

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATA RUBIO VILAR

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA: APLICABILIDADE DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

CURITIBA

2015

RENATA RUBIO VILAR

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA: APLICABILIDADE DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, no
Curso de Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA RUBIO VILAR

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA: APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Orientador: _____

Dr. Emerson Gabardo
Departamento de Direito, UFPR

Prof. Eneida Desiree Salgado
Departamento de Direito, UFPR

Prof. Luciano Elias Reis
Departamento de Direito, Unicuritiba

Curitiba, 01 de dezembro de 2015.

Aos meus pais, por tudo.

“Lutar pela igualdade sempre que as diferenças nos discriminem; lutar pela diferença sempre que a igualdade nos descaracterize”.

Boaventura de Souza Santos

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, novamente agradeço, por serem os pilares do meu sucesso e por sempre acreditarem e apoiarem a realização de meus sonhos. Com vocês eu sei que nunca estarei sozinha.

Ao meu orientador, Professor Doutor Emerson Gabardo, pelos ensinamentos e dedicação dispensados no auxílio à concretização desse trabalho de conclusão de curso.

A minha irmã, simplesmente por ser exatamente quem é durante os incontáveis momentos de cumplicidade.

Aos amigos, a todos eles, mas em especial ao Nicolás Dorado, Viviane Zanin, Camila Terasoto, Carina Assahida, Karolline Santana, Kalinka Franco, Edimara Camargo, Emanoéli Calhari, Ana Sanchez e Bianca Watanabe, que estiveram ao meu lado me auxiliando e ajudando a completar mais essa árdua etapa do estudo da Ciência do Direito.

Ao meu namorado, Felipe Machado, pela paciência, compreensão e ajuda na busca das bibliografias necessárias para que este trabalho pudesse ser realizado com êxito.

Por fim, aos meus avós, os quais apesar de não estarem mais presentes neste plano da vida, sempre torceram e acreditaram no meu sucesso profissional e pessoal.

RESUMO

Os contratos celebrados pela Administração Pública possuem diversas peculiaridades que os distinguem de outras modalidades contratuais, tendo em vista que observam, em regra, princípios e normas de Direito Público. Dentre as suas características próprias, cabe destaque a presença de “cláusulas exorbitantes”, denominação dada pela doutrina para as prerrogativas/privilégios extraordinários que a Administração possui, as quais demonstram a sua supremacia em face do particular numa relação contratual. De outro lado, tem-se a figura do Código de Defesa do Consumidor, microssistema jurídico que foi criado tendo como base a tutela do sujeito vulnerável, qual seja, o consumidor. Diante disso, surge a discussão acerca da possibilidade de enquadrar a Administração Pública como consumidora, reconhecendo sua vulnerabilidade numa relação contratual e aplicando as normas consumeristas. Deste modo, mediante a análise pormenorizada da ideia de vulnerabilidade e do conceito de consumidor de acordo com a doutrina e jurisprudência, busca-se demonstrar com o presente trabalho que, excepcionalmente, se verifica essa situação de fragilidade do ente público numa relação contratual e, por tal razão, se justificaria a aplicação das normas protetivas do consumidor a favor da Administração Pública em um contrato administrativo.

Palavras-chave: Administração Pública consumidora; teoria finalista mitigada; contrato administrativo.

ABSTRACT

Contracts awarded by Public Administration have a number of peculiarities that set them apart from other contractual arrangements in order to observe, as a rule, principles and public law norms. Among its characteristics, it is worth highlighting the presence of "exorbitant clauses", name given by the doctrine to prerogatives / extraordinary privileges that management has, which demonstrate its supremacy in particular in the face of a contractual relationship. Just across, there is the figure of the Consumer Protection Code, legal microsystem that was created based on the protection of the vulnerable subject, the consumer. Given this, there is the discussion about the possibility of framing the public administration as a consumer, recognizing their vulnerability in a contractual relationship and applying the consumerist norms. Thus, through detailed analysis of the vulnerability idea and consumer concept according to doctrine and jurisprudence, seeks to demonstrate with this work that, exceptionally, it appears there is this vulnerable situation of the public entity in a contractual relationship and, for this reason, it would justify the application of the protective rules of the consumer in favor of the Public Administration an administrative contract.

Keywords: Public Administration consumer; mitigated finalista theory; contract administrative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONCEITO DE CONSUMIDOR	14
1.1 O CONCEITO DE CONSUMIDOR DE ACORDO COM O CDC.	16
1.2 TEORIAS EXPLICATIVAS DO ART. 2º, <i>CAPUT</i> , DO CDC.	18
1.2.1 Teoria Maximalista.....	18
1.2.2 Teoria Finalista	20
1.2.3 Teoria finalista mitigada/aprofundada.....	22
1.3 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DAS TEORIAS MAXIMALISTAS, FINALISTA E FINALISTA MITIGADA EM DECISÕES DO STJ.	26
2 PANORAMA GERAL DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	32
2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	34
2.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	35
2.2.1 Presença da Administração Pública como Poder Público.....	35
2.2.2 Finalidade Pública	36
2.2.3 Obediência à forma prescrita em lei.....	37
2.2.4 Procedimento Legal.....	38
2.2.5 Contrato de adesão	39
2.2.6 Natureza intuitu personae.....	40
2.2.7 Presença das cláusulas exorbitantes	41
2.3 PRINCIPAIS CLÁUSULAS EXORBITANTES	42
2.3.1 Alteração unilateral	42
2.3.2 Rescisão unilateral	43
2.3.3 Fiscalização	44
2.3.4 Aplicação de sanções.....	45
2.3.5 Ocupação cautelar de instalações.....	46
2.3.6 Anulação.....	47
2.3.7 Exceção de contrato não cumprido	48
3 APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	50
3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDORA	50
3.2 VULNERABILIDADE TÉCNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	54

3.3 VULNERABILIDADE JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	57
3.4 VULNERABILIDADE ECONÔMICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	59
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CDC AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	62
5 CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS	70

PRÓLOGO

Os contratos administrativos propriamente ditos são analisados normalmente sob a ótica da Administração Pública em posição de supremacia frente a contratado, ante as suas diversas prerrogativas decorrentes de princípios e normas de Direito Público. Diante disso, enxergar a Administração Pública como vulnerável numa relação contratual e aplicar o Código de Defesa do Consumidor a seu favor, de modo a compensar o desequilíbrio existente entre as partes, gera, a princípio, certa estranheza.

