



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## Os contratos administrativos à luz do código de defesa do consumidor

*The public contracts under the consumer defense code*

Ana Margareth Moreira Cosenza

**Resumo:** O presente artigo científico analisa a aplicação subsidiária ou principal da disciplina protetiva do Código de Defesa do Consumidor (CDC-Lei nº 8.078/1990) ao regime jurídico de contratações públicas, regido pela Lei nº 8.666/1993 e Lei 10.520/2002 ou pela atual e substitutiva Lei nº 14.133/2021. Investiga-se quanto à possibilidade de haver casos em que contratos administrativos possam ser classificados como contratos de consumo, sendo submetidos ao CDC. Para tanto, foram consultados os principais doutrinadores do ramo, jurisprudência e materiais bibliográficos, sopesando os impactos econômicos dessas interpretações no equilíbrio econômico-financeiro e na segurança jurídica de tais contratos administrativos. Analisou-se o peso do pacote de responsabilidade consumerista, imputado aos fornecedores, sobre os custos que formam os preços dos bens e serviços comuns disponibilizados no mercado, concluindo-se que muitos contratos administrativos celebrados por entidades estatais com personalidade jurídica de Direito Público não são dedicados a atos negociais. Logo, estão inseridos em relações jurídicas com relevante grau de vulnerabilidade técnica, jurídica e fática, justificando a aplicação constitucional do Direito do Consumidor em benefício dos recursos públicos.

**Palavras-chave:** Consumidor. Contratos administrativos. Contratos de consumo. Contratos de adesão. Equilíbrio contratual.

**Abstract:** This article analyzes a substitutive or main application of the protection discipline of the Consumer Defense Code (Law nº 8.078/1990) to the legal regime of public contracts, according to Law nº 8,666/1993, Law 10,520/2002 and by the new and substitutive Law 14,133/2021. It is investigated whether there are cases in administrative contracts that can be classified as consumer contracts, covered by that legislation. For that, the main scholars of the theoretical branches and bibliographic materials, considering the economic impacts of these interpretations on the economic-financial balance and on the legal certainty of such administrative contracts. The participation of the consumerist liability package, attributed to suppliers, in the costs that form the prices of common goods and services available on the market was analyzed, concluding that a large scale of administrative contracts contracted by state entities with legal personality governed by Public Law are not dedicated to negotiated acts. So they are in legal relationships with a relevant degree of technical, legal, constitutional and factual vulnerability, justifying the application of Consumer Law for the benefit of the public resources.

**Keywords:** Consumer. Public contracts. Consumer contracts. Adherence contracts. Contractual balance.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10i2p35-75>

## OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ana Margareth Moreira COSENZA\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 Embasamento teórico; 2.1 O poder de consumo do Estado através de contratos administrativos; 2.2 O Alcance do Código de Defesa do Consumidor; 2.3 O regime jurídico das contratações públicas; 2.4 Compreendendo a matemática da formação dos preços de bens e serviços; 3 Metodologia; 4 Resultado; 4.1 Estado da arte; 5 Discussão; 6 Conclusão; Referências.*

### 1. Introdução

Vive-se na Era da Informação e do Conhecimento. O desenvolvimento da tecnologia da informação eliminou fronteiras, encurtou distâncias, globalizou a economia, virtualizou e despersionalizou as relações comerciais, tornando a inovação uma questão de sobrevivência. Revolucionaram-se os conceitos de produtos, serviços e contratos, posto que o conhecimento substituiu o capital, até então o principal recurso do Capitalismo (MARQUES, 2011, p. 70).

A mesma tecnologia que gera avanços diários e massifica produtos e modelos de contratos, fortalece fornecedores por dar-lhes superioridade técnica, jurídica e fática; enquanto vulnerabiliza os consumidores. Como não há tempo para testes confiáveis ou amadurecimento de ideias, bens e serviços são constantemente lançados sem a adequada análise dos riscos gerados, sejam relativos ao produto, ao negócio em si ou às ofertas feitas. Ansiosos pela última novidade, consumidores inconscientes sobre tais riscos firmam contratos sob bases insólitas e assumem, para si, o ônus de suportá-los, em lugar do ofertante (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 7).

Nessa toada, emergem as contratações públicas, injetando anualmente bilhões de reais, em diversos ramos do mercado e em variados e complexos objetos, muitos tecnológicos e com processos de produção específicos. No entanto, tentar ser especialista em tudo significa não ser particularizado em nada. Verifica-se que há uma vastidão de bens e serviços comuns, cujo domínio técnico da Administração Pública, sobre as especificações e condições gerais de contratação, nunca será pleno. Afinal, este não é o foco do Estado, mas sim um consumo final ou viabilizador de serviços públicos à população.

---

\*Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre pelo em Sociologia e Direito pela UFF (2017-2020). Pós-graduada em Direito Público e em Advocacia Trabalhista. Curso de Formação de Oficiais da Academia de Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (2004-2009) e em Administração Pública pela UFF.

Assim, os riscos impostos aos particulares, em razão de suas vulnerabilidades, também são infligidos ao Estado. Quer na formulação dos objetos contratuais, cujos descritivos advêm de práticas comerciais não dominadas pelos gestores públicos, quer na execução contratual em objetos limitados aos pacotes de serviços impostos pelos produtores, isto é: o poder econômico mitigando, de fato, a supremacia do interesse público (PEREIRA JÚNIOR, 2008, p. 1).

O presente artigo científico evidencia a posição vulnerável do Estado em muitos contratos administrativos. Observa-se que a elaboração dos termos de referência/projetos básicos não garante, per se, a paridade de condições ante o fornecedor; pelo contrário, os contratos administrativos envolvidos em atos negociais do Estado, não refletem a realidade da maioria dos entes da Administração Pública. Assim, analisam-se as possibilidades de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) como instrumento constitucional equalizador das forças entre as partes nos contratos administrativos.

A finalidade é verificar o impacto econômico do entendimento jurídico de que não se deve aplicar à Administração Pública a proteção consumerista. Contrapondo tal entendimento ao fato de que o regime de contratações públicas tem por método a aproximação das compras pública às ofertas no Direito Privado, como local ideal de preços e condições, devido à concorrência; e de que a competitividade inclui as previsões protetivas do CDC no preço dos produtos e serviços, de modo que sua não aplicação equivale a enriquecimento sem causa e prejuízo ao Erário.

Para esta pesquisa qualitativa, utilizaram-se os métodos indutivos e dialéticos; pesquisas exploratória, descritiva e analítica; bem como levantamento bibliográfico e análise crítica de conteúdo. A amostra será constituída pela literatura existente e por casos exemplificativos de jurisprudências judiciais e administrativas, junto aos tribunais de contas.

Quanto à revisão bibliográfica, levantaram-se apenas onze trabalhos acadêmicos sobre o tema, revelando ser um tema carente de abordagem e desenvolvimento. Dentre eles, identificam-se três posicionamentos doutrinários principais: pela aplicabilidade irrestrita do CDC aos contratos administrativos; pela aplicação do CDC mediante comprovação de vulnerabilidade da Administração Pública; e pela inaplicabilidade do CDC ao regime público de contratações.

Além da tradicional análise da pessoa jurídica como consumidor e do campo de alcance do CDC, incluiu-se o viés diferencial: impacto econômico da proteção do CDC sobre os preços das compras públicas (economicidade), quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Ao final, será evidenciado que, independentemente da corrente jurídica adotada, a Administração Pública sempre paga pelos custos ligados à proteção consumerista

dos produtos e serviços contratados. Bem como, será sugerida solução administrativa para equalizar tal desequilíbrio econômico nos contratos administrativos, de modo que o Poder Público goze da referida proteção pela qual pagou, com a adequada segurança jurídica.

## **2. Embasamento teórico**

O Estado celebra contratos para viabilizar a realização de suas Políticas Públicas, investe bilhões de reais em custeios e investimentos, capitaneados de diversas fontes, sendo a arrecadação tributária a principal. Portanto, as despesas públicas são custeadas pela coletividade dos administrados (sociedade), a qual se beneficia diretamente com Serviços Públicos ou indiretamente com a redução das desigualdades, melhor distribuição de riquezas, promoção da saúde, aquecimento da economia, investimento em educação, segurança e de outras finalidades.

Sem meios, não há como alcançar qualquer atividade-fim. A qualidade dos contratos, a manutenção do equilíbrio contratual e a preservação do poder de compra dos recursos públicos garantem a economicidade da atividade gestora da Administração Pública (eficiência). Com isso é possível oportunizar serviços públicos mais adequados e em maior quantidade à população (eficácia), alcançando efetividade em seu papel de Estado (CHIAVENATO, 2016, p. 27).

Para analisar a posição do Estado nas relações contratuais que trava, iniciar-se-á apresentando a importância do tema ao destacar o volume de recursos aplicados em contratos administrativos e como a qualidade e o resultado desses afetam a prestação pública; passando a análise do alcance da Lei 8.078 (BRASIL, 1990), referida como CDC, para só então apresentar algumas características pontuais do regime público de contratações analisados quanto à afinidade e aos conflitos de finalidade normativa, municiando o desenvolvimento com o referencial teórico necessário à análise dos resultados (Discussão).

### *2.1 O poder de consumo do Estado através dos Contratos Administrativos*

O Estado aquece a economia por ser um grande consumidor de produtos e serviços. No exercício financeiro de 2019, somente o Governo Federal gastou com aquisições de bens e serviços o total de R\$ 67.610.092.176,87 (sessenta e sete bilhões seiscientos e dez milhões, noventa e dois mil, cento e setenta e seis reais e oitenta e sete centavos). Em 2020, aplicou R\$75.101.228.937,75 (setenta e cinco bilhões, cento e um milhões, duzentos e vinte e oito mil novecentos e trinta e sete reais e setenta e cinco centavos) (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2021).

Observem, abaixo, a decomposição deste valor total, aplicado em compras e serviços:

Grupo de Despesa	Elemento de Despesa	Total no ano de 2019	Total no ano de 2020
Investimento	30 - Material de Consumo	R\$ 715.166.088,31	R\$ 852.589.158,46
Investimento	36 - Outros Serviços de Terceiros Pessoa Física	R\$ 3.473.046,52	R\$ 2.900.961,44
Investimento	39 - Outros Serviços de Terceiros Pessoa Jurídica	R\$ 5.003.929.552,65	R\$ 4.730.454.340,30
Investimento	52 - Equipamentos e Material Permanente	R\$ 8.064.157.372,84	R\$ 9.902.736.578,51
Outras Despesas Correntes	30 - Material de Consumo	R\$ 22.132.484.107,75	R\$ 25.654.889.460,90
Outras Despesas Correntes	32 - Material, Bem ou Serviço para Distribuição Gratuita	R\$ 2.011.428.724,64	R\$ 2.314.828.686,58
Outras Despesas Correntes	36 - Outros Serviços de Terceiros Pessoa Física	R\$ 1.617.402.837,88	R\$ 1.544.792.153,00
Outras Despesas Correntes	39 - Outros Serviços de Terceiros Pessoa Jurídica	R\$ 28.062.050.446,28	R\$ 30.098.037.598,56
Total no ano	Elem. de Desp. : 30, 32, 36, 39 e 52.	R\$ 67.610.092.176,87	R\$ 75.101.228.937,75
Total de Aplicações Diretas	Todos as despesas exceto reserva de contingência	R\$2.742.144.720.019,13	R\$ 3.616.009.515.985,86
Total do PIB anual		R\$ 7.407.023.600.000,00	R\$ 7.445.753.100.000,00

Tabela 1 – Gastos do Governo Federal com compras e serviços nos anos de 2019 e 2020

Fontes: BANCO CENTRAL DO BRASIL apud IPEA, 2021; PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2021.

Pelos valores acima, é possível visualizar o impacto que a realização de despesas gera na movimentação da economia e no desenvolvimento dos mercados. Trata-se de um poder aquisitivo de mais de R\$ 142 bilhões injetados no comércio e 6,3 trilhões transferidos a outros entes por aplicações diretas que se vertem em novas contratações, em dois anos. Tudo permite concluir, com sobriedade, que o Poder Público aquece a economia com suas contratações, equivalentes a 43,77% do PIB anual de 2019 e 2020 juntos. Não foram contabilizados os gastos com obras e serviços de engenharia pela característica de serem projetados e fiscalizados por engenheiros, revelando paridade técnica entre as partes.

Ressalta-se, ainda, a necessidade de considerar as contratações feitas pelos vinte e sete entes federativos (Governos Estaduais e o Distrito Federal) e os cinco mil, quinhentos e sessenta e cinco Governos Municipais, para que se vislumbre o tamanho do poder de consumo do Estado Brasileiro como um todo (IBGE, 2012).

Ocorre que realizar despesas não é um fim em si mesmo para o Estado, mas sim realização do bem comum à coletividade. As obrigações são contraídas para viabilizarem um planejamento maior e anterior: o orçamento público. Este é um meio estatal de intervenção econômica, através das funções fiscais: alocativa, com o oferecimento de bens e serviços públicos; distributiva, com fito de reduzir as desigualdades sociais; e a estabilizadora, como ferramenta da política monetária (MUSGRAVE, 1974, *apud* GIACOMONI, 2009, p. 22–27).

As modernas Teorias das Finanças Públicas não se atêm mais ao mero registro de despesas, se preocupam com a qualidade do gasto público. Dessarte, o controle orçamentário evoluiu para além dos aspectos jurídicos e financeiros, recaindo sobre a avaliação dos resultados econômicos e sociais da ação do governo, ou seja, na execução orçamentária (incluindo os contratos) com qualidade (BRASIL, 1988. CRFB, art.37, caput; GIACOMONI, 2009, p. 332).

O art.22 do CDC prevê, expressamente, que os órgãos públicos devem fornecer “serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”, de modo que são enquadrados como fornecedores para fins de responsabilização por seus serviços. Como os bens e serviços contratados pelo Estado são meios para a realização de Políticas Públicas e a manutenção do patrimônio público; das atividades correntes e de serviços públicos, conclui-se que o bom desempenho estatal depende diretamente da qualidade das contratações públicas que o abastecem (BRASIL, 1988. CRFB, art.175, inc. IV).

Ao evidenciar o peso das compras públicas na economia, no orçamento público e na prestação de serviços públicos de qualidade, destaca-se a relevância de garantir que tais investimentos alcancem a finalidade planejada quanto à qualidade, à segurança e à adequação.

## *2.2 O Alcance do Código de Defesa do Consumidor*

O passado perdeu a capacidade de orientar as relações futuras, as legislações são incapazes de regradar as relações comerciais na mesma velocidade em que elas se reinventam. A sociedade tornou-se extremamente complexa em grupos representativos, em necessidades pessoais, em novos serviços e bens ofertados, todos facilitadores, diferenciais em tecnologia, carregados de promessas de satisfação e soluções finais aos problemas da vez, até a próxima inovação criadora de demandas até então inexistentes (CHIAVENATO, 2016, p. 325).

Edson Alvisi Neves (2015, p. 4) assim descreve o novo contexto socioeconômico:

A cultura da tradição, representada pela pátina, passou para a transitoriedade da moda. Ou, como afirma Bourdieu, as práticas de consumo também servem para a criação e manutenção de relações sociais de dominação e sujeição. [...] A sociedade de consumo, ou sociedade de massa, marca-se pela intensificação da relação com a produção, com velocidade de diversificação da oferta, e os novos grupos sociais organizam-se pela forma e pela maneira do consumo.

A Era do Conhecimento e da Informação não só acelerou e aprimorou a “massificação da produção, do consumo e da contratação”, como também as explorações e as ofensivas investidas contra o consumidor, elo fraco da relação, ante a superioridade técnica, jurídica e econômica do fornecedor (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 7; MARQUES, 2011, p. 72-73).

A Internet, mais do que mídia de divulgação e contato com os fornecedores, tornou-se local de negócios eletrônicos representados por propostas mal escritas, carregadas de imagens e simbologias que tornam dúbia a certeza sobre o objeto que se contrata. Não obstante a isso, ela coloca bens e serviços do mundo inteiro a apenas um clique de distância, sendo o pagamento facilitado em meios digitais e pelo crédito (MARQUES, 2011, p. 72-73).

Verifica-se o enfraquecimento do poder de escolha do consumidor. Na medida em que o acesso direto ao fabricante para negociação dos termos contratuais lhe é negado na Sociedade do Consumo, este tornou-se vulnerável àquele (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 7).

Ante a relação contratual desequilibrada pró-fornecedores, resta ao consumidor aceitar as condições gerais e os contratos de adesão<sup>1</sup> fixados por aqueles e acreditar em sua boa-fé. A vulnerabilidade se dá na contratação e na sua execução, momento quando já se realizou o pagamento e o fornecedor perde a solicitude frente às necessidades de seus clientes, abandonando-os (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 7; NEVES, E., 2015, p. 5; MARQUES, 2011, p. 73-74).

Destaca-se, ainda, o aumento dos riscos envolvidos nos negócios atuais. Elevados desde a Revolução Industrial com a massificação das relações comerciais, a imprevisibilidade dos riscos e os casos de acidentes de consumo alcançaram patamares antes inimagináveis. Buscando inovação, a competitividade impele fornecedores a lançarem nos mercados projetos cada vez mais prematuros. Comprometem, assim, a funcionalidade do objeto e a segurança do uso, transferindo aos clientes os riscos

---

<sup>1</sup> “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito” (LIMA, 2011, p. 76).

das falhas de seus projetos inacabados e os consequentes danos materiais e morais, incluindo à saúde<sup>2</sup> (NEVES. E., 2015, p. 3-4).

O Código de Defesa do Consumidor alterou a responsabilidade dos fornecedores quanto aos riscos do consumo. Antes, corriam por conta do contratante a menos que conseguissem comprovar dolo ou culpa na ação do fornecedor. O CDC instituiu a responsabilidade objetiva pelos acidentes de consumo advindos do fato do produto ou do fato do serviço, determinando, independente de culpa, a reparação dos danos ao consumidor (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078, art.12 e art.14; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 52 e 53).

Peculiar em sua especialidade, com características de ordem pública e interesse social, o CDC tem alicerce constitucional, o que o transforma numa norma principiológica de “sobredireito” aplicável aos vários ramos do Direito, sempre que se identificar uma relação de consumo. É um sistema constitucional, embora tenha a forma de lei ordinária, posto que este foi o processo legislativo escolhido pelo constituinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, **na forma da lei**, a defesa do consumidor;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - **defesa do consumidor**; (BRASIL, 1988. CRFB, art.5, inc. XXXII e art.170, inc. V. Grifo nosso).

Uma norma de interesse social visa transformar a realidade do Sistema Jurídico, prevalecendo sobre normas e pressupostos de legislações anteriores e especiais, ou posteriores, gerais ou especiais. O CDC foi criado para alterar a realidade social, reequilibrando as relações contratuais da sociedade de massa, livrando os consumidores de práticas abusivas. Trata-se de codificação aberta que não exclui direito oriundo de outra “legislação interna ordinária”, mas ocupa o centro de um novo sistema protetivo (MARQUES, 2011, p. 617, 628-629; CALMON *apud* MARQUES, 2011, p. 619).

<sup>2</sup> Aventura do consumo, na qual “o fornecedor limitava-se a fazer a chamada oferta inocente, e o consumidor, se quisesse, que assumisse os riscos dos produtos consumidos” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 52).



Seu “campo de aplicação justapõe-se, por assim dizer, ao de atuação de outras normas”. As normas do CDC não se organizam pelo objeto, mas pela função defesa do consumidor, tendo alcance horizontal e não vertical. Estabelece relação de transversalidade com os ramos jurídicos, perpassando as relações contratuais e aplicando sua proteção constitucional. Logo, ele se aplica ao regime jurídico de contratações públicas, desde que caracterizada a existência de relação de consumo à sua luz (PELUSO *apud* CAVALIERI FILHO, 2009, p. 16-17).

Deve-se analisar se há uma relação de consumo e, portanto, a incidência do CDC. Identificada à dita relação, compatibilizam-se as normas em conflito aparente. Não sendo possível, utilizar-se-ão para resolver a antinomia os critérios: cronológico, hierárquico e de especialidade. O primeiro critério apenas resolve conflitos entre normas do mesmo grau hierárquico e, apesar de ser uma lei ordinária, o CDC é constitucional. Pelo segundo, norma superior prevalece sobre inferior, vencendo, mais uma vez o CDC por ser constitucional e de ordem pública. Por fim, o CDC é lei especial em função do grupo de sujeitos que protege, seu campo de atuação se justapõe aos das leis especiais em função do objeto. Logo, a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002, normas correlatas e a nova Lei nº 14.133/2021, devem ser compatibilizadas a ele (BRASIL, 1988. CRFB, art.5º, inc. XXXII, art.170, inc. V; MARQUES, 2011, p. 630-640; CAVALIERI FILHO, 2009, p. 16-18).

Analisar-se-á, agora, a caracterização da relação jurídica de consumo, de modo a identificar os casos de aplicabilidade do CDC ao regime público de contratações. Como o Direito do Consumidor foca nas partes que compõem a referida relação contratual, cabe, inicialmente, verificar o conceito de consumidor. Assim define o CDC:

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

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

[...]

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, **equiparam-se aos consumidores** todas as **vítimas do evento**.

[...]

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores **todas as pessoas** determináveis ou não, **expostas às práticas nele previstas** (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078, art.2º, art.17 e art.29. Grifo nosso).

A regulação da relação entre fornecedor e consumidor e feita nos artigos 1º, 2º, 3º, 17 e 29 da Lei 8.078/1990, sendo complementado o conceito de relação de consumo nos artigos 4º e 5º, do referido diploma. Para definir o destinatário da proteção jurídica (consumidor) o único critério inferido da lei é que a pessoa, física ou jurídica,

encerre a cadeia produtiva, pondo término na circulação com fins lucrativos do objeto.

Como a descrição do art.2º da Lei 8.078/90 é resumida, sem maiores esclarecimentos sobre o que seria considerado “destinatário final”, a doutrina e a jurisprudência passaram a desenvolver versões interpretativas para este requisito restritivo. Consolidaram-se, assim, ao longo do tempo, três correntes jurídicas principais: inicialmente a maximalista ou objetiva; após, a finalista, e, por último, a finalista mitigada (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 60 - 62).

A corrente maximalista defende uma compreensão ampliativa do conceito de destinatário final, entendendo que basta retirar do mercado um bem ou serviço, finalizando de fato a circulação do objeto (o ciclo produtivo). Aqui, não importa em que tipo de atividade ele será aplicado (uso final), desde que não volte a circular no mercado, logo, bens adquiridos para exercício profissional, estariam aqui enquadrados. Bastaria a finalidade de não revender ou intermediar o objeto (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 60, 61; MARQUES, 2011, p. 306).

A corrente finalista, ou subjetivista, restringe o referido requisito, interpretando o conceito pelo emprego do objeto em atividade profissional/negocial, lucrativa ou não. Portanto, a destinação final seria a perda da finalidade econômica, devendo, o objeto, atender às necessidades pessoais do contratante. Dessarte, bens e serviços contratados para uso em de atividade profissional com fins de lucro, revenda, intermediação, beneficiamento, transformação ou de integralizar ativos fixos de sociedade empresária descaracterizariam à relação de consumo à luz do CDC. Só reconhece a vulnerabilidade do consumidor ante o poder dos fornecedores. A corrente entende que em relações jurídicas entre profissionais pares, em tese, não haveria tal vulnerabilidade nem consumo final, mas intermediário, com vistas ao lucro (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 61, 62; MARQUES, 2011, p. 305).

Com o transcurso do tempo, passou-se a admitir, nesta última corrente, a existência de casos “in concreto”, nos quais se evidenciam, comprovadamente, vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica de consumidores profissionais que operam buscando fins lucrativos. Cita-se, por exemplo, uma pequena empresa que adquire um bem fora de seu ramo de especialidade ou a compra de um bem frente a um grande fornecedor que limite sua capacidade de negociação (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 62; MARQUES, 2011, p. 306).

Nesses casos, tais profissionais passaram a ser considerados como consumidores protegidos pelo CDC. Destaca-se que aqui se investiga sobre o uso profissional, mas mitiga a inflexibilidade permitindo comprovação de vulnerabilidade para equiparação a consumidor. Logo, difere-se da interpretação maximalista, a qual não adentra na questão do uso, bastando a retirada de circulação (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 62; MARQUES, 2011, p. 306).

Claudia Lima Marques (2011, p. 342, 364, 353) apresenta uma quarta corrente, a qual chama de ‘finalismo aprofundado e a noção de “hipervulnerabilidade”’. Esta corrente tem duas vertentes, a primeira segue o entendimento da finalista, com um aprofundamento maior, relativizando mais a rigidez daquela corrente diante de provas de vulnerabilidade técnica, jurídica ou fática. Aplica-se ao profissional que é destinatário final de bens e serviços para proveito próprio, sem agregá-los ao objeto que o profissional oferta no mercado, ainda que componham o estabelecimento comercial. São requisitos: a destinação final de fato, a não coincidência com a atividade econômica e a prova de vulnerabilidade, a ser contraditada pelo fornecedor.

Sobre o tema, Claudia cita o seguinte precedente:

A expressão destinatário final, de que trata o art.2º, caput, do CDC, abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade (REsp 716.877/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j.22.03.2007, DJ 23.04.2007 *apud* MARQUES, 2011, p. 355).

A segunda vertente refere-se a hipervulnerabilidade observada em casos onde a vulnerabilidade típica do consumidor é agravada por uma condição pessoal e especial do mesmo como doença, pouca ou muita idade. Podem ter proteção oriunda do texto constitucional “crianças, adolescente, idosos e portadores de deficiência” ou ser reconhecida em cada caso concreto (analfabetos, doentes, grávidas e etc.) pelo Judiciário (MARQUES, 2011, p. 361-364).

Cabe ressaltar que as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), inicialmente maximalistas, migraram para a corrente finalista, e, após, para sua versão mitigada, exigindo da pessoa jurídica o esgotamento da destinação econômica do objeto (destinatário final) e que fosse comprovada a ocorrência de vulnerabilidade, para aplicação do CDC. Esta tendência justifica-se pelo fato de a ampliação maximalista provocar a não identificação dos que são, de fato, vulneráveis e que necessitam da proteção do CDC. Quando todos devem ser protegidos, os vulneráveis acabam desassistidos, desviando a finalidade do Código (MARQUES, 2011, p. 305).

As vulnerabilidades do consumidor classificam-se em três: técnica, jurídica e fática (ou econômica). A técnica refere-se ao não domínio das especificidades do objeto contratual, podendo haver engano quanto a sua utilidade ou características, sendo presumida apenas para não profissionais. A jurídica seria a “falta de conhecimento e meios jurídicos específicos, bem como a ausência de condições para ter acesso a eles”, cita-se a impossibilidade de alterações das cláusulas dos contratos de adesão e condições gerais. Não se presume frente a pessoas jurídicas e profissionais, exigindo prova (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 48-50; CUNHA, 2001, p. 32).

Já quanto à fática ou econômica, destaca-se o objetivo conceito abaixo:

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, 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 ou pelo próprio Estado (MARQUES, 2011, p. 330-331).

Detendo-se na vulnerabilidade jurídica, verifica-se que ela é evidente em casos de contratos de adesão, entendidos como aqueles nos quais somente resta ao consumidor aderir, aceitar as cláusulas já determinadas pelo fornecedor ou por autoridade competente, unilateralmente, sem oportunizar a discussão ou a alteração significativa do conteúdo. Embora proporcione rapidez, economia e segurança, facilita ao fornecedor: práticas abusivas, defesa unilateral de seus interesses, revisão unilateral das condições gerais e redação obscura, sendo, por isso, tutelado pelo CDC. O formato da contratação é a prova reconhecida da desvantagem do consumidor (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078, art. 54; CAVALIERI FILHO, 2009, p. 153).

Relativo a esta proteção em espécie, cita-se o previsto no art.46 da Lei 8.078/1990, de que se dê ao consumidor oportunidade prévia para conhecer o conteúdo, bem como que a redação contratual seja clara quanto ao sentido e alcance, do contrário, esta não lhe obrigaria. Deve ser considerada, ainda, a questão de a interpretação do contrato de adesão dever ser a que for mais favorável ao consumidor, conforme o art.47 da Lei nº 8.078/90. Aplicam-se, também, os princípios de interpretação do art.112 (primazia da intenção das partes sob a literalidade), do art.113, in fine, (observar usos e costumes do mercado), do art.114 (interpretação restritiva para renúncia de direitos e contratos benéficos; interpretação das cláusulas considerando o todo e o que pode ser exigível; prevalência do negociado sobre o escrito), e o da boa-fé (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078).

Destacados os principais aspectos referenciais teóricos sobre o regime de contratações consumeristas, seguem breves considerações acerca do Regime Público de Contratações, visando instruir a análise crítica a ser procedida na Discussão.

### *2.3 O regime jurídico das contratações públicas*

O regime de Direito Público das contratações administrativas busca colocar o Poder Público não em condições de igualdade, paridade de armas frente ao fornecedor, mas em vantagem, numa posição de supremacia. Entendeu o legislador que o interesse público deveria prevalecer sobre os particulares, em razão do fim público visado. Assim, vários dispositivos do regime público de contratações desnivelam, intencionalmente, as partes, privilegiando o Estado (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666; CARVALHO FILHO, 2009, p. 174; 185).

São exemplos dessa supremacia (clausulas exorbitantes) nos contratos públicos: art.54 (“regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público”); art.58 (alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização da execução, aplicação de sanções por descumprimentos, tomada “provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato” para apuração administrativa de falhas na execução do contrato e em caso de rescisão); art.65, inc. I e §1º (casos de alteração contratual unilateral, qualitativa e quantitativa, respeitados os limites legais); art.78, inc. XII (rescisão por “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade”); art.79, inc. I (rescisão unilateral); e art. 86 ao 88 (sanções administrativas, assegurada defesa prévia e recurso). Prerrogativas mantidas na Lei nº 14.133/21. (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art.104; art.124; art.125; art.137, inc. VIII; art.138, inc. I; art.155; art.156).

Eis a polêmica: se para a corrente finalista mitigada (corrente atualmente adotada pela jurisprudência, sendo a tendência majoritária) a prova da ocorrência de vulnerabilidade é condição *sine qua non* para permitir a aplicação do CDC a um contrato, para aplicá-lo em favor desta Administração Pública privilegiada seria necessário demonstrar a existência de desvantagem técnica, jurídica ou fática. Fato oposto à intenção da Lei de Licitações, a qual a dotou de meios jurídicos para dar ao Estado posição de pujança na relação jurídica.

No entanto, embora o regime público de contratações desequilibre a relação Administração, as cláusulas exorbitantes não pretendem comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Isto se infere, por exemplo, dos parágrafos do art.65 da Lei nº 8.666/1993: proibição de exceder os limites para acréscimo ou supressão, de até 25% do valor inicial atualizado do contrato, para serviços ou compras, sendo de 50% de acréscimo para reforma de edifício ou equipamento (§§ 1º e 2º); fixação de preços unitários para obras ou serviços não previstos, por acordo entre as partes (§3º); indenização de materiais adquiridos pela contratada, pelos valores de aquisição devidamente corrigidos, e de outros danos comprovados, todos decorrente de supressão unilateral (§4º); dever de revisar os preços contratados, para mais ou para menos, em caso de criação, alteração ou extinção de tributos, encargos legais e superveniência de fatos legais que afetem os referidos valores (§5º); dever de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato se a alteração unilateral aumentar os encargos do contratado (§6º). Tais disposições foram mantidas no novo estatuto. (BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art.124; “d”; art.125; art.129; art.130; art.131; art.133, inc. I; art.134; art.135).

Ou seja, por um lado as leis nº 8.666/93 e nº 14.133/21 adequam o contrato ao interesse público, concedendo a flexibilidade que a Administração Pública necessita para operar e alterar a execução contratual, readaptando-a às novas necessidades. Mas, por outro lado ela prevê limites máximos para acréscimos e supressões, permitindo que a contratada faça um planejamento prévio para atender às alterações

requeridas. Cria, ainda, mecanismos para indenizar perdas e danos, revisar preços e reactualizá-los, se necessário, reequilibrando econômica e financeiramente o contrato. Observa a preocupação com a justa remuneração da contratada. Assim, não se tratam de práticas abusivas para com o fornecedor, posto que resguardam a necessidade empresarial de ter retorno financeiro equitativo às obrigações assumidas (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666/93, art.65; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art.124, art.125; SZKLAROVSKY, 1999, *apud* MARQUES, 2011, p. 975).

As demais cláusulas de privilégio referem-se a instrumentos administrativos para compelir a contratada a observar o objeto pactuado (fiscalizar, produzir provas, apurar falhas, punir proporcionalmente ao descumprimento, até a rescisão, se for o caso) e visam a preservação do contrato (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666, art.58, art.86 ao art.88; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art.133, inc. I; art.134; art.135).

Resumindo, nos contratos administrativos, a lei dá mais peso aos interesses do Poder Público para promover alterações, rescisões e para compelir a execução de obrigações contratuais e legais, mas insere cláusulas de reequilíbrio econômico-financeiro, as quais tem a mesma finalidade do CDC: restabelecer o equilíbrio da relação contratual. Logo, tratam-se de normas afins (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133; BRASIL, 1990. Lei nº 8.078).

Argumenta-se que a Administração estaria plenamente protegida do natural desequilíbrio em desfavor dos consumidores típico das relações de consumo, como abordado no item 3.2. Szklarovsky (1999, *apud* MARQUES, 2011, p. 973-974) assevera que a Administração goza de “benesses da lei especial”, mas que “nem todas as situações previstas no Código” (CDC) “estão relacionadas na Lei de Licitações e Contratos e vice-versa”. A Lei de Licitações estabelece regime especial para os contratos administrativos, mas não exclui a aplicabilidade subsidiária de outros regimes. Inclusive prevê a aplicação subsidiária da “teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado” (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666, art.54; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art. 89).

O objetivo é aproximar a economicidade das compras públicas dos preços e das condições praticados no mercado, considerado como o local ideal de equalização de preços, haja vista a existência de livre concorrência. Pretende-se manter a compatibilidade, sem sobrepreço e incluindo todos os custos necessários ao contrato, não sendo autorizada posterior elevação de valores devido à proposta incompleta ou falha (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666, art.26, parágrafo único; inc. II e III; art.40, §2º, inc. II; art.43, inc. IV; e art.44, §3º; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art.17, §3º; art.18, inc. IV; art.72, inc.VI e VII; art.59, inc. III e V; GARCIA, 2012, p. 29).

#### 2.4 Compreendendo a matemática da formação dos preços de bens e serviços

Outra questão importante é a formação do preço, a qual resulta da soma dos custos fixos e variáveis, dos tributos e do lucro do fornecedor. Verifica-se que os orçamentos e propostas de preços dados ao Estado, em sessão pública, contêm todos os custos operacionais das empresas, cabendo apresentá-los. Os custos variáveis são aqueles que “guardam proporção direta com o volume realizado e faturado” (contratações) para cada objeto (QUEIROZ FILHO, 2008, p. 8, 26).

O custo estrutural fixo refere-se ao gasto necessário para manter a empresa em condições de operar (salários, encargos sociais, benefícios, manutenção de instalações e equipamentos, depreciação de bens e aluguéis), calculado pela quantidade total de um bem ou serviço, dentro de dada estimativa (meta organizacional). Esses custos devem garantir o cumprimento das obrigações contratuais e legais, incluindo os custos com a proteção legal do consumidor, vide a Política Nacional de Relações de Consumo (QUEIROZ FILHO, 2008, p. 8).

Assim, quando o custo estrutural fixo é definido, o fornecedor não sabe se venderá seu produto no mercado privado ou para a Administração Pública. Ele não identifica em sua planilha de formação de preços o percentual desse custo estrutural fixo que, além de outras despesas, custeia à manutenção das obrigações legais advindas do CDC, as quais têm pesos consideráveis, haja vista imporem responsabilidade objetiva ao fornecedor (QUEIROZ, 2008, p. 26).

Tais custos estão diluídos nas atividades operacionais do fornecedor e aguardam acionamento. Estão nas estruturas do serviço de atendimento ao consumidor (SAC); na assessoria jurídica; nos estoques de reposição; no treinamento, no controle de qualidade; nos riscos do empreendimento e do desenvolvimento; no tratamento de acidentes de consumo e vícios; no dever de informar, na produção de prova em eventuais lides e etc. Assim, aplicar ou deixar de aplicar o CDC aos contratos administrativos significa contratar um objeto nas mesmas condições e preço do mercado privado (aplicação do CDC); ou contratá-lo com sobrepreço, uma vez que não se praticam preços com deságio<sup>3</sup> pela não incidência da proteção consumerista (não aplicação do CDC) (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078; CAVALLIERI FILHO, 2009, p. 285-308).

Logo, pode-se concluir que preenchidos os requisitos de alcance (aplicabilidade) do CDC, segundo às correntes discorridas no item 3.2, o regime consumerista deve ser aplicado sempre que o regime de contratações públicas se mostrar insuficiente para manter o equilíbrio da relação contratual. E tal dever possui notada importância, pois o CDC não visará reestabelecer a supremacia da Administração na relação contratual, mas apenas a paridade entre os consumidores (o mínimo), posto que somente aplicável em caso de vulnerabilidade do Poder Público ante o fornecedor.

---

<sup>3</sup> Significado: [Economia] Diminuição do valor de um título (mercadoria ou produto) em comparação ao seu preço de mercado. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/desagio/>. Acesso em: 27 jul. 2017.

Logo, observa-se que maior interesse público não pode haver, dada a importância das contratações públicas à adequada prestação de serviços públicos. Bem como que tais despesas se custeiam com recursos públicos (indisponíveis), assim, lesionar um contrato administrativo é ferir direitos de toda uma coletividade, não apenas da pessoa jurídica, ente público.

Retomando o volume de recursos públicos apresentados no item 3.1, as contratações públicas de bens e serviços representaram 43,77% do PIB anual de 2019 e 2020, que pela teoria da inaplicabilidade do CDC geram compras com responsabilização do fornecedor dificultada e desprotegem os consumidores que se servirão desses, por meio da atuação da Administração Pública. Sim, é um caso de tutela coletiva dos cidadãos que usam da prestação de serviço público.

### 3. Metodologia

Desenvolveu-se uma abordagem qualitativa prioritariamente pelo método indutivo, partindo da análise de fenômenos específicos para generalizações universalizáveis, e pelo dialético, ao trabalhar visões e fenômenos contraditórios concluindo por novos caminhos e controvérsias (ZANELLA, 2009, p. 59; GIL, 2007 *apud* ZANELLA, 2009, p. 60 e 61).

Iniciada através de pesquisa exploratória, para levantamento bibliográfico primário e secundário definindo o estado da arte, passou-se à modalidade descritiva, ampliando os conceitos e caracterizando os resultados localizados. Por fim, por pesquisa analítica, compararam-se as correntes jurídicas existentes e seus impactos sobre os fatos sociojurídicos alvo, estudando suas causas e consequências (ZANELLA, 2009, p. 79 a 81).

A pesquisa teórica focou na prática dos processos de compras públicas, em especial dos comuns, como pesquisa qualitativa e exemplificativa dos tipos de vulnerabilidade vivenciados pelo Estado, ilustrando sua posição de consumidor. Teve como procedimentos básicos: o levantamento de bibliografia e a análise crítica de conteúdo. A amostragem configura-se nos achados literários e em decisões específicas dos tribunais judiciais e tribunais de contas (BRASIL, 2002. Lei 10.520, art.1º; ZANELLA, 2009, p. 59-75, 123-130).

Destaca-se que a problematização do objeto buscou, preliminarmente, os fatos jurídicos condicionadores da compreensão do assunto e, em seguida, os fatos sociais de modo a avaliar grau de eficácia dos primeiros e evidenciar, ou não, suas validades (aplicabilidade), pois a validade de uma norma pressupõe um mínimo de eficácia.

Por fim, dentre as limitações impostas a esta pesquisa destacam-se as precariedades na disponibilização de dados relativos: à quantidades de ocorrências consumeristas ligadas a contratos administrativos de consumo, na forma do item 3.2; à quantidade de conflitos resolvidos administrativamente e à quantidade que foi judicializada;



bem como na observada cultura jurídica de a Administração Pública Brasileira manter uma postura jurídica reativa e defensiva, em lugar da esperada proatividade na responsabilização de fornecedores pelos produtos e serviços vendidos ao Poder Público.

Dessarte, não são abertos procedimentos administrativos ou ajuizados processos judiciais em defesa dos interesses consumeristas do Estado, não sendo, por consequência, construída uma jurisprudência expressiva sobre o tema, o que possibilitaria a observação de tendências na adoção das correntes referenciadas e o oportuno amadurecimento da questão.

#### **4. Resultado**

Realizando revisão da literatura específica existente sobre o tema, levantaram-se apenas dois artigos científicos em livros com as seguintes autorias: Szklarowsky (2011) e Garcia (2012).

Nas bases de dados, buscou-se por 6 grupos de palavras: 1 - “consumidor; contratos; administrativos”; 2 - “código; consumidor; contratos; administrativos”; 3 - “aplicação; CDC; contratos; administrativos”; 4 - “submissão; contratos; administrativos; CDC”; 5 - “aplicação; código; consumidor; contratos; administrativos” e 6 - “submissão; código; consumidor; contratos; administrativos”.

Foram, assim, feitas buscas nas bases de dados. Nada foi localizado em: Revista da Faculdade de Direito da UERJ; Revista Brasileira de Ciências Sociais (Scielo Brasil); Revista Brasileira de Pós-Graduação (RBPG); Portal Periódicos Jurídicos; Portal Jurisprudência; Portal de Publicações do CEJ; Portal Jurídico Investidura; no banco de teses e dissertações em Direito da FGV; Revista Âmbito Jurídico e Capes.periodicos. Foram obtidos, após refinamentos nos instrumentos de buscas, resultados pertinentes ao tema “Estado como Consumidor” nas seguintes bases de dados: revista jurídica Jus Navegandi; um resultado pertinente para o grupo de palavras 2, no banco de teses e dissertações da Capes; no Google Acadêmico, obtiveram-se 2 resultados, mas um não estava disponível para consulta e outro já fora localizado na Revista Jus Navegandi.

Quanto às jurisprudências judiciais, limitar-se-ão a exemplos qualitativos, devido à dificuldade de localização de decisões referentes ao Estado como consumidor. Os meios de buscas trazem elevados resultados, sem refino, sendo a maioria sobre o Estado como fornecedor de serviços públicos e, portanto, impertinentes. As raras decisões localizadas são precedentes advindos de fontes secundárias, repetidas nos vários trabalhos específicos.

Passar-se-á, então, da pesquisa exploratória para a modalidade teórica, visando identificar o estado da arte e ampliar conceitos. Segue tabela resumo dos achados específicos.

Autor	Título	Editora/Revista
(LEITÃO, 2014)	O Estado consumidor: a vulnerabilidade por trás da supremacia.	Artigo científico publicado no periódico Boletim de Direito Administrativo.
(CARNOT, 2004)	Aplicação do código civil e do Código de Defesa do Consumidor na verificação da qualidade das obras pública.	Artigo científico publicado na Revista do Tribunal de Contas (TCE-PE).
(CUNHA, 2001)	. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos.	Artigo científico publicado na Revista TCU.
(GARCIA, 2012)	O Estado como consumidor.	Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas (livro).
(GUIMARÃES, 2015)	A Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos.	Trabalhos de conclusão de curso (Graduação em Direito) Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).
(NEVES, 2014)	A aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC – aos contratos administrativos.	Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes.
(PEREIRA JÚNIOR, 2008)	O Poder Público como consumidor.	Artigo científico publicado na Revista Virtual da AGU.
(TASSI, 2010)	O Código de Defesa do Consumidor e os contratos administrativos: a inaplicabilidade do CDC aos contratos de obras, serviços e fornecimento regidos pela lei 8.666/93.	Trabalhos de conclusão de curso (Graduação em Direito) Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).
(SZKLAROWSKY, 1999)	O código de Defesa do Consumidor e os contratos administrativos.	Artigo científico publicado na Revista Tributária e de Finanças Públicas
(SILVA, 2014)	A Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos.	Artigo científico publicado na Revista Jus Navigandi.
(VILAR, 2017)	A administração Pública como consumidora: aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos.	Trabalhos de conclusão de curso (Graduação em Ciências Jurídicas) da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Tabela 2 – Pesquisas específicas sobre aplicação do CDC aos contratos administrativos

Fonte: Bases das Revistas Jus Navegandi, Banco de Teses e Dissertações Capes e citadas.

#### 4.1 Estado da arte

Dentre os artigos específicos acima, verifica-se que o de Nogueira Carnot (2004, *passim*) tem abordagem mais restrita, por focar apenas nos contratos de obra públicas. Entende pela aplicação da Lei nº 8.078/1990 (Art.27) aos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia (que configurem relação de consumo), sendo possível exigir prestação de garantia e responsabilidade objetiva por vício oculto, admitindo prevalência do CDC sobre o Código Civil (BRASIL, 2002. Lei nº 10.406, art.618) e a Lei nº 8.666/1993. Sua posição se baseia na existência de vulnerabilidade técnica e fática para fiscalizar a execução do contrato.

Dos trabalhos de Carmen Leitão (2014) e de Marcelo José das Neves (2014), apenas os resumos foram acessados. Ambos defendem a aplicação do CDC aos contratos públicos, por haver casos de vulnerabilidade. Neves (2014) reconhece a incidência por vulnerabilidade técnica ou fática, desde que o objeto não seja aplicado em atividade negocial, é finalista.

Dentre os textos acessados, nenhum considerou os impactos de se aplicar ou não o Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Administrativos, sob o ponto de vista da formação do preço dos objetos contratuais, analisando a economicidade, como feito aqui.

Dos autores específicos sobre o tema, se posicionam pela inaplicabilidade do CDC apenas Marçal Justen Filho (2012, p. 252); Pedro Paulo Cristofaro (p. 132 *apud* GARCIA, 2012, p. 243-244) e Caio Tácio (*apud* SZKLAROWSKY, 2011, p. 974).

Defendem a aplicação do CDC aos contratos administrativos, pelo maximalismo: Pereira Júnior (2008, p. 3, 5); José Geraldo Brito Filomeno (p. 30, *apud* CUNHA, F., 2001, p. 33); Szklarowsky (2011, p. 974) e Flávio Amaral Garcia (2012, p. 247). O último destaca, ainda, que os contratos celebrados por entes públicos de Direito Privado não se classificam como contratos administrativos e, como são de Direito Privado se submetem a tais regras.

Somente Bruno Borges Junqueira Tassi (2010, p. 36) defende a aplicação do CDC aos contratos administrativos, segundo corrente finalista, isto é, somente quando o objeto for aplicado em proveito próprio, por entender que o Estado não é vulnerável.

São favoráveis a aplicação do CDC aos contratos administrativos, segundo corrente finalista mitigada à comprovação de vulnerabilidade fática, jurídica ou econômica: Cunha (2001, p. 33-34); Vilar (2015, p. 69); Guimarães (2015, p. 58-59) e Silva (2014, p. 4).

Em pesquisa qualitativa às fontes jurisprudenciais, destacam-se os seguintes precedentes pela inaplicabilidade do CDC:

## APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1. Inexistência de relação consumerista, dada a observância de regras específicas para contratos administrativos. Pacto que se pauta pelas regras de direito público. 2. Inadimplemento contratual pelo particular que justifica a rescisão, com respaldo no artigo 78 da Lei 8.666/93. Sentença mantida. Recurso desprovido". (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0007986-30.2008.8.26.0097. Quinta Câmara de Direito Público, rel. Nogueira Diefenthäler, j. 22/03/2012, p. 05/04/2012, *apud* SILVA, 2014, p. 4).

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. Contratação dos serviços de Rede de Transporte de Telecomunicações para atender aos órgãos da administração municipal. Mandado de segurança onde postula a impetrante, primeira apelante, a concessão de ordem para determinar-se a republicação do edital e a nulidade dos itens deste que fixam o índice de liquidez em 1 e que submetem o contrato ao Código de Defesa do Consumidor. Liminar concedida parcialmente para determinar que a abertura das propostas seja feita a partir de 30 dias da publicação da última errata do edital. Sentença que declara a perda de objeto do primeiro pedido, a carência acionária quanto ao segundo, concedendo a ordem, quanto ao terceiro, para afastar as normas do CDC (...) A Administração não é a parte vulnerável na relação contratual. Não é, portanto, consumidora. Não se podem aplicar ao contrato administrativo as normas previstas na legislação consumerista. Aplicação do art. 4o, I, CDC. Apelações a que se nega provimento (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 2007.001.54374. Quarta Câmara Cível, rel. Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j.08/01/2008, *apud* VILAR, 2015, p. 62).

Reconhecem a incidência do CDC, mesmo em atividades negociais, desde que fique comprovada ocorrência de vulnerabilidade da Administração (finalista mitigada):

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRATO ADMINISTRATIVO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO - INCOMPETÊNCIA DO PROCON - NULIDADE DA MULTA APLICADA. 1. Em se tratando de contrato administrativo, em que a Administração é quem detém posição de supremacia justificada pelo interesse público, não incidem as normas contidas no CDC, especialmente quando se trata da aplicação de penalidades. 2. Somente se admite a incidência do CDC nos contratos administrativos em situações excepcionais, em que a Administração assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, o que não ocorre na espécie, por se tratar de simples contrato de prestação de serviço de publicidade. 3. Incompetência do PROCON para atuar em relação que não seja de consumo. 4. Recurso ordinário

em mandado de segurança provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RMS: 31073 TO 2009/0210689-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 26/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: DJe 08/09/2010 *apud* TASSI, 2012, p. 64, 65)

Tenho que, a partir da combinação do artigo 2º com o inciso I do artigo 4º, ambos da Lei nº 8.078/1990, mitigou-se a aplicação da teoria finalista, chega-se, em situações excepcionais, a um novo conceito de consumidor, pautado na apreciação da vulnerabilidade, de modo que até mesmo uma pessoa jurídica possa ser classificada como consumidora, com a aplicação do art. 29 do CDC. Pode-se concluir que é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do CDC aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que atendida a seguinte condição: 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. (PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado Pará. Terceira Câmara Cível, Apelação Cível e Reexame de Sentença nº 20073009633-3, rel. Des. Maria Rita Lima Xavier, j.03/09/2010, p. 13/09/2010, 2010 *apud* SILVA, 2014, p. 4).

Pela admissão de uso das regras do CDC sem qualquer restrição, além do requisito legal de retirada do objeto contratual do ciclo de produção (circulação) - maximalista:

AÇÃO ORDINÁRIA Furto de equipamento médico em repartição pública – Empresa contratada para serviço de vigilância patrimonial Previsão contratual de responsabilidade civil em caso de danos causados em função da execução dos serviços Dever de ressarcir prejuízo decorrente de furto, independentemente das circunstâncias, por expressa previsão contratual Aplicação, ademais, da regra do artigo 14, §1º, do CDC. Recurso provido Sentença reformada. (TJSP, Apelação Cível nº 0030881-25.2005.8.26.0053, Sétima Câmara de Direito Público, rel. Luiz Sérgio F. de Souza, j.27/02/2012, p. 01/03/2012, 2010 *apud* SILVA, 2014, p. 4).

Não foi localizada qualquer decisão favorável à aplicabilidade da lei consumerista, desde que o objeto não tenha sido aplicado em atividade negocial, ou seja, teoria finalista.

Observa-se que há poucos julgados sobre casos do tipo: Administração Pública pleiteando reconhecimento como consumidora para responsabilização de fornecedor contratado administrativamente, revelando uma atitude reativa (defensiva) do Estado em relação a propositura de ações para defesa de seus interesses consumeristas.

Já em relação ao entendimento das Cortes de Contas destacam-se as seguintes deliberações exemplificativas do entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU):

#### ACÓRDÃO 1731/2008 PLENÁRIO

No entender deste Tribunal, a Administração Pública deve ater-se ao rol dos documentos elencados nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações para fins de habilitação, não sendo lícita a exigência de nenhum outro documento que não esteja ali apontado (Decisão no 202/1996 - Plenário, Decisão no 523/1997 - Plenário, Acórdão no 1.602/2004 - Plenário, Acórdão no 808/2003 - Plenário) considerando que a carta de solidariedade não integra a relação de documentos dos artigos mencionados, não se contempla a possibilidade de sua exigência.

A área técnica alega preocupar-se com a criação de mecanismos de proteção que garantam a Administração a prestação eficiente dos serviços contratados.

Contudo, não é possível o estabelecimento de exigências adicionais, além das previstas em lei, para a fase de habilitação. Existem outros meios para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas, como a possibilidade de se pontuar a referida garantia na licitação tipo técnica e preço, como já mencionado, ou a exigência de garantia para a execução contratual, conforme o art. 56 da Lei de Licitações, ou ainda a estipulação de multa contratual. **Ademais, como mencionado no Acórdão no 1.670/2003 - Plenário, já existe a previsão legal de responsabilidade do fabricante no próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em seus artigos 12 e 18, a seguir transcrito, que protege a Administração Pública contra eventual prejuízo pelo não cumprimento fiel do objeto contratado.** Assim, não há necessidade de se estabelecer tal exigência nos editais de licitação, pois, além de ser desnecessária, restringe o caráter competitivo do certame licitatório. **“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2010, p. 337 e 338. Grifo nosso).**

#### ACÓRDÃO 2056/2008 PLENÁRIO (VOTO DO MINISTRO RELATOR)

O art. 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 as condições de aquisição e pagamento semelhantes as do setor privado.**

Além do dispositivo precitado, o art. 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.**

Assim, **devem ser aplicadas aos contratos administrativos as regras do Código de Defesa do Consumidor, bem assim as demais disposições de direito privado**, no que couber e o que não atentar as normas de direito público (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2010, p. 760. Grifo nosso).

ACÓRDÃO 1670/2003 ATA 44/2003 - PLENÁRIO - 05/11/2003. Relator: LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

[...]

**O TCU vem reconhecendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para a Administração Pública**, no polo passivo da relação de consumo. O exemplo, a Decisão 634/96 - Plenário, traz a seguinte passagem extraída do Voto do Exmo. Senhor Ministro Homero Santos: 'A Carta Magna, entre os princípios que estabelece para a atividade econômica (art. 170), consagra o da livre concorrência (inciso IV) e o da defesa do consumidor (inciso V). A Administração Pública enquadra-se perfeitamente como consumidora nesse contexto -- sendo em muitos casos, inclusive, consumidora majoritária de determinados bens ou serviços ofertados pela iniciativa privada -- para efeito da proteção conferida pela Constituição Federal e pela legislação ordinária aos consumidores em geral, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.'

[...]

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), especificamente em seu art. 18, é claro ao estabelecer responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor de produtos, o que torna desnecessário o pedido, por parte da Administração, de declaração de solidariedade, pois **a Lei já determina que existe essa solidariedade**. Aliás, o art. 3º do CDC preceitua que *'fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços'*. Como a responsabilidade é solidária para o CDC, em regra, não existe diferença entre o fornecedor e a fabricante.

Assim, entende-se que a **Administração pode até vir a incluir em seu edital e contrato que o fabricante terá responsabilidade solidária com o fornecedor do produto**, mas isso não autoriza o Poder Público a solicitar documento referente ao produto a ser adquirido, que é desnecessário e que pode vir a acarretar problemas na

licitação. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2003, p. 4. *Grifo deles, grifo nosso*).

Cunha (2001, p. 30) salienta que o Tribunal de Contas da União reconheceu a aplicabilidade do CDC aos contratos administrativos com base no art. 2º da Lei nº 8.078/90, no qual o único requisito legal seria ser destinatário final, conforme processo TC-015.972/1999-2 do TCU, Relatório de Auditoria feita no Instituto de Pesquisas da Marinha – IpqM, no qual a aquisição de um Sistema de Controle Tático para emprego no navio Aeródromo Ligeiro – NaeL “Minas Gerais”, incluindo sistemas de apoio terrestres destinados à manutenção de software e hardware e capacitação, possuía garantia técnica que faria o contrato durar além dos sessentas meses, prorrogáveis excepcionalmente por mais 12 meses (art. 57, inc.II e §4º, da Lei 8.666/93). No caso, o contrato celebrado duraria seis anos, onze meses e sete dias.

Nesta decisão, o TCU (3ªSECEX) reconheceu a aplicação do CDC e entendeu não ser necessário prorrogar a vigência do contrato administrativo em prazo que fosse suficiente para dar cobertura contratual ao objeto até o termo final estipulado para a garantia técnica, pois se aplicaria o art.50, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, quanto ao termo de garantia. Já a garantia do serviço seguiria o art.69 e o art.73, §2º, da Lei 8.666/93. Remetido ao Ministério Público, o mesmo foi favorável à aplicação do CDC (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2002, p. 3).

Em tempo, mencionam-se aqueles contratos administrativos em forma, mas privados em conteúdo. Neles a Administração atua em paridade segundo as regras de direito privado: contratos de seguro e leasing, casos em que prevalecem às legislações específicas daqueles objetos ante ao Regime de Contratação Pública, não havendo porque afastar a incidência do CDC em tais contratos privados da Administração (GARCIA, 2012, p. 246).

Convém, ainda, destacar os entendimentos doutrinários sobre caracterização da vulnerabilidade da Administração, posto que definem os casos de incidência do CDC nos contratos administrativos, para os adeptos da teoria finalista mitigada.

Preliminarmente ressalta-se que não enfrentam diretamente a vulnerabilidade jurídica e fática: Szklarowsky (2011, p. 971-975) e F. Garcia (2012, p. 247-250). E que Pereira Júnior (2008, p. 2) defende haver uma vulnerabilidade geral, presumida a todos os enquadrados como consumidor, segundo corrente maximalista, haja vista que o CDC seria “código geral sobre o consumo” (MARQUES, 1992, p. 67-69 *apud* PEREIRA, 2008, p. 2).

Dos achados, sobre a vulnerabilidade jurídica, CUNHA (2001, p. 32) a associa à “falta de conhecimento e meios jurídicos específicos, bem como a ausência de condições para ter acesso a eles”, assim considera que a existência de uma Assessoria Jurídica para consulta no órgão a elidiria. (VILAR, 2015, p. 58; TASSI, 2010, p. 38). Contudo, nos menores municípios, no interior, nem sempre há esta disponibilidade de equipe



jurídica para apoio, ou com estrutura suficiente para atender a demanda (SILVA, 2014, p. 2; GUIMARÃES, 2015, p. 52).

Silva (2014, p. 2), alega estar tal vulnerabilidade caracterizada, ainda, no desconhecimento da legislação consumerista por parte dos Assessores Jurídicos dos órgãos. Assim, deixariam de orientar e de lançarem mão desse instrumento constitucional, protetivo, de alcance transversal, nos casos possíveis, configurando falta de conhecimento específico sobre o tema, afetando a qualidade da execução contratual pública (GUIMARÃES, 2015, p. 53).

Destaca-se aqui, a impossibilidade de alteração das cláusulas dos contratos de adesão e das condições gerais, a qual caracteriza vulnerabilidade jurídica da Administração, quando os assinam. Havendo aqui aplicação do CDC por determinação específica do seu art.54, como já tratado no item 3.2 (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078).

Nessa modalidade estão os contratos de serviço de massa prestados por concessionárias: luz, água, gás canalizado e telecomunicações. O costume comercial é a solicitação a instalação e a via do contrato de adesão sequer é fornecida. Costuma estar disponível em sítios ou no Registro de Títulos e Documentos à disposição de quem quiser procurá-los (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078, art.54, §§3º e 4º).

Defendem, ainda, que o Estado não é vulnerável juridicamente, mas superior, devido a existência de cláusulas exorbitantes e mecanismos legais que privilegiam o Poder Público na relação, dando-lhe a prerrogativa de definir os termos contratuais (seriam contratos de adesão para o fornecedor): Justen Filho (2012, p. 252); Pedro P. Cristofaro (p. 132 *apud* GARCIA, 2012, p. 243-244) e Caio Tácio (*apud* SZKLAROWSKY, 2011, p. 974);

Sobre as considerações localizadas a respeito da vulnerabilidade técnica, Flávio Amaral Garcia (2012, p. 248) coaduna com o posicionamento adotado nesta pesquisa, de não ser possível presumir que os servidores públicos responsáveis pela definição dos vários objetos contratuais tenham domínio técnico sobre a produção de todos eles, em suas respectivas complexidades<sup>4</sup>. As descrições refletem as usuais dos mercados, disponibilizadas pelos fornecedores ou advêm de outros órgãos. Defende haver assimetria técnica entre os servidores e os fornecedores, relativa à evolução tecnológica (CUNHA, 2001, p. 33; SILVA, 2014, p. 2; GUIMARÃES, 2015, p. 52).

Vilar (2015, p. 69), somente aceita a ocorrência de vulnerabilidade técnica em casos específicos a serem comprovados, ou seja, não pode ser presumida (finalista mitigada) devido a Administração definir tecnicamente os termos e condições do objeto. Nessa linha: Justen Filho (2012, p. 252); Cristofaro (p. 132, *apud* GARCIA, 2012, p. 243-244); Caio Tácio (*apud* SZKLAROWSKY, 2011, p. 974); Tassi (2010, p. 38); e

---

<sup>4</sup> “Desde a compra de papel, caneta e clipes até sistemas de informática de alta tecnologia e, por tal razão, o Poder Público não terá corpo técnico especializado em todas as áreas e, por óbvio, não irá acompanhar todas as inovações referentes ao objeto da contratação” (GARCIA, 2012, p. 248).

precedentes dados pela inaplicabilidade do CDC haja vista estarem os contratos submetidos a Regime Jurídico Próprio: Apelação n. 2007.001.54374 no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (*apud* VILAR, 2015, p. 62) e Apelação Cível nº 0007986-30.2008.8.26.0097 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*apud* SILVA, 2014, p. 4).

Por fim, sobre vulnerabilidade fática, Tassi (2010, p. 40) coloca a vulnerabilidade fática ou econômica como “capacidade financeira desproporcional” entre as partes, sendo a do consumidor presumidamente inferior à do fornecedor. E, com base nisso sustenta que devido ao orçamento público federal, não haveria meio de considerar o Estado em vulnerabilidade econômica inferior, estando em igualdade ou acima de muitos dos fornecedores (VILAR, 2015, p. 59). Diametralmente, Silva (2014, p. 2) usa o mesmo conceito de vulnerabilidade econômica, mas conclui a favor da vulnerabilidade da Administração Pública, devido ao desequilíbrio das contas públicas dos entes federativos, referindo-se ao volume das dívidas públicas dos mesmos.

Consideram ser perfeitamente possível que o Estado se ache em situação de vulnerabilidade fática ou econômica, segundo o conceito descrito em Claudia Lima Marques (2009, p. 330-331): Jatir Batista da Cunha (2001, p. 33); Guimarães (2015, p. 54).

## 5. Discussão

Inicia-se, então, a análise crítica da matéria, considerando o referencial teórico, condicionantes jurídicos, e os fatos sociais condicionantes, de modo a relacionar os modelos mentais à prática. Quanto às teorias jurídicas determinadoras do alcance da Lei nº 8.078/1990, frente ao regime especial das contratações públicas representado pela Lei nº 8.666/1993 e Lei 14.133/21, infere-se que é perfeitamente aplicável a doutrina consumerista aos contratos públicos, por serem compatíveis e objetivarem o restabelecimento do equilíbrio contratual.

Os estatutos das licitações preveem a “aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado”, de onde se infere que o legislador não pretendeu excluir a aplicação de outros ramos do Direito sobre os contratos administrativos. Viu-se no item 3.2 que o CDC tem alcance horizontal, hierarquia constitucional e se trata de um regramento principiológico de ordem pública e subjetivamente<sup>5</sup> especial, devendo ter seu campo de atuação justaposto ao do regime público de contratações, atuando em conjunto (BRASIL, 1988. CRFB, art.5º, inc. XXXII; BRASIL, 1993. Lei nº 8.666, art.54; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art.89).

Questionando-se de que forma se daria essa aplicação, a resposta depende da corrente doutrinária a ser considerada: maximalista, finalista, finalista mitiga. Segundo

---

<sup>5</sup> Relativo aos sujeitos da relação jurídica contratual.

a corrente maximalista, o Estado será abarcado sempre que retirar um bem ou serviço de circulação. Independente de os insumos ou serviços serem aplicados em suas atividades negociais ou em serviços públicos remunerados, pois nesta teoria não há restrições quanto ao uso dado ao objeto (se profissional ou não) (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 60-61, 68).

Estariam excluídos os objetos contratados para revenda e beneficiamento por não finalizarem a cadeia produtiva. Um exemplo seria uma compra de petróleo feita por Estatal do ramo, para processo de refino e posterior distribuição aos postos da rede, em complementação a produção nacional. Dessarte, a referida corrente só afasta a pessoa jurídica da incidência do CDC quando figurar como intermediária, não sendo uma destinatária final (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 60-61, 68; BRASIL, 1990. Lei nº 8.078, art.2º).

Pela corrente finalista, a pessoa jurídica é consumidora se não aplicar o objeto da relação de consumo em sua atividade profissional lucrativa. Ora, a Administração Pública com personalidade jurídica de Direito Público não exerce atividade com fins lucrativos, mas sim de interesse público. Logo, para esta corrente, é perfeitamente aplicável o CDC às pessoas jurídicas de Direito Público, sem necessidade de produção de prova de vulnerabilidade, posto que não há atividade econômica envolvida. Ressalva-se a aplicação do objeto contratado em Serviços Públicos remunerados, pois podem caracterizar exercício de atividade lucrativa, demandando análise quanto à prova de vulnerabilidade (MARQUES, 2011, p. 305, 355).

Já a Administração Pública com personalidade jurídica de Direito Privado, além de suas atividades econômicas, pratica ações de rotina, não ligadas à atividade negocial lucrativa, que demandam produtos e serviços. Aqui, para finalistas, o CDC se aplicaria apenas às contratações para uso não negocial. Fora do ramo do ente não é necessário provar vulnerabilidade; investindo no negócio tratar-se-á de consumo intermediário, afastando o CDC (MARQUES, 2011, p. 305, 355).

Nessa toada, cita-se Arnold Wald (1991, p. 14 *apud* CAVALIERI FILHO, 2009, p. 67) explicando que “pessoas jurídicas de direito civil sem caráter empresarial, como fundações e associações”, bem como as de cunho empresarial, quando o objeto de consumo não for vinculado à sua atividade produtiva, podem ser consideradas consumidoras, segundo corrente finalista. E relembra-se lição de Antônio H. V. Benjamin (1988, p. 77 *apud* CAVALIERI FILHO, 2009, p. 67) demonstrando que microempresas consumindo objetos fora de sua especialidade e conhecimentos técnicos são vulneráveis, carecendo da proteção do CDC; bem como reforçando o enquadramento de entidades sem fins lucrativos (“fundações públicas, associações de interesse público, hospitais e partidos políticos”) como consumidores.

Ou seja, se há o reconhecimento imediato de entidades sem fins lucrativos como consumidoras em razão da personalidade jurídica de Direito Público, por indução conclui-se que o mesmo deve ser feito em prol do próprio Poder Público, quando em

sua atividade precípua e de interesse público, sem fins de lucro. Foco somente no social.

Por fim, sob o prisma da corrente finalista mitigada, inicialmente as entidades públicas com personalidade jurídica de Direito Privado estariam fora da cobertura protetiva do CDC, por suas atividades econômicas. Contudo, esta corrente aceita produção de prova de vulnerabilidade para seu enquadramento como consumidor, relativizando a aplicação sobre atividade negocial (MARQUES, 2011, p. 342, 364, 353; GARCIA, 2012, p. 246).

Nesses casos, as entidades empresariais da Administração Pública Indireta de personalidade de Direito Privado, devem comprovar: a destinação final de fato para proveito próprio; a não aplicação do objeto contratado na atividade econômica ou em serviço público remunerado; e, por fim, a vulnerabilidade técnica, fática ou jurídica a ser contraditada pelo fornecedor. Não seria possível aplicar o CDC diretamente, com inversão do ônus da prova, por exemplo, ao menos inicialmente (MARQUES, 2011, p. 342, 364, 353; GARCIA, 2012, p. 246).

O mesmo caminho acima reflete a corrente finalista aprofundada, sendo que esta propõe análise mais criteriosa sobre as provas de vulnerabilidade. Quanto à hipervulnerabilidade dessa corrente, não se visualiza possibilidade para a Administração Pública por se basear em viés personalíssimo (pessoa física).

Adiante, estuda-se a aplicação do CDC aos contratos públicos segundo os tipos de vulnerabilidade justificantes do enquadramento do Estado como consumidor, para os adeptos da corrente finalista mitiga, corrente mais adotada pelo Poder Judiciário. O Estado poderia se ver em situação de vulnerabilidade técnica, fática ou jurídica, ao menos eventualmente?

Sempre haverá situações fáticas nas quais o Estado estará vulnerável ante o seu fornecedor, nas relações de consumo. Não se trata de um rol taxativo, apenas exemplificativo, devendo ser analisado a cada contrato administrativo em concreto, considerando o contexto do ente público e do fornecedor contratado, a fim de verificar se naquela relação contratual ocorre uma das três vulnerabilidades de modo a justificar a proteção consumerista.

O que pode ser afirmado é que haverá vulnerabilidade jurídica toda vez que a Administração Pública celebrar contratos de adesão, estando salvaguardada pelo CDC. Nesses tipos de contrato, tal vulnerabilidade é presumida, segundo correntes maximalista, finalista e sua versão mitigada, dado que não é possível alterar significativamente seus conteúdos. Como dito, o formato da contratação é a prova reconhecida da desvantagem do consumidor.

É notória a dificuldade para visualizar casos de o Estado sofrer de vulnerabilidade jurídica em um contrato administrativo. Isto porque esta repousa sob duas vertentes: existência de Assessoria Jurídica Capacitada e possibilidade de discutir e alterar

os termos do contrato, ambas normalmente disponíveis a qualquer Administração Pública. Considerando que os termos e condições dos contratos administrativos são elaborados pela Administração (definidos nos termos de referência e projetos básicos em Editais Licitatórios e Contratações Diretas); e que todos os entes deveriam ter um corpo jurídico, efetivo ou terceirizado, para consultas, de modo que restaria prejudicada.

No entanto, como destacado na revisão bibliográfica (SILVA, 2014, p. 2), haverá casos em que esta estrutura de jurídica será falha, insuficiente ante a demanda ou inexistente. Além do fato de que ela poderá sofrer com a falta de expertise em Direito Consumerista, deixando tais instrumentos legais para defesa do Estado consumidor em segundo plano, se forem utilizados.

Verifica-se que o Regime Público de Contratações, fortalecendo a posição da Administração Pública com cláusulas exorbitantes e sanções administrativas, não impede que ocorram situações de vulnerabilidade jurídica em um contrato de consumo. O amparo da Lei 8.078/1990 não viria para dar ao Estado uma posição de supremacia, mas para o simples restabelecimento do equilíbrio do contrato, paridade de forças entre as partes.

Observa-se que a nova Era do Conhecimento e da Informação criou novas demandas para o Poder Público, com características de produtos e serviços de massa em alto nível de padronização. Quando o ente requisita a contratação desses bens e serviços comuns, disponíveis em modelos padronizados, ela não pode fugir das especificações praticadas pelos mercados. Não é criado um objeto especificamente para atender a Administração, ela vai ao mercado, pesquisa as alternativas, define o objeto mais adequado às suas necessidades, transcrevendo para seus projetos básicos/termos de referência as descrições, os termos e condições gerais de contratação massificados pelo mercado privado. Isto é, usam os descritivos definidos pelos próprios fornecedores nos seus manuais, sítios e meios de divulgação.

Ou seja, são contratos administrativos somente em forma, pois o conteúdo equivale ao definido pelos fornecedores do objeto. Trata-se, aqui, de casos nos quais não é possível, de fato, fugir das alternativas de contratação disponíveis no mercado, sob o risco de se ver a “Licitação Deserta” ou “Frustrada”. Replicar os contratos de adesão e as condições gerais padronizados pelos fornecedores é a única saída deixada ao Poder Público, que se vê na situação de: pegar ou largar. Logo, deve-se reconhecer a natureza de adesão dos contratos administrativos elaborados nessas condições de restrição jurídicas, imposta pelo mercado (BRASIL, 1993. Lei 8.666, Art.24, inc. V; BRASIL, 2021. Lei 14.133, art.75, inc. III, “a”, “b”; CARVALHO FILHO, 2009, p. 243).

Em verdade, seria possível substituir a minuta do contrato administrativo pelos referidos instrumentos contratuais dos fornecedores, sem que ocorresse qualquer alteração significativa quanto às cláusulas obrigacionais do contrato. Não raras vezes os termos de adesão dos fornecedores são juntados aos autos dos procedimentos

como peças instrutórias. Essa demonstração da existência de pacotes pré-moldados de cláusulas e condições de serviços e de fornecimento de bens evidencia esta vulnerabilidade que é jurídica, técnica e fática.

Tais situações ocorrem, comumente, em contratos administrativos celebrados com concessionárias de luz; serviço de água e tratamento de esgoto; manutenções de elevadores e de equipamentos de grande vulto (tomógrafo, ressonância). Têm a forma de contrato administrativo e o conteúdo obrigacional vinculado às mesmas condições gerais de contratação (pacotes de serviços) que o fornecedor utiliza no mercado privado. Do contrário, não há contratação.

Em relação à ocorrência de vulnerabilidade fática ou econômica da Administração Pública em seus contratos, destaca-se que é um viés cuja análise deve ser feita ante o poderio econômico do fornecedor, nunca do consumidor. Não importa se o consumidor é economicamente abastado ou pobre. Esse tipo de vulnerabilidade se dá em decorrência da capacidade de o fornecedor subjugar o mercado às suas condições de contratação.

E essa capacidade advém do poder econômico que o fornecedor possui. Por ser proprietário dos meios de produção, por influenciar o mercado, intervir na concorrência, por manipular o comportamento das massas, ditar moda, vincular seus produtos ao ganho de “status” social, por usar os meios publicitários para vender ilusões, fazendo negócios dentro das condições fáticas que lhes interessam.

São situações típicas de mercados restritos: monopólios (um fornecedor), oligopólios (poucos fornecedores), monopsônio (um comprador) e oligopsônio (poucos compradores). Nesses mercados-tipo, os fornecedores se unem em associações (clandestinas ou formais) padronizando condições gerais de contratos e suas ações, forçando os compradores às suas condições. Exercem verdadeira dominação no mercado, de modo que ou se aceita o pacote posto, ou não se acessa o serviço ou bem. O mesmo vale para as práticas de cartéis, trustes e holding<sup>6</sup>, posto que, junto com os mercados restritos, provocam não só vulnerabilidade fática, como também jurídica e técnica (PINHEIRO, 2012, p. 20).

Esses fornecedores de grande poder econômico, com suas ações sobre o mercado, corrompem a concorrência, fraudando, inclusive, as disputas de preços em licitações. Como são empresas do mesmo grupo econômico, agem para dominar o mercado, combinando preços e limites máximos de descontos, dividindo entre si os certames públicos; simulando disputas em licitações; excluindo e ameaçando aqueles

---

<sup>6</sup> Cartel é a padronização dos preços dos mesmos produtos em diferentes empresas. A empresa que se recusa a participar do cartel é sabotada e seus proprietários, ameaçados”. “Trustes são formados quando proprietários de empresas concorrentes se tornam sócios de uma única grande empresa. Assim, passam a controlar grande parte do mercador”. Surgem as Holdings quando empresários adquirem empresas de um mesmo ramo de modo que “começam a controlar ações de duas ou três empresas concorrentes, que produzem um mesmo produto”, acabando com a concorrência (DASCENA NETO, 2017).

que não se conduzirem conforme a cartilha ditada. Assim, retiram do Estado a oportunidade de operar em um mercado livre e concorrencial, no qual a variedade de fornecedores e compradores ajusta a oferta e a demanda a um nível de preço e de quantidades em equilíbrios (PINHEIRO, 2012, p. 20).

Às vezes, ao rescindir um contrato unilateralmente, ao convocar a segunda colocada da licitação para contratar o saldo remanescente, o Estado encontra uma empresa do mesmo grupo ou domínio econômico, configurando vulnerabilidade fática. Ou seja, a rescisão não alcança a finalidade de mudar o cenário e o Poder Público não tem meios efetivos de defesa, por serem empresas distintas, até mesmo em quadro societário. Necessita-se investigar e coletar provas (BRASIL, 1993. Lei 8.666, art.24, inc. XI; BRASIL, 2021. Lei 14.133, art.90, §7º; art.137).

Assim, a abordagem de o Estado não sofrer vulnerabilidade fática ou econômica por ter recursos financeiros a sua disposição é errônea porque o foco conceitual, tal qual explica Claudia Lima Marques (2011, p. 330-331), é sobre o fornecedor. Consumidores de alta renda também são vulneráveis fáticos e econômicos (TASSI, 2010, p. 40; VILAR, 2015, p. 59; SILVA, 2014, p. 2).

Já a vulnerabilidade técnica é um tipo mais comum de ocorrer e de ser demonstrar. O fato de a Administração Pública definir o objeto de suas contratações não é suficiente para presumir a capacidade técnica de quem o especificou. Nem muda o fato de que os bens e serviços a serem adquiridos são os disponíveis no mercado, segundo descritivos e padrões lá definidos. Alterar esses pacotes padronizados pode significar não haver um fornecedor. O objeto contratado pelo setor público é o mesmo do privado, não é uma vantagem para a Administração o simples fato de definir o objeto num termo de referência ou projeto básico. Contestam-se, assim, os argumentos nesse sentido (GARCIA, 2012, p. 247; JUSTEN FILHO, 2012, p. 252; CRISTOFARO, p. 132, *apud* GARCIA, 2012, p. 243-244; TÁCIO *apud* SZKLAROWSKY, 2011, p. 974; TASSI, 2010, p. 38).

A massa das contratações públicas é formada por despesas correntes visando manutenção, representadas por bens e serviços comuns, disponíveis no mercado e contratados por pregão eletrônico, ou por dispensa e inexigibilidade de licitação, conforme o caso. Poucos são os serviços e bens desenvolvidos especialmente para atender a Administração. São compras massificadas, nos padrões do mercado, que nada tem de especial (BRASIL, 2002. Lei nº 10.520; BRASIL, 2021, Lei nº 14.133; BRASIL, 2000. Decreto nº 3.555; BRASIL, 2005. Decreto nº 5.450).

Além disso, não se devem ignorar as dificuldades de especificar os objetos contratuais: carência de pessoal; falta de capacitação técnica sobre o objeto e sobre a forma

de elaboração do projeto básico/termo de referência. Tais documentos, em tese, técnicos costumam ser um produto a lá “Frankenstein”<sup>7</sup>, de partes de várias fontes desarmônicas: documentos semelhantes; catálogos de especificações de outros órgãos e dos sítios dos fornecedores, disponíveis na Internet.

Não há domínio sobre as técnicas de produção dos objetos, suas características e funcionalidades, adequação aos fins e a necessidade de contratações correlatas como insumos, estruturas e outros serviços. Tudo isso torna a arte de requisitar um laboratório empírico de tentativa, erro e aprendizado. Esta é a realidade de quem requisita objetos “de alfinete à foguete”<sup>8</sup>.

Somado a isso, existe a vulnerabilidade informacional atrapalhando a liberdade de escolha do consumidor. A Era do Conhecimento e da Informação superlota os consumidores de novidades de modo que não é possível acompanhar as evoluções tecnológicas dos mercados e dos objetos. Não se conhece o suficiente para identificar quais são às melhores alternativas; os substitutos; os riscos atrelados ao consumo; e se ter certeza quanto aos resultados prometidos e alcançáveis. São produtos novos, conceituais, sem passado que os referenciem, transformando todos em consumidores cobaias (MARQUES, 2009, p. 337).

Por último, destaca-se a falta de meios para aferir a qualidade e as especificações dos objetos, quando do recebimento (comparação entre o contratado e o que foi entregue). Na conferência, os fiscais de contrato da Administração ficam restritos a inspeção visual de unidades e componentes de um todo. Havendo grande quantidade, confere-se por amostragem, permitindo que vícios, nos lotes não inspecionados, passem despercebidos. O mercado viu que vender para a Administração era uma excelente oportunidade de se livrar de estoques obsoletos, inservíveis e eivados de vício. São canetas que não escrevem, papéis e copos descartáveis quebradiços, móveis desnivelados e frágeis, alimentos vencidos, quantidade menores, dentre outros problemas.

Ou seja, o Estado é vulnerável tecnicamente, embora haja exceções, como quando: o objeto contratado é afim a atividade principal do órgão; e o ente dispõe de técnicos para defini-los e recebê-los. Citam-se a compra de material médico-hospitalar requisitado por médicos e farmacêuticos; a obra projetada por um engenheiro civil ou o serviço de manutenção de elevadores descrito por engenheiro mecânico.

---

<sup>7</sup> Romance de Mary Schelley, escritora britânica, que é considerado como a primeira obra de ficção científica da história. Nele, um estudante de ciências naturais constrói um monstro a partir de partes de vários corpos diferentes. O monstro, além de não tem harmonia em sua aparência, tem personalidade assassina e grande força, deixando um rastro de homicídios por onde passa (WIKIPÉDIA, 2017).

<sup>8</sup> Expressão da logística pública que expressa a dificuldade de gerenciar contratos administrativos relativos a um portfólio tão variado e complexo de objetos, exigindo um leque de profissionais especializados por tipo, nem sempre disponíveis, para fiscalização contratual ou consulta esporádica, evidenciando a vulnerabilidade técnica do Estado frente aos contratos de consumo.



Assim, as dificuldades sofridas pelos particulares, na relação de consumo, também atingem os servidores da Administração Pública. Isso porque nenhuma organização existe de fato, são ficção jurídica, o que existe são as pessoas que a compõem. Quem descreve o objeto a ser contratado está exposto a todas as práticas de mercado que qualquer pessoa física está. Tanto na fase pré-contratual, na escolha do mais adequado ao fim público face às opções disponíveis no mercado (análise de cenário), incluindo a influência da publicidade, quanto nas fases de execução e do pós-contratual, na gestão dos vícios e problemas surgidos (PEREIRA JÚNIOR, 2008, p. 1).

Em tempo, mencionam-se que o CDC incide sobre os contratos celebrados pela Administração Pública que tenham natureza jurídica de direito privado, posto que são contratos administrativos apenas em forma, mas privados em conteúdo, não se sujeitando ao Regime de Contratações Pública. (GARCIA, 2012, p. 246).

Finalizando a presente discussão, critica-se os que sustentam a inaplicabilidade do CDC aos contratos administrativos com base no entendimento de não existir vulnerabilidade em contratações entre fornecedor e a pessoa jurídica da Administração Pública, sem flexibilizações. Posto que, como transcrito acima, há casos concretos de vulnerabilidade, em suas três formas, sendo claramente possível enquadrar o Estado como consumidor.

Nesse sentido, Caio Tácito (*apud* SZKLAROWSKY, 2011, p. 974) classifica o Poder Público como consumidor intermediário<sup>9</sup> apenas porque aplica os objetos de suas contratações na prestação de serviços públicos. Não considera se tal atividade profissional tem ou não fins lucrativos, indo contra as três teorias doutrinárias interpretativas do “destinatário final” protegido pelo CDC. Conclui-se que, segundo as três correntes majoritárias, a aplicação do objeto em atividade sem fins lucrativos, não negocial, enquadra a pessoa jurídica como destinatária final, na forma do art. 2º da Lei nº 8.078/1990.

Seguindo pela linha de pensamento de Caio Tácito (*apud* SZKLAROWSKY, 2011, p. 974), por indução, também estariam excluídos da incidência do CDC os hospitais, associações sem fins lucrativos, fundações e as demais pessoas jurídicas, pois oferecerão algum tipo de serviço ou mercadoria no mercado (ainda que sem fins de lucro). Portanto, seu entendimento não merece guarida por ofender a literalidade do art.2º da Lei nº 8.078/1990 (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 62).

Enfrenta-se, ainda, Pedro Paulo Cristofaro (p. 132, *apud* GARCIA, 2012, p. 243-244) considerando que o Regime de Contratações Públicas confere mais proteção à Administração do que o Consumerista; que, à aplicação de ambos os regramentos poderia causar uma grande confusão; bem como que a proteção do CDC “desfavoreceria o Estado, limitando-lhe o poder de autotutelar seus interesses”. Isso porque

---

<sup>9</sup> O conceito de consumidor intermediário é atrelado à circulação de bens e serviços em atos negociais com lucro. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 62).

confusão e complexidades teóricas não são argumentos científicos para rechaçar a aplicação de direitos e porque a própria lei de contratações públicas prevê a aplicação subsidiária do direito privado e da teoria geral dos contratos; além de caber aqui a retomada de todos os argumentos do item 3.2, sobre a natureza constitucional e o alcance da Lei nº 8.078/90 (BRASIL, 1993. Lei 8.666, art.54; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art.89).

Quanto à suposta limitação da autotutela, verifica-se que essa não visa tutelar os interesses do Estado. Refere-se à possibilidade de o Poder Público rever seus próprios atos (*ex officio*). Decorre do poder-dever geral de cuidado da Administração para com seus atos e bens. Do seu exercício resulta a anulação, em caso de ilegalidade, ou a revogação, para atos válidos que perderam a conveniência e oportunidade (CARVALHO FILHO, 2009, 154).

O conceito de autotutela não se alinha com autodefesa de interesses contratuais, como sugere Cristofaro (p. 132, *apud* GARCIA, 2012, p. 243-244). As sanções administrativas são os meios coercitivos para submeter o fornecedor ao ato convocatório e ao contrato (defesa de interesses), seja à definição do objeto ou às obrigações técnicas e legais aplicáveis, como o CDC (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666, art.86 a 88; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art.155 ao art.163; CARVALHO FILHO, 2009, 154).

Um bom exemplo de benefício decorrente da aplicação do CDC é a responsabilidade do fornecedor por vício do produto e do serviço. Pelo CDC a responsabilidade por tais vícios é objetiva; administrativamente, a responsabilização cessaria após o recebimento definitivo, em até 90 dias da entrega, só restando ao Estado o acionamento na esfera civil. (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666, art. 73 e art.74; BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, art.140; CAVALIERI FILHO, 2009, p. 319).

Ocorre que pelo regime contratual civil, a responsabilidade do fornecedor é subjetiva, sendo necessário que o ente público comprove dolo (intenção de fazê-lo) ou culpa (negligência ou imprudência) por parte do fornecedor. O que se revela um problema, pois demanda acesso às informações que ficam em poder do fornecedor, comprometendo a produção de prova na ação civil de reparação de danos (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078, art.18, art.20, art.23; BRASIL, 2002. Lei nº10.406, art.186; CAVALIERI FILHO, 2009, p. 320).

O Código Civil limita o caso ao vício redibitório (os ocultos) ao prazo de trinta dias para bens móveis, alargado para cento e oitenta dias em caso de descoberta tardia. Ao passo que os vícios de qualidade e de quantidade previstos no CDC podem ser aparentes ou ocultos. Além disso, o regime civil prevê apenas a reparação do que foi pago, com perdas e danos se o alienante conhecer o vício, ou abatimento do preço. Já o CDC dá mais alternativas de solução, pois não o sanando em trinta dias, o consumidor escolhe entre: substituição por outro igual; devolução imediata do valor pago, corrigido com perdas e danos; pelo abatimento proporcional; pela complementação em caso de vício quantitativo ou pela reexecução, sem valor adicional,

para serviços (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078, art.18, art.20; BRASIL, 2002. Lei nº 10.406, art.186, art.441-446; CAVALIERI FILHO, 2009, p. 319).

Por fim e não menos importante, destaca-se que o mercado privado opera diluindo os custos da proteção consumerista no custo estrutural fixo dos seus preços. Admitir que o CDC não se aplica ao Estado, por não se enquadrar no conceito de consumidor, significa pagar por um conjunto protetivo acessório ao objeto e não gozar dele, posto que, em fase de pesquisa de preços para fixar o valor estimado, o mercado não cota preço com aplicação de deságio<sup>10</sup> decorrente da exclusão de tais custos da formação do preço. Isto é, a aplicação do CDC nas compras públicas é condição para o planejamento igualitário (mesmas condições) das propostas de preços, tanto para as estimativas quanto para as disputas do certame.

Dessarte, é possível ocorrer nos contratos administrativos não só desequilíbrio técnico, fático e jurídico, como também um desbalanceamento da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, combatido pela alínea d, inc.II do art.65 da Lei 8.666/93 e pela alínea d, inc.II do art.124 da Lei 14.133/21, isto é, prejuízo ao Erário Público. Como não há diferença entre o objeto contratado pelo setor privado e o do setor público, ao se pregar tratamento diferenciado, é necessário descontar do preço à Administração Pública os custos da não incidência do CDC, tal qual se faz com o ICMS em contratações estaduais. Na prática, observa-se que os fornecedores não negam os direitos do CDC e submetem os casos ao SAC<sup>11</sup>, mas não há o costume de acionar tais ferramentas protetivas (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078; QUEIROZ FILHO, 2008, p. 8).

Para evitar tal prejuízo, o Poder Público, ante a existência de mais de uma interpretação sobre o tema da legalidade da aplicação do CDC aos contratos administrativos (maximalista, finalista e sua forma mitigada), por segurança jurídica, deve inserir a informação, expressamente, no edital e no contrato, garantindo aos licitantes a possibilidade de questionamento prévio, ampla defesa e contraditório, fixando, antecipadamente sua interpretação (GARCIA, 2012, p. 250).

## 6. Conclusão

Diante do exposto, admite-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078) aos contratos administrativos (BRASIL, 1993. Lei nº 8.666 e BRASIL, 2021. Lei nº 14.133), pelas quatro correntes (maximalista, finalista, finalista mitigada e finalista aprofundada), quando o objeto é aplicado em atividade sem fins lucrativos, não negocial, (pessoa jurídica como destinatária final); pela maximalista, com a retirada do bem da cadeia produtiva; e pela doutrina finalista miti-

---

<sup>10</sup> Significado: Diminuição do valor de um título (mercadoria ou produto) em comparação ao seu preço de mercado (DICIO, 2017).

<sup>11</sup> Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), ligados ao pós-venda, embutidos no custo estrutural fixo.

gada ou por sua versão aprofundada, mais restritiva, mediante prova de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do Estado. Assim, as disposições consumeristas passam a integrar o rol obrigações legais dos contratos públicos “de consumo”, conforme a teoria da pessoa jurídica consumidora adotada pelo ente público, em concreto.

O propósito desta pesquisa volta-se então ao fato de que não é necessário deixar para o momento da ação judicial ou do procedimento administrativo nas Cortes de Contas, a critério de terceiro, a fixação da corrente jurídica consumerista. Deve-se evitar tal insegurança jurídica sobre o reconhecimento da aplicação do CDC ou sobre a linha interpretativa ideal (maximalista, finalista, finalista mitigada ou finalista aprofundada). A própria Administração Pública pode decidir isso, desde que faça previamente e em edital, conforme o caso.

Uma vez incluído no Edital e nos contratos, o objeto é executado observando as disposições do CDC e a Administração reveste-se da necessária segurança jurídica para defender seus interesses por via administrativa e judicial, se for preciso. Dessa obrigação, não pode fugir o fornecedor posto que foi oportunizado o questionamento prévio e amplo para contraditar a interpretação do órgão sobre o tema, através de impugnação ao Edital e de petição. Assim, entende-se que o fornecedor se obriga voluntariamente a observar o CDC nos contratos públicos, ao oferecer propostas ao Poder Público, momento no qual escolhe aderir às regras do edital.

Destaca-se que as soluções de conflito propostas pelo CDC pendem à preservação do contrato, o que é bom para a Administração Pública, a qual só alcançará sua finalidade com a entrega do objeto viabilizador do exercício de suas atividades. Ter restituído o valor investido e as perdas e danos não é o objetivo, nem uma solução, pois o gestor público não contrata rapidamente no mercado. Será necessária nova licitação ou contratação direta o que leva tempo e compromete o resultado de uma ação pública maior que depende do contrato frustrado. Assim, as alternativas do CDC oportunizam negociação e reduzem a judicialização.

Depreende-se aqui que a tese da aplicação Direito do Consumidor aos contratos administrativos faz emergir todo um campo de possibilidades a serem desenvolvidas. Estudos de impactos materiais e processuais sobre as compras públicas, análise de novos direitos advindos do sistema contratual consumerista sobre o regime público de contratações quanto à justaposição, complementação e exclusão, considerando os princípios e pressupostos de ambos os ramos, segundo critérios de hermenêutica.

Assuntos novos ao Direito Administrativo Contratual como Dano Moral em favor do Estado; inversão do ônus da prova; responsabilidade objetiva do fornecedor; risco do empreendimento e do desenvolvimento; garantia técnica legal e contratual; acidentes de consumo; fato e vício do produto e do serviço, dentre outros, merecem

pesquisa quanto à aplicação teórica e prática, relativo ao que é legalmente possível e factualmente realizável (BRASIL, 1990. Lei nº 8.078).

Portanto a aplicação do CDC aos contratos públicos deve ser divulgada para efetivação do mandamento constitucional; para resguardar a qualidade e a segurança dos insumos adquiridos visando a boa prestação de serviços públicos; para que não se dividam os riscos dos vícios de bens e serviços, os quais cabem aos fornecedores, com a coletividade, mediante uso dos recursos públicos e adoção de hermenêutica frágil quanto à responsabilização dos mesmos; para elevar a qualidade do gasto público; para melhorar a defesa jurídica do ente com inversão do ônus da prova, acessando informações que ficam sob domínio dos fornecedores, em prol da defesa do interesse da sociedade; para ampliar as possibilidades de resolução pacífica e conservação de contratos, dentre outras possibilidades permitidas pela aplicação do CDC.

Por fim, ressalta-se que não se trata de uma escolha do gestor, mas de um dever legal de economicidade, evitando que o Estado seja lesado ao pagar por um pacote de proteções legais consumeristas e abrir mão dele (dispor dessa parte do objeto contratado) sem o correspondente deságio no preço final, enriquecendo fornecedores sem a justa contraprestação (sem causa) (BRASIL, 1988. CRFB, art.74, parágrafo único; BRASIL, 2002. Lei 10.406, art.884 ao art.886).

## Referências

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 25 jul. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 14.133 de 1º de Abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 11 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 8.666 de 23 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 25 jul. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 10.520 de 17 de setembro de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm). Acesso em: 27 jul. 2022.

- BRASIL. *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 12 Set 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1670/2003 ata 44/2003 - Plenário - 05/11/2003*. Processo TC 016.501/2003-0 do TCU. Ementa: Representação. Iniciativa escudada em dispositivo da Lei 8.666/93. Questionamento a respeito de procedimentos adotados em certame licitatório, conduzido pela Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de Sergipe. Adoção de medida cautelar, em âmbito do TCU, para a suspensão do processo licitatório. Audiência do gestor. Análise das justificativas evidenciando a ocorrência de falhas formais, que não tiveram o condão de macular o certame. Conhecimento da peça vestibular. Procedência em parte dos fatos questionados. Determinação ao ente jurisdicionado. Revogação da cautelar anteriormente decretada. Encaminhamento de cópia da deliberação, acompanhada dos respectivos relatório e voto, às partes envolvidas. Apensação às contas anuais da unidade. Relator: LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisa/jurisprudencia/#/detalhamento/11/TC%2520016.501%252F2003-0./%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 202/2002 ata 15/2002 - Primeira Câmara - 14/05/2002*. Processo TC-015.972/1999-2 do TCU. Ementa: Pedido de Reexame. Relatório de Auditoria. Contrato com prazo de vigência superior ao limite legal. Ajuste que permanece em vigor unicamente em razão do termo de garantia. Desnecessidade de medida que determine sua rescisão. Conhecimento. Provimento parcial. Determinação para que, em ajustes futuros, seja obedecido o limite máximo estipulado no art. 57 da Lei 8.666/93. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjT0tnQsKPVAhUDx5AKHQpDABIQFggi-MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2FConsultas%2FJuris%2FDocs%2Fju-doc%255CDec%255C20020522%255CTC%2520015.972.doc&usg=AFQjCNFSUm0ro9Fl47HcinbL2zZQyV-9g>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível

- em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjfnqfY9aLVAhUECpAKHdZ8B2AQFggi-MAA&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3Finline%3D1%26fileId%3D8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&usg=AFQjCNHOI6DSJycxZ1ybx0aT9U8jDhZCpg>. Acesso em: 17 jul. 2022.
- CARNOT, L. A. da N. Aplicação do código civil e do código de defesa do consumidor na verificação da qualidade das obras pública. *Revista do Tribunal de Contas (TCE-PE)*, Recife, v. 15, n. 15, p. 65 - 76, 2004. Disponível em: [https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-2.3.6/index.php/Revista\\_TCE-PE/article/view/619](https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-2.3.6/index.php/Revista_TCE-PE/article/view/619). Acesso em: 22 jul. 2022.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Administração Geral e Pública: série provas e concursos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.
- CUNHA, J. B. da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. *Revista TCU*, Brasília, v. 32, n. 87, jan./mar. 2001. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/33249-42282-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- DASCENA NETO, L. C. *Cartéis, Trustes e Holdings*. Disponível em: <http://historiadamundo.uol.com.br/idade-contemporanea/carteis-trustes-e-holdings.htm>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- DICIO. Dicionário online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- FRANKENSTEIN (1931). In: WIKIPÉDIA : a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Frankenstein\\_\(1931\)&oldid=48090011](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Frankenstein_(1931)&oldid=48090011). Acesso em: 27 Jul. 2020.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- GUIMARÃES, Messiele Maria de Pereira. *A administração pública como consumidora e a aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília - UNICEUB, 2015. Disponível em: <http://repositorio.uni-ceub.br/handle/235/6022>. Acesso em: 22 jul. 2022.

- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Anuário Estatístico do Brasil*. v. 72, 2012. Disponível em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb\\_2012.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_2012.pdf). Acesso em: 27 jul 2022.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Contas Nacionais Trimestrais, indicadores de volumes e valores correntes*. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/pib/pib-valor\\_201701\\_8.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/pib/pib-valor_201701_8.shtm). Acesso em: 27 jul 2017.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Produto Interno Bruto (PIB) acumulados dos últimos 12 meses*. Disponível em: <http://www.ipea-data.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=1136471525>. Acesso em: 19 Jan. 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- LEITÃO, C. C. C. Pb. O Estado consumidor: a vulnerabilidade por trás da supremacia. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/8699>. Acesso em: 17 jul. 2022.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- NEVES, Edson Alvisi. Revisitando o conceito de consumidor frente à sociedade de risco no Brasil. *Revista MPCON*, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: [http://revis-tampcon.com.br/edicoes/02/lista\\_artigos.html#collapse9](http://revis-tampcon.com.br/edicoes/02/lista_artigos.html#collapse9). Acesso em: 27 jul. 2022.
- NEVES, Marcelo J. das. *A aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC – aos contratos administrativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes, 2014. Resumo disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=2283934](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2283934). Acesso em: 23 Jul. 2022.
- PEREIRA JÚNIOR, J. R. B. S. O Poder Público como consumidor. *Revista Virtual da AGU*, Ano VIII, n. 80, set. 2008. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiQx621oqPVAhVCQpAKHwB1BPgQFggi-MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F521844&usg=AFQjCNGfY1PzyoplmgzHLLu-QuzQv9XN43g>. Acesso em: 22 Jul.2022.
- PINHEIRO, Ivan Antônio. *Gestão da Regulação*. 2. ed. Reimp. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2012.



- PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. *Detalhamento da Despesa Pública*. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/despesas/consulta?busca-especifica-tipo=palavraChaveDespesa&palavraChave=elemento+de+despesa&ordenarPor=mesAno&direcao=desc>. Acesso em: 19 jan. 2021.
- QUEIROZ FILHO, J. E. F. de. *Contabilidade de custos e formação de preço*. Conselho Regional de Contabilidade do Ceará, 2008. Disponível em: [http://www.crc-ce.org.br/crcnovo/download/custos\\_e\\_formacao\\_de\\_preco.pdf](http://www.crc-ce.org.br/crcnovo/download/custos_e_formacao_de_preco.pdf). Acesso em: 27 jul. 2022.
- SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. A Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3837, jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26309>. Acesso em: 24 jul. 2022.
- SZKLAROWSKY, L. F. O Código de Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. In MARQUES, C. L. (Org.); MIRAGEM, B. (Org.) *Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos*. Serviços Públicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 971-975.
- TASSI, Bruno Borges Junqueira. O código de defesa do consumidor e os contratos administrativos: a inaplicabilidade do CDC aos contratos de obras, serviços e fornecimento regidos pela lei 8.666/93. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), 2010. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/handle/123456789/175>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- VILAR, R. R. A administração pública como consumidora: aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2015. Disponível em: <http://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/42453>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- ZANELLA, Liane Carly Hermes. *Metodologia de estudo e de pesquisa em administração*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2009. Disponível em: [http://200.129.241.123/arquivos/Fasciculo\\_Metodologia\\_TC.pdf](http://200.129.241.123/arquivos/Fasciculo_Metodologia_TC.pdf). Acesso em: 21 jul. 2022.