o fornecimento viciado, somente se revela cabível, mediante a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.666/93, art. 54, *in fine*). E, assim sendo, é indispensável que o sentido econômico do ato administrativo de aquisição se revista de natureza de *destinação final*, inclusive no tocante à qualificação de fornecedor do contratante.

BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha
1969 *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1979, Forense, 2ª edição.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e
1991 *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo, 1991, Saraiva.
- BOURGOIGNIE, Thierry
1988 *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Bruxelas, 1988, Story-Scientia.
- CAETANO, Marcelo
1970 *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1970, Forense, 1ª edição brasileira.
- CALAIS-AULOY, Jean
1980 *Droit de la consommation*. Paris, 1992, Dalloz, 3ª edição.
- CALVÃO DA SILVA, João
1990 *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra, 1990, Almedina.
- COELHO, Fábio Ulhoa
1992 *A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor em Direito do Consumidor* nº 3.
- DEBBASCH, Charles
1969 *Droit Administratif*. Paris, 1971, Cujas, 3ª ed.
- DIEZ, Manuel María
1965 *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1965, 1ª ed.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos
1982 *Os direitos dos consumidores*. Coimbra, 1982, Almedina.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle
1989 *Contrato Administrativo: Formalidades e Requisitos em Revista de Direito Público* nº 90.
- FLEINER, Fritz
1933 *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. espanhola por Sabino A.

- Gendin. Barcelona, 1933, sem data da edição original.
- JÉZE, Gaston
1926 *Les principes généraux du droit administratif*. Trad. argentina. Buenos Aires, 1949, Depalma, vol.III.
 - LIMA MARQUES, Cláudia
1992 *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 1992, RT.
 - MEIRELLES, Hely Lopes
1973 *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo, 1991, RT, 10ª edição, atualizada por Eunice de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes.
 - MELLO, Celso Antonio Bandeira de
1980 *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo, 1981, RT, 1ª edição, 2ª tiragem.
1981 *Apostamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo, 1981, RT, 1ª edição, 3ª tiragem.
 - MUÑOZ, Guillermo Andrés
1989 *Contratos de la Administración em Revista de Direito Público nº 91*.
 - NERY JR., Nelson
1991 *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro, 1991, Forense Universitária.
 - NUNES, Luiz Antonio
1991 *Empresa & Código de Defesa do Consumidor* São Paulo, 1991, Artpress.
 - PELLEGRINO, Carlos Roberto
1989 *Contratos da Administração Pública em Revista de Direito Público nº 92*.
 - PHILLIPS, Jerry J.
1974 *Products Liability*. Saint Paul, Minnesota, 1990, West, 3ª ed.
 - VIDIGAL, Geraido
1991 *A Lei de Defesa do Consumidor- Sua Abrangência em Lei de Defesa do Consumidor* São Paulo, 1991, IBCB.

Notas do Autor

- (1) Cfr. Bourgoignie, 1988:45/61.
- (2) Para Bourgoignie, "la conception objective de la notion de consommateur permet donc d'inclure dans le champ de préoccupations du droit de la consommation les professionnels, industriels, commerçants ou prestataires de services qui acquièrent pour les besoins de leur entreprise, des biens d'équipement, voire même d'investissement" (1988:46).
- (3) Para Lima Marques, "duas correntes doutrinárias já podem ser claramente determinadas, quanto à definição do campo de aplicação do Código: os finalistas e os maximalistas. Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Essa tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado (...). Propõem, então, que se interprete a expressão "destinatário final" do art. 2º de maneira restrita (...). Já os maximalistas, vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor-não-profissional" (1992:67/68).
- (4) Vidigal, por exemplo, considera inaplicável o Código de Defesa do Consumidor em favor do empresário. Para ele, "não há (...) como supor que uma lei tutelar do consumidor possa abranger relações entre empresas produtivas. Essas relações são, tipicamente, relações de produção, nunca de consumo. Nos mercados, por exemplo, de bens de capital, ou de matérias-primas, ou de quaisquer insumos produtivos, de instalações e equipamento ou de quaisquer bens acessórios à produção, nunca se travam relações de consumo (...). Nem só matérias primas, peças, componentes são insumidos num processo produtivo (...). Mesmo os alimentos e vestuário adquiridos para uso dos trabalhadores se incorporarão ao conjunto dos custos produtivos da empresa e se projetarão nos bens e serviços que, pela combinação dos fatores de produção, irão ser por ela oferecidos ao mercado" (1991:12/13).
- (5) Sobre o tema: Coelho, 1992:36/43.
- (6) Para Nunes, o Código de Defesa do Consumidor "regula também situações onde haja "destinatário final" que adquire o produto ou serviço com finalidade de produção de outros bens ou serviços, desde que o bem ou serviço adquirido sejam oferecidos normalmente ou em série ao mercado de consumo, através do comércio e independentemente do uso que o adquirente vai dar ao produto ou serviço". (1991:20).
- (7) Para Mello, "importa assinalar que os órgãos não são pessoas e não se distinguem do Estado. Nada mais significam que os *círculos de atribuições*, os *feixes individuais de poderes funcionais* repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos" (1981:69).

- (8) Cfr. Ferreira de Almeida, 1982:11/27.
- (9) Sobre o tema, ver interessante proposta de Benjamin acerca da superação da teoria tradicional dos vícios redibitórios por uma teoria da qualidade do fornecimento. (1991:23/43).
- (10) A superação do princípio da relatividade operou-se, inicialmente, na jurisprudência norte-americana, na apreciação de casos relativos à responsabilidade do fabricante por fato do produto. Para Phillips, "the breakdown of the privity requirement is one of the hallmarks of modern products liability. This occurrence is a classic example of the evolutionary nature of common law, as it develops to meet the felt necessities of the time" (1974:33/34). Ver, também: Calvão da Silva, 1990:285/301.
- (11) Cfr. Benjamin, 1991:83/108.
- (12) Abstrai-se a questão, já suficientemente examinada pela tecnologia administrativa, acerca da natureza verdadeiramente contratual dos vínculos jurídicos que comumente se denominam *contratos administrativos* (Cfr. Fleiner, 1933:167/171; Jèze, 1926:313/319; Caetano, 1970:514/519; Diez, 1965:435/440; Bandeira de Mello, 1969, I:549/550; Mello, 1980:141/145).
- (13) Cfr. por todos: Debbasch, 1969:335/340; Diez, 1965:440/457; Muñoz, 1989:19/27.
- (14) Cfr. por todos: Mello, 1980:137/149; Figueiredo, 1989:131/137; Pellegrino, 1989:132/144.
- (15) Para Celso Antonio Bandeira de Mello, os contratos do direito privado da administração e os denominados contratos administrativos "estão *parificados* pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo *direito administrativo* do que resulta, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer: caracterizados de acordo com os princípios e normas do direito administrativo. Ditos contratos *diferem* entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de direito privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do direito - ressalvados os aspectos supra-referidos - os "contratos administrativos" sujeitam-se às regras e princípios hauridos no direito público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto. Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade da Administração *instabilizar* o vínculo seja *alterando* unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, seja *extinguindo* unilateralmente o vínculo" (1980:138/139).
- (16) Heiy Lopes Meirelles propõe, a partir do Dec.-Lei 2.348/87, a classificação dos contratos em três categorias: os privados, os semi-públicos e os administrativos. Para ele, a Administração Pública participa apenas dos contratos dessas duas últimas espécies (1973:184/186). No entanto, se se considera a premissa de

que o referencial básico para distinguir os contratos administrativos dos privados é a faculdade de alteração ou rescisão unilateral pelo poder público, deve-se forçosamente concluir pela inexistência da classe dos contratos semi-públicos.

(17) Para Hejy Lopes Meirelles, "*contrato de fornecimento* é o ajuste administrativo pelo qual a Administração adquire coisas móveis (materiais, produtos industrializados, gêneros alimentícios, etc.), necessárias à realização de suas obras ou à manutenção de seus serviços. (...). Conquanto a compra seja um negócio de direito privado, caracterizada pela transferência do domínio de certa coisa por um dos contratantes e pagamento de preço certo e em dinheiro, pelo outro, conforme a conceituação dos Códigos Civil (art. 1.222) e Comercial (art. 191), o *contrato de fornecimento* à Administração sujeita-se aos mesmos princípios gerais que disciplinam a formação e execução dos demais contratos administrativos (...)." (1973:319).

(18) A tutela contratual do Código de Defesa do Consumidor, relativamente aos direitos do contratante que adere às condições unilaterais impostas pela outra parte, não tem, a meu ver, aplicação em favor do poder público. Este já se encontra suficientemente protegido pelo regime jurídico-administrativo, nesse tema. Sobre a tutela contratual da legislação consumerista, ver Nery Jr., 1991:270/388 e Calais-Auloy, 1980:121/152.