Além disso, observo que a doutrina ainda é bastante precária na tratativa do Poder Público como consumidor, na medida em que a maioria dos doutrinadores que tratam em conjunto a Administração e o CDC analisam este tema com enfoque dos entes públicos na posição de fornecedores.

A partir dessas ideias é que considerei o tema do presente trabalho interessante de ser estudado e, para tanto, enfrentei vários pontos divergentes na doutrina e jurisprudência de nossos Tribunais.

Como ponto de partida, enfrentei a discussão acerca do conceito de consumidor que, sob uma análise superficial, parece ser algo simples de ser trabalhado. No entanto, me deparei com um universo de conceitos extraídos a partir do Código de Defesa do Consumidor e, em busca da definição mais adequada, busquei entendimentos constantes em dicionários jurídicos, pensamentos de doutrinadores consagrados do Direito brasileiro e, por fim, analisei diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Superada essa fase, discorri sobre as características peculiares que os contratos administrativos possuem, a fim de explanar, de maneira clara e objetiva, a razão pela qual se tem a errônea ideia de que a Administração Pública sempre é superior ao particular numa relação negocial.

Diante do exposto nos dois primeiros capítulos, busquei adentrar de maneira confortável no terceiro e último capítulo, o qual defendi a aplicação, de maneira excepcional, do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. Para tanto, trouxe pensamentos contrários e favoráveis, bem como decisões judiciais se posicionando de ambas as formas, a fim de que, com fundamentos jurídicos plausíveis, fosse possível defender a referida tese.

INTRODUÇÃO

Em vigor em nosso país há mais de 25 anos, o Código de Defesa do Consumidor se apresenta como uma das leis de maior sucesso na legislação brasileira, regulando as mais diversas relações de consumo ao dispor sobre a proteção do consumidor e dando outras providências.

Esta tutela do sujeito ativo da relação consumerista já foi prevista desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual esculpiu em seu artigo 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e dispôs em seu artigo 170, inciso V, que a defesa do consumidor é o princípio fundamental da ordem econômica. Sendo assim, a Lei n. 8.078/90¹ se demonstra como um mecanismo de concretização dos princípios e garantias constitucionais, tornando explícitos os comandos da CF/88.

Dentre os princípios e garantias fundamentais concretizados pelo CDC, podemos citar o “super princípio”² da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, garantia da imagem, da honra, da propriedade, da privacidade, da intimidade e, também, da indenização por danos materiais e morais em decorrência da violação de tais direitos.³

Nesse sentido, como bem pontua Rizzatto Nunes, a característica de vulnerabilidade do consumidor, presumida a partir da leitura do artigo 4º, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor⁴, decorre diretamente do princípio da igualdade previsto na nova ordem constitucional.⁵ Significa dizer, portanto, que o microsistema consumerista atua de forma a proteger o consumidor numa relação contratual, sob a justificativa de estabelecer o equilíbrio entre os polos desta relação, trazendo a igualdade entre as partes.

¹ BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em 8 ago 2015.

² Este termo é usado para frisar a ideia de que o princípio da dignidade serve de base para todos os demais princípios e normas constitucionais.

³ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125 e 126.

⁴ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

⁵ NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*, p. 126.

A Administração Pública celebra todos os dias contratos com os particulares, consistentes em prestações de dar, fazer ou não fazer e, em regra, tais contratos são formalizados por meio de uma licitação, em atenção ao disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Desta maneira, depreende-se que o Estado, apesar de possuir competência para praticar atos unilaterais e vinculantes perante terceiros, também se vale de institutos jurídicos de natureza consensual, ampliando, de tal forma, a legitimidade do poder estatal e diminuindo a incidência de eventuais conflitos. Ainda, os contratos administrativos possuem relevância econômica, na medida em que, muitas vezes, é economicamente mais vantajoso para o Poder Público recorrer aos particulares para a satisfação de necessidades estatais, tendo em vista a possível especialização de uma atividade específica desenvolvida pelo particular, a qual pode acarretar na elevação da qualidade e redução de custos do serviço desejado.⁶

Tal instituto, por ser considerado tão relevante instrumento para a satisfação das necessidades estatais, ou seja, para a satisfação das necessidades da própria sociedade, possui peculiaridades próprias que o distingue das demais modalidades contratuais, sendo tais prerrogativas justificadas pelo seu exercício de função pública. Por tal razão, em princípio não se verifica vulnerabilidade da Administração na celebração desses contratos, pelo contrário, afirma-se que o Poder Público possui supremacia em face do contratado numa relação negocial.

Diante disso, tendo em vista que o CDC foi criado para proteger o consumidor presumidamente vulnerável, muito se discute acerca da possibilidade de considerar a Administração Pública como consumidora e, por consequência, aplicar as disposições constantes na legislação consumerista a seu favor. Isto porque, embora haja extensa regulamentação tratando das relações de consumo e dos contratos administrativos (Lei n. 8.078/90 e Lei n. 8.666/93), tais dispositivos legais não dão conta de abordar as referidas questões de maneira suficiente, gerando, portanto, dúvidas aos operadores do direito.

Destarte, observa-se que, embora o CDC tenha sido promulgado há mais de duas décadas, regulando as mais diversas relações de consumo, e a Administração Pública firme inúmeros contratos com os particulares, a doutrina ainda é bastante incipiente acerca das questões acima mencionadas.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed., atualizados de acordo com a Lei Federal nº 12.349/2010. São Paulo: Dialética, 2012, p. 11-12.

Ressalta-se que a maioria dos doutrinadores que discorrem acerca da possibilidade de aplicação do CDC aos contratos administrativos, analisa o referido tema com enfoque na Administração Pública como fornecedora de bens e serviços, padecendo de tratativa a referida análise sob a ótica dos entes públicos na condição de consumidores.

Considerando, portanto, escassa análise doutrinária deste tema, o qual possui grande relevância no universo jurídico, na medida em que traz reflexos significativos nas relações negociais, se faz necessário esmiuçar o conceito de consumidor e pontuar as principais características dos contratos administrativos, a fim de verificar a possibilidade de enquadramento da Administração Pública neste conceito, de tal forma que possa receber, também, a proteção do Código de Defesa do Consumidor, com todas as prerrogativas que esta Lei possui.

1 CONCEITO DE CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, promoveu importante inovação nas relações entre consumidor e fornecedor, assegurando o devido equilíbrio nas relações de consumo. Este microsistema jurídico foi construído e organizado tendo como base a tutela de um sujeito previamente identificado: o consumidor.

Isto porque, conforme expõe João Batista de Almeida⁷, tem que se reconhecer a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, na medida em que este não recebeu educação para o consumo e, portanto, é lesado com frequência. Além disso, afirma o autor que esta vulnerabilidade é reconhecida, de modo geral, universalmente, e que “não fosse assim e não se justificaria a tutela, pois não se outorga tutela legal a quem dela não necessita”.⁸

Nesse sentido também entende Cláudia Lima Marques, ao dizer que “ser consumidor é ser plenamente cidadão (...), é beneficiar-se da nova economia, é ser protegido no novo mercado globalizado”.⁹

Neste contexto, se faz imprescindível a análise do conceito de consumidor, a fim de se obter o significado jurídico mais correto, para que se possa devidamente identificá-lo e protegê-lo, por meio das normas consumerista quando da formação e execução dos contratos.

É perigoso definir e conceituar.¹⁰ Os conceitos expressam uma abstração que deve refletir o que de fato ocorre na realidade empírica, tornando-se útil na medida em que representa o fenômeno existencial adequadamente. Ainda, a lógica da compreensão do conceito se realiza da seguinte maneira: quanto mais limitada for a sua compreensão, mais abrangente será a sua extensão e vice-versa¹¹, razão pela qual é de suma importância conceituar adequadamente o termo “consumidor”.

⁷ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7ª ed., Revista atualizada; São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

⁸ ALMEIDA, João Batista de. *Op. cit.*, p. 26.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 302.

¹⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 5ª ed. Revista e ampliada; São Paulo: LTr, 2002, p. 58

¹¹ MENDONÇA, Nadir Domingues. **O uso dos conceitos**: uma questão de interdisciplinaridade. 4ª ed. Revista e atualizada; Petrópolis: Vozes, 1994, p. 16 e 17

Como ponto de partida desta análise, cumpre pontuar o conceito de consumidor sob a ótica dos dicionários jurídicos. Maria Helena Diniz conceitua da seguinte maneira:

Consumidor. Direito do Consumidor. 1. Pessoa física ou jurídica que adquire ou usa produto ou serviço como destinatário final. 2. Coletividade de pessoas que intervêm numa relação de consumo. 3. Aquele que consome. 4. O que compra produtos para uso próprio, sem intenção de revendê-los para obter lucro.¹²

Observa-se que a autora traz o conceito constante no próprio Código de Defesa do Consumidor¹³, dentre outros, no entanto, apesar dos diversos significados, estes ainda se demonstram insuficientes para se compreender o conceito jurídico da palavra.

Deocleciano Torrieri Guimarães, de maneira mais aprofundada, aborda em seu dicionário jurídico o conceito de consumidor. Menciona, assim como Maria Helena Diniz, o artigo do CDC que trata sobre seu conceito e, além disso, abarca os direitos do consumidor, tais como a proteção contra a propaganda enganosa e abusiva e a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos. Define, outrossim, o que seria produto, traz os prazos que o consumidor tem para reclamar acerca de vício no produto/serviço e, por fim, levanta a polêmica sobre acionar o Poder Público quando os serviços prestados por este falham, tendo em vista que os cidadãos pagam impostos, taxas e tarifas para que eles lhes sejam prestados.¹⁴

Já o dicionário formulado por Pedro Nunes, além de mencionar que consumidor é “aquele que adquire comercialmente todas as coisas necessárias à sua manutenção, ou que deseja possuir, segundo o seu *status* financeiro ou social”, traz a ideia de umas das teorias que serão posteriormente aprofundadas no presente trabalho, a teoria finalista, ao afirmar que segundo esta teoria, o consumidor final está sujeito ao princípio da vulnerabilidade.¹⁵

¹² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3ª ed. Revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 962.

¹³ Art. 2º, da Lei 9.099/95.

¹⁴ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2005, p. 206.

¹⁵ NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 13ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 290.

Da análise dos significados constantes em dicionários jurídicos, conclui-se que estes não esgotam o referido tema a ponto de esclarecer quem pode vir a ser o sujeito consumidor em uma relação jurídica e, por tal razão, se faz necessário realizar um estudo mais aprofundado da palavra “consumidor” a partir de sua definição constante no Código de Defesa do Consumidor e suas teorias explicativas.

1.1 O CONCEITO DE CONSUMIDOR DE ACORDO COM O CDC.

O conceito de consumidor está descrito na Lei 8.078/90 de quatro formas, sendo elas: a hipótese prevista no art. 2º, *caput* (consumidor *stricto sensu*), o consumidor equiparado (art. 2º, parágrafo único), no art. 17, as vítimas de acidente de consumo e, por fim, no art. 29, que possui o conceito mais amplo de consumidor, englobando todas as pessoas expostas a práticas ou cláusulas abusivas.¹⁶ Todavia, interessa ao presente trabalho apenas o conceito *stricto sensu*, porquanto será com base na análise do art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor que será verificada a possibilidade de aplicação das normas consumeristas à Administração Pública. A teor do disposto no artigo 2º, do 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.

Após a leitura deste dispositivo legal, observa-se que o legislador optou por uma definição mais objetiva de consumidor, deixando, inclusive, consignado expressamente que além da pessoa física, a pessoa jurídica também faz parte do rol dos consumidores que, segundo o artigo 40, do Código Civil, são as pessoas de Direito Público, interno ou externo e, também, de Direito Privado.¹⁷ Nesse sentido, José Cretella Júnior, pontua que:

Conjunto de bens ou de pessoas são reconhecidos pela ordem jurídica, que lhes atribui personalidade, possibilitando, desse modo, que tais entidades

¹⁶ FIUZA, César. **Direito civil**: Curso Completo. 10ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 433 e 434.

¹⁷ Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

se inscrevem como destinatárias finais, adquirentes ou utilizadores de produtos ou serviços.¹⁸

O referido autor ainda relata que se forem preenchidos determinados requisitos indispensáveis para a subjetivação dos interesses perseguidos pelo grupo, ocorre a personificação, surgindo uma nova entidade, com personalidade jurídica, sendo esta apta para fazer parte, tanto como sujeito ativo, quanto passivo, da relação de consumidor/fornecedor.¹⁹

Rizzatto Nunes acrescenta que a pessoa jurídica não bebe, não viaja, não vê publicidade, mas pode consumir produtos e serviços tecnicamente possíveis e que são úteis para fins de produção e consumo e, ainda assim, esta relação jurídica será de consumo, sendo tal tese reforçada pela leitura do art. 51, inc. I, do CDC²⁰, uma vez que este dispositivo legal traz a possibilidade de inserção de cláusula contratual limitadora de responsabilidade do dever de indenizar por parte do fornecedor, quando esta relação jurídica possuir um consumidor-pessoa jurídica de porte razoável, em compras fora do padrão.²¹

Ocorre que, apesar da aparente clareza constante no Código de Defesa do Consumidor, ao contemplar a pessoa jurídica como consumidora, há muita discussão acerca desta temática, sendo colocada em pauta a questão da falta de vulnerabilidade e destinação final dos produtos ou serviços adquiridos, das/pelas pessoas jurídicas. Especial discussão se dá no tocante à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às contratações administrativas firmadas pelos entes públicos, ponto este que será analisado em capítulo próprio.

Cumprido explicar primeiramente, portanto, o que o legislador pretendia englobar ao utilizar o termo “destinatário final” do produto/serviço adquirido e, também, explorar a questão da vulnerabilidade do sujeito numa relação de consumo, a fim de devidamente identificar o consumidor. Para tanto, serão analisadas as três teorias explicativas do art. 2º, do CDC, quais sejam: teoria maximalista, teoria

¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José; DOTTI, René Ariel; ALVES, Geraldo Magela. **Comentários ao código do consumidor**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 7.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

²¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125.

finalista e teoria finalista mitigada ou aprofundada; tendo em vista que a simples leitura do texto legal não dá conta de prestar os esclarecimentos pertinentes para a defesa do que se pretende demonstrar com este trabalho.

1.2 TEORIAS EXPLICATIVAS DO ART. 2º, *CAPUT*, DO CDC.

Para se verificar a possibilidade de aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas, é necessário identificar os sujeitos consumidor/fornecedor, o que, de acordo com Cezar Fiuza, é chamado de elemento subjetivo. Ainda, há o elemento objetivo, que são os produtos e serviços que o fornecedor oferece no mercado e, por último, o elemento teleológico/finalístico, que diz respeito à necessidade de o adquirente dos produtos e serviços ser destinatário final da referida prestação (consumidor).²²

Nesse sentido, buscando fazer a correta identificação do sujeito ativo da relação de consumo, cabe analisar a questão do destinatário final mencionado no art. 2º, do CDC, uma vez que há divergência doutrinária acerca deste termo presente na legislação consumerista.

1.2.1 Teoria Maximalista

Inicialmente, foram identificadas duas correntes doutrinárias no tocante à definição de “destinatário final” e, por consequência, à aplicação das normas consumeristas: os maximalistas e os finalistas.

Os adeptos da teoria maximalista, que possuem um posicionamento mais abrangente, defendem que “é suficiente que alguém seja destinatário final fático do bem, ou seja, que alguém retire um produto ou serviço do mercado para o seu uso ou de sua empresa, desde que não o repassem para outrem”.²³ Ou seja, a destinação dada ao produto não tem relevância, sendo o CDC, portanto, capaz de regular as mais diversas relações de consumo. Nessa linha de raciocínio, Cláudia de Lima Marques explica:

²² FIUZA, César. *Op. cit.* p. 433 -434.

²³ *Ibidem*, p. 435.

Os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não nas normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível.²⁴

Ainda, a referida autora traz exemplos que se encaixam no conceito de consumidor para a teoria maximalista, os quais levam em conta apenas o destinatário fático do produto, ou seja, aquele que retira o produto do mercado, não importando qual destinação dará na utilização deste produto. São os exemplos: fábrica que compra algodão para transformá-lo em toalha, profissional da advocacia que adquire uma máquina de escrever para o seu escritório, fábrica de celulose que compra automóveis para o transporte de seus visitantes e até mesmo o Estado quando compra canetas para usar em suas repartições.²⁵

Autor filiado à corrente maximalista, Antônio Carlos Efiging defende que esta é a concepção mais adequada para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas, tendo em vista que o microsistema consumerista foi instituído visando introduzir uma nova linha de conduta entre os sujeitos consumidor/fornecedor, orientado por uma vulnerabilidade presumida do sujeito ativo, servindo de instrumento de moralização das relações de consumo.

Sendo assim, para Efiging, reduzir a incidência deste sistema seria, no mínimo, desprezar a garantia fundamental de defesa do consumidor, prevista no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal²⁶, as diretrizes da ordem econômica, as quais preveem, dentre outras coisas, a defesa do consumidor (art. 170, inc. V, da CF), e prejudicar os esforços para a construção de uma sociedade brasileira livre, justa e solidária, objetivos esses fundamentais de nossa República.²⁷

Nesta mesma senda, João Batista de Almeida, afirma que apenas importa que aquilo que foi adquirido não tenha finalidade de revenda, podendo ser obtido

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed, Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 306.

²⁵ *Idem*.

²⁶ 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;

²⁷ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**: consumo e sustentabilidade. 3ª ed. Revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 67/72

para uso pessoal, familiar, doméstico ou desempenho de atividade e profissão²⁸, deixando claro, portanto, sua posição a favor da teoria maximalista.

Diante do exposto, conclui-se que a corrente maximalista, ao compreender a relação consumidor/fornecedor de maneira tão abrangente, retira do Código Civil a maioria das relações jurídicas existentes, na medida em que basta simplesmente realizar um ato de consumo para estar protegido pela legislação especial consumerista. Assim sendo, o CDC, que foi criado para tutelar os direitos do consumidor vulnerável, para o fim de restabelecer o equilíbrio da relação estabelecida, acaba protegendo sujeitos que não se encontram, numa relação negocial, em situação desfavorável.

Por tal razão, conforme será demonstrado neste trabalho em momento oportuno, por meio de análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, os maximalistas foram perdendo força e, atualmente, esta corrente não é mais adotada nos Tribunais.

1.2.2 Teoria Finalista

Outra corrente doutrinária que busca explicar quem pode ser considerado o destinatário final numa relação de consumo e, portanto, quem pode ser considerado consumidor, é a chamada teoria finalista.

Em entendimento oposto à teoria maximalista, os adeptos da teoria finalista interpretam o termo “destinatário final” de maneira mais restritiva, ao afirmarem que “não basta que alguém seja destinatário final fático do bem, é necessário que seja destinatário final econômico, ou seja, (...) que a sua aquisição não tenha o objetivo de lucro.”²⁹ Segundo esta teoria, portanto, o consumidor tem que se encaixar como destinatário fático e econômico. De acordo com Cláudia Lima Marques:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo da aplicação àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo.³⁰

²⁸ ALMEIDA, *Op. cit.*, p. 43.

²⁹ FIUZA, César. *Op. cit.*, p. 435.

³⁰ MARQUES, *Op. cit.*, p. 305-306.

A referida autora afirma, também, que esta é uma interpretação teleológica da norma prevista no art. 2º, do CDC, que permite definir quem é o consumidor a partir da análise da finalidade da norma, que é de proteger a parte vulnerável da relação jurídica.³¹ Além do mais, conforme alega Bruno Miragem, essa perspectiva do conceito de consumidor abrange a não obtenção de lucro em um ato de consumo e, também, ao não implemento do produto/serviço adquirido à uma atividade negocial, exaurindo a função econômica do bem quando retirado do mercado. De acordo com o este autor, ainda, o extremo dessa teoria tiraria a pessoa jurídica do conceito de consumidor.³²

Os autores que defendem a aplicação da teoria finalista entendem que as normas consumeristas devem ter essa aplicação restrita justamente pela finalidade de ter sido criada, qual seja, proteger a parte mais fraca numa relação negocial. Alegam que, conforme menciona Cezar Fiuza, “ao se permitir a extensão do campo de aplicação dessas normas, o nível de proteção do consumidor hipossuficiente diminuiria”³³, demonstrando, por meio deste argumento, clara crítica à teoria maximalista.

Neste diapasão, cumpre consignar que, assim como a teoria maximalista não se demonstra a mais apropriada para conceituar o sujeito ativo numa relação de consumo, na medida em que abrange os sujeitos que claramente não se encontram em situação de vulnerabilidade, analisar o conceito de consumidor sob a ótica da teoria finalista também não se apresenta adequada para todos os casos, uma vez que, ao interpretar o termo “destinatário final” de maneira tão restritiva, exclui sujeitos que, apesar de não se enquadrarem no conceito “destinatário final fático econômico”, também são vulneráveis frente à outra parte da relação e, por tal razão, deveriam obter o amparo do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, diante da necessidade de uma interpretação mais cuidadosa do art. 2º, do CDC, a fim de efetivamente amparar todos os sujeitos que necessitam da proteção prevista no CDC para obter o equilíbrio da relação formada, surge a teoria finalista/mitigada.

³¹ *Ibidem*, p. 338.

³² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 92.

³³ FIUZA, César. **Op. cit.**, p. 435.

1.2.3 Teoria finalista mitigada/aprofundada

Posteriormente ao surgimento das teorias maximalistas e finalistas, se constrói uma terceira corrente, que foi denominada pelos autores de teoria finalista mitigada ou aprofundada. Adepta desta teoria, Cláudia Lima Marques diz que essa corrente conceitual de consumidor deu seus primeiros sinais na jurisprudência a partir de 2003, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, demonstrando um grande domínio da teoria finalista e do Código de Defesa do Consumidor, ao interpretar o termo “destinatário final” do art. 2º, do CDC de maneira diferenciada e mista.³⁴

Para esta teoria, que tem como base o princípio da vulnerabilidade, previsto no art. 4º, inc. I, do CDC³⁵, mesmo que a pessoa física ou jurídica não seja destinatária final econômica do produto ou serviço, se esta preencher as qualidades objetivas do conceito de consumidora e estiver em situação de vulnerabilidade frente à outra pessoa da relação, poderá obter a proteção da Lei n. 8.078/90.³⁶

Em outras palavras, como Cezar Fiuza dispõe: “parte da doutrina afirma que somente o critério da destinação final da prestação não é suficiente, e aduz um outro: a verificação da vulnerabilidade do consumidor”.³⁷

A vulnerabilidade é uma situação que enfraquece o sujeito de direitos, causando desequilíbrio na relação e servindo como base para aplicar as normas protetivas e reequilibradoras, em busca do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.³⁸

De acordo com os autores que tratam da temática da vulnerabilidade, esta se subdivide em técnica, jurídica, econômica e informacional. Primeiramente, no que diz respeito à vulnerabilidade técnica, Cláudia de Lima Marques, ensina que nesta “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p., p. 305.

³⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima *Op. cit.*, p. 338.

³⁷ FIUZA, César. *Op. cit.*, p. 435.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 338.

bem quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços”. Ressalta, ainda, que em caso de consumidor não-profissional essa vulnerabilidade é presumida, contudo, de maneira excepcional, pode-se enquadrar também o consumidor-profissional, observando-se a profissionalidade ou não do agente sobre o produto/serviço adquirido.³⁹ Nesta mesma linha de raciocínio, Fabrício Bolzan explica:

A vulnerabilidade técnica consiste na fragilidade do consumidor no tocante à ausência de conhecimentos técnicos sobre o produto ou o serviço adquirido/contratado no mercado de consumo (...). O fornecedor é o detentor do monopólio dos meios de produção e é dele o conhecimento a respeito dos bens de consumo produzidos ou vendidos.⁴⁰

Pode-se concluir, portanto, que até mesmo um consumidor que possui aparente igualdade ou superioridade em face do fornecedor, tendo em vista o seu poder econômico ou jurídico, se torna vulnerável na relação de consumo, ante a sua falta de conhecimento técnicos acerca do produto ou serviço adquirido, fato este que influencia diretamente na relação contratual.

Com relação à vulnerabilidade jurídica, cabe dizer que esta se relaciona com a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou, até mesmo, de economia. Cláudia de Lima Marques entende que este tipo de vulnerabilidade se presume em caso de consumidor pessoa física e consumidor não-profissional, devendo o fornecedor sempre considerar que o outro polo da relação é leigo e buscar repassar a informação de modo efetivo, por meio de uma redação clara nos contratos. Contudo, a autora defende que a referida vulnerabilidade não se aplica em caso de profissionais e pessoas jurídicas, conforme depreende-se do trecho a seguir:

Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção do contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados profissionais especializados antes de obrigar-se.⁴¹

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 320-322.

⁴⁰ BOLZAN, Fabrício. *Direito do consumidor esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 293

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p., p. 323.

Por tal razão, Fabrício Bolzan alega que os profissionais e pessoas jurídicas têm grande dificuldade em demonstrar no caso concreto este tipo de vulnerabilidade, uma vez que, em princípio, se entende que a pessoa jurídica possui funcionários com o conhecimento jurídico necessário para lidarem com as situações jurídicas relacionadas ao produto/serviço adquirido ou contratado.⁴²

Referente à vulnerabilidade econômica, ou também chamada de fática, cumpre dizer que esta relaciona-se com a questão financeira, devendo ser analisada sob a perspectiva do poder de compra do consumidor comparado com o poder econômico do fornecedor. Os consumidores desfavorecidos são também chamados de hipossuficientes e esta fragilidade pode ser percebida de diversas maneiras: inerente às pessoas individualmente consideradas, quando o outro sujeito da relação é economicamente muito forte, ou, ainda, quando o bem/serviço desejado é essencial/urgente.⁴³

Portanto, este tipo de vulnerabilidade engloba tanto pessoas que são, por si só, economicamente desfavorecidas, quanto àqueles que, apesar de possuírem relativo poder econômico, quando comparados com a outra parte da relação contratual, se tornam economicamente vulneráveis. Desta forma, cabe a análise do caso concreto.

É necessário pontuar, ainda, que esta espécie de vulnerabilidade leva em conta o consumidor crédulo, mais humilde, que é facilmente enganado numa relação negocial.⁴⁴

Por fim, a doutrina atual menciona uma nova modalidade de vulnerabilidade, denominada de vulnerabilidade informacional, a qual surgiu, de acordo com Cláudia de Lima Marques, em decorrência “deste nosso mundo de consumo cada vez mais visual, rápido e de risco”.⁴⁵ O art. 6º, inc. III, do CDC, dispõe que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

⁴² BOLZAN, Fabrício. *Op. cit.*, p. 294.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 327.

⁴⁴ BOLZAN, Fabrício. *Op. cit.*, p. 294.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 329.

Da leitura do referido dispositivo legal, extrai-se que o fornecimento de informações adequadas e claras consumidor acerca do produto ou serviço adquirido ou utilizado foi uma das maiores preocupações do legislador ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor. Contudo, esta espécie de vulnerabilidade tomou força atualmente, tendo em vista a realidade atual, em que o déficit de informações dos consumidores é cada vez mais profundo, uma vez que apesar da informação no mundo globalizado ser abundante, muitas vezes esta é controlada e manipulada, sendo fornecida, no mais das vezes, sem necessidade.⁴⁶

Marques afirma, portanto, que a vulnerabilidade informacional poderia, em princípio, estar englobada na vulnerabilidade técnica, no entanto, neste mundo que presenciamos (livre, veloz e global), tem que se considerar esta nova espécie própria. A autora assevera, também, que a vulnerabilidade informativa é, atualmente, o maior fator de desequilíbrio entre as partes numa relação de consumo, uma vez que os fornecedores, além de serem profissionais no produto/serviço que estão oferecendo, são os únicos que de fato detêm a informação.⁴⁷

Por fim, ressalta-se que o quesito informação é extremamente influente no poder de persuadir o consumidor no momento em que está comprando um produto ou contratando um serviço.⁴⁸

Após os esclarecimentos pertinentes acerca das espécies de vulnerabilidade (técnica, jurídica, fática/econômica e informacional), cumpre consignar que, conforme explica César Fiuza, o princípio da vulnerabilidade, previsto expressamente no art. 4, inc. I, do CDC, não pode ser considerado para o fim de restringir a aplicação do CDC. Sendo assim, de modo geral, se a pessoa se enquadra como destinatária final econômica, não se pode negar a proteção do Código de Defesa do Consumidor, embora, por exemplo, esta tenha grande poder econômico, até mesmo porque esta vulnerabilidade pode ser apenas técnica.⁴⁹

Em contrapartida, as espécies de vulnerabilidade podem ser utilizadas para o fim de ampliar a aplicação da legislação consumerista. São os casos em que, apesar do sujeito ser apenas destinatário final fático ou nem ser destinatário final do

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 329, 334.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 329-330.

⁴⁸ BOLZAN, Fabrício. *Op. cit.*, p. 296.

⁴⁹ FIUZA, César. *Op. cit.*, p. 431.

produto/serviço adquirido, seja tão vulnerável frente ao fornecedor, que necessite da proteção do CDC.⁵⁰

Até mesmo a Administração Pública, com todas as peculiaridades do regime jurídico próprio do contrato administrativo, pode estar em situação de vulnerabilidade e, por tal razão, ser considerada consumidora e obter o amparo da legislação consumerista, conforme será demonstrado em momento posterior.

1.3 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DAS TEORIAS MAXIMALISTAS, FINALISTA E FINALISTA MITIGADA EM DECISÕES DO STJ.

O Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões, já adotou todas as teorias explicativas do artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, o que demonstra que, de fato, o conceito de consumidor *stricto sensu* gerou grandes debates e controvérsias na doutrina e jurisprudência.

Da análise de julgados⁵¹, extrai-se que o entendimento adotado pela teoria maximalista, ou seja, de que basta que a pessoa seja destinatário final fático do bem para se enquadrar no conceito de consumidora, foi bastante adotado no início da vigência do CDC. Isto porque a Lei n. 8078 foi promulgada em 1990, época em que ainda estava em vigência o Código Civil de 1916, o qual protegia mais as questões patrimoniais do que os direitos e garantias fundamentais.

Por tal razão, observa-se que esta teoria, a qual considera a relação de consumo de maneira tão abrangente, era diversas vezes mencionada no Judiciário por empresas que buscavam ser enquadradas no conceito de consumidoras, na medida em que o Código de Defesa do Consumidor demonstrou ser um sistema de excelência e eficiência do Direito Civil brasileiro, em que os problemas contratuais intercomerciais eram solucionados de maneira justa.⁵²

A aplicação da teoria maximalista para definir o termo “destinatário final” já foi adotada diversas vezes pela Terceira Turma do STJ. :

CONTRATOS BANCÁRIOS – CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO PARA COMPRA DE COLHEITADEIRA – AGRICULTOR – DESTINATÁRIO FINAL – INCIDÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO – CAPTAÇÃO DE

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ REsp 445.854/MS; REsp 208.793/MT; REsp 286.441/RS; REsp 286.441/RS

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 346.

RECURSOS – MATÉRIA DE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA. I – O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços. III (...) (REsp 445.854/MS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2003, DJ 19/12/2003, p. 453, sem omissos no original).

Neste caso, resta evidente o entendimento firmado de acordo com a teoria maximalista, uma vez que o agricultor, apesar de ter adquirido o produto com o fim de utilizá-lo em sua atividade produtiva, ou seja, embora busque, com a compra do produto, implementar sua atividade negocial, ainda assim é considerado consumidor.

Oportuna, ainda, a transcrição de mais um julgado, o qual demonstra o posicionamento, em favor da teoria maximalista, adotado pela Terceira Turma do STJ até meados do ano de 2003:

Ação de indenização. Contrato de transporte. Embargos de declaração. Código de Defesa do Consumidor. Prescrição. (...) 2. Aplica-se a prescrição do Código de Defesa do Consumidor (art. 27), em caso de ação de indenização decorrente de dano causado em mercadoria durante o respectivo transporte marítimo, não importando para a definição do destinatário final do serviço de transporte o que é feito com o produto transportado. No caso, o serviço de transporte foi consumado com a chegada da mercadoria no seu destino, terminando aí a relação de consumo, estabelecida entre a transportadora e a empresa que a contratou. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 286.441/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 03/02/2003, p. 315, sem omissos no original)

Esta visão, que retira do Código Civil quase todos os contratos comerciais, acabou deturpando o espírito protetivo do CDC, colocando em risco o verdadeiro consumidor *stricto sensu*.⁵³ A teoria foi perdendo força na doutrina e jurisprudência, principalmente após o advento do Código Civil de 2002 – que trouxe consigo diversas garantias e direitos fundamentais - e, atualmente, não traduz o entendimento do STJ.

Nesse diapasão, o órgão judiciário responsável pela uniformização das interpretações das leis federais começou a se posicionar de maneira mais finalista, conforme se observa das seguintes decisões:

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 346.

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. (REsp 541.867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/11/2004, DJ 16/05/2005, p. 227).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Quando o acórdão recorrido decidir a controvérsia com base no conjunto fático-probatório constante dos autos, torna-se inviável reexaminar as referidas provas, em sede de recurso especial, em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. 2. O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Desse modo, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 916.939/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 03/12/2008)

Em ambos os casos retratados depreende-se que o conceito de consumidor é visto de forma mais restrita. No primeiro julgado restou expressamente consignado que a utilização de equipamento e serviços de crédito prestado por empresa administradora de cartão de crédito trata-se de serviço para incremento/implemento de atividade negocial e, portanto, atividade de consumo intermediária e não final. Nesse mesmo sentido é o entendimento da decisão prolatada pela Primeira Turma do STJ, a qual menciona que a pessoa jurídica só poderá ser considerada consumidora se adquirir o produto/serviço em benefício próprio, sem repassá-los a terceiros ou empregá-los na geração de outros bens, o que não ocorreu no caso em tela.

Em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça optou-se, também, pela concepção finalista de consumidor, sendo sedimentado o entendimento do referido órgão nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO BANCO BRB AFASTADA E, NO MÉRITO, REJEITADOS OS EMBARGOS DOS DEVEDORES PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IRRESIGNAÇÃO DOS EMBARGANTES/EXECUTADOS. (...) 3. Consoante jurisprudência desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica às hipóteses em que o produto ou serviço é contratado para implementação da atividade econômica, em virtude de não se evidenciar a figura de destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva).. (REsp 1086969/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 30/06/2015, sem omissos no original).

Ocorre que, diante da complexidade dos casos concretos, o STJ desenvolveu, já em meados de 2003, 2004 e 2005, a teoria finalista/mitigada, sendo esta uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, na qual analisa o campo de aplicação das normas do CDC de maneira mais subjetiva com relação ao consumidor, contudo mais objetiva no que diz respeito ao papel do sujeito na sociedade de consumo.⁵⁴ *In verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE MÁQUINA FOTOCOPIADORA COM SERVIÇO DE MANUTENÇÃO. INADIMPLEMENTO DA LOCATÁRIA PESSOA JURÍDICA. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUERES EM ATRASO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ARTS. 2º E 4º, I). BEM E SERVIÇO QUE INTEGRAM CADEIA PRODUTIVA. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO (CDC, ART. 29). EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. PRÁTICA ABUSIVA OU SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. (...) 1. "A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfrentamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da súmula 7/STJ." (EDcl no AREsp 265.845/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe de 1º/8/2013) 2. Em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva. (...) (REsp 567.192/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 29/10/2014, sem omissos no original).

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista,

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 347.

que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra) (...) (REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012, sem omissos no original)

Infere-se, da leitura dos referidos julgados, que o STJ, atualmente, continua mantendo um posicionamento mais finalista, pontuando em suas decisões que só é destinatário final numa relação de consumo aquele que não utiliza o produto/serviço para implemento de sua atividade econômica, ou seja, aquele que se comporta como destinatário final fático e econômico. Contudo, observa-se uma grande evolução deste órgão ao admitir, excepcionalmente, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em situações nas quais, apesar de o sujeito não se enquadrar no conceito de consumidor pela teoria finalista pura, se verifica a vulnerabilidade técnica, jurídica, fática/econômica ou informacional deste numa relação negocial.

Entende-se, portanto, que sempre que se estiver diante de uma relação de consumo, na qual se verifica a vulnerabilidade de uma pessoa, seja física ou jurídica, frente ao fornecedor, esta deverá obter o amparo da Lei 8.078/90. No entanto, cumpre esclarecer que esta vulnerabilidade não se presume em casos de pessoas jurídicas e profissionais, mas pode ser provada, cabendo a análise do caso concreto.

Após a análise das teorias explicativas do conceito de consumidor previsto no art. 2º, *caput*, do CDC, bem como a conclusão de que a teoria finalista mitigada se demonstra a mais adequada para definir o sujeito ativo de uma relação de consumo, uma vez que engloba todas as pessoas que de fato necessitam da tutela legal do Código de Defesa do Consumidor para o reequilíbrio da relação jurídica, uma nova problemática se desenha: a Administração Pública pode ser considerada vulnerável em uma relação negocial, nas suas vertentes técnica, jurídica ou econômica e, por tal razão, obter o amparo da legislação consumerista?

Conforme mencionado anteriormente, os entes públicos podem estar em situação de vulnerabilidade frente à outra parte da relação contratual. Entretanto, para defender a referida tese, primeiramente se faz necessário realizar uma análise geral acerca dos contratos envolvendo a Administração Pública, a fim de pontuar as peculiaridades dos contratos administrativos, que possui prerrogativas extraordinárias, especialmente a presença de cláusulas exorbitantes, características essas que, em princípio, demonstram a supremacia contratual dos entes públicos.

2 PANORAMA GERAL DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os contratos firmados pela Administração Pública podem ser compreendidos, em linhas gerais, como acordos de vontades entre as entidades públicas e pessoas físicas ou jurídicas (públicas ou privadas), os quais visam a execução de objetivos de interesse público. Nesse sentido, cumpre esclarecer que as relações jurídicas realizadas entre a Administração Pública e terceiros nem sempre resultam de atos unilaterais, na medida em que estes, muitas vezes, estabelecem relações jurídicas pautadas por acordo de vontades, as quais podem ser chamadas de “contratos”.⁵⁵

Ainda, estes contratos não apresentam, necessariamente, natureza jurídica de contrato administrativo⁵⁶, podendo ser divididos, quanto ao regime jurídico, segundo a doutrina majoritária, em duas categorias: contratos de Direito Privado e contratos administrativos.

Basicamente, os contratos de Direito Privado são regidos pelo Código Civil, ainda que parcialmente derogados por normas publicitas, como por exemplo a dação, o comodato e a compra e venda. Já os contratos administrativos se subdividem em tipicamente administrativos, que são aqueles integralmente regidos pelo Direito Público e os que têm paralelo no Direito Privado, mas que igualmente são regidos pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos do primeiro tem-se a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público e, exemplificando o segundo, têm-se o mandato, empréstimo, depósito e empreitada.⁵⁷

Frisa-se que, nos contratos particulares, o Direito Público rege apenas de modo acessório, limitado e subsidiário, ainda que esta relação jurídica dependa, usualmente, de licitação.⁵⁸ À luz dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito, os

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 21ª ed, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 592.

⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 5ª ed., reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77.

⁵⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 242.

⁵⁸ JUSTEN. FILHO, Marçal. **Op. cit.**, p. 806

“contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público.⁵⁹

No tocante aos limites impostos à atuação administrativa, ambas as categorias observam exigências de forma, procedimento, competência e finalidade. Tanto no contrato de Direito Privado, quanto no administrativo, exige-se a forma escrita, finalidade pública e observância de determinados requisitos previstos em lei para a sua validade (autorização legislativa, avaliação, licitação, motivação, indicação de recursos orçamentários, publicação e aprovação pelo Tribunal de Contas).⁶⁰

Entretanto, conforme ensina Di Pietro, no que diz respeito aos poderes da Administração, as diferenças aparecem. O contrato administrativo possui, ainda que não expressamente previstas em contrato, as chamadas “cláusulas exorbitantes”, garantidoras, em tese, da posição de supremacia do Poder Público em face do contratado, conforme será demonstrado adiante. Em contrapartida, o contrato de Direito Privado firmado pelo Poder Público, em princípio não necessita dessa supremacia, podendo se posicionar horizontalmente com o particular, razão pela qual as cláusulas exorbitantes só podem existir de maneira excepcional e não estão implícitas no contrato, devendo ser expressamente previstas, com base em lei que derogue o Direito comum.⁶¹

Feitas tais considerações, cabe consignar, por fim, que há algumas outras diferentes e semelhanças entre as referidas categorias⁶², contudo esta comparação detalhada não é objetivo principal do presente trabalho, razão pela qual passa-se ao exame mais aprofundado do contrato administrativo propriamente dito, uma vez que é nesta modalidade de contrato firmado pela Administração Pública que cinge-se maior discussão acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p.. 587.

⁶⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 242 -243.

⁶¹ *Ibidem*, p. 243

⁶² Ver mais em: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 289 e 290; MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, p. 586 e 587; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 242/244.

2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei n. 8.666/93 traz normas gerais de licitação e contratos administrativos e contém em seu art. 2º, parágrafo único, uma definição de contrato administrativo. Vale transcrever:

Art. 2º. (...)

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Observa-se que o referido dispositivo legal analisa contrato administrativo em um sentido amplo, englobando tanto os contratos de Direito Privado, quanto os contratos administrativos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar contrato administrativo, explica que este é um tipo de ajuste realizado entre a Administração e terceiros, o qual se sujeita, seja por exigência legal, de cláusulas estabelecidas ou o tipo de objeto, às imposições de Direito Público, levando em conta, também, os interesses patrimoniais da outra parte.⁶³ De acordo com a definição de Marçal Justen Filho:

O contrato administrativo propriamente dito é um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original.⁶⁴

O contrato administrativo é, portanto, i) um ajuste bilateral, na medida em que exige ao menos duas pessoas para a sua formação; ii) consensual, porquanto ambas as partes tem que ter vontade de contratar; iii) formal, pois deve ser realizado por escrito, salvo raras exceções; iv) comutativo, uma vez que em caso de descumprimento estabelece sanções e, também, determina obrigações e direitos de ambas as partes; v) oneroso, tendo em vista que exige pagamento na forma

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 593.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 296

ajustada; vi) no intuito da pessoa, pois é especificamente a parte contratada que tem que dar cumprimento ao acordado, salvo algumas exceções.⁶⁵

Por conseguinte, esta relação jurídica entre o Poder Público e terceiros se apresenta de maneira original se comparado ao Direito Privado⁶⁶, na medida em que busca o atendimento à uma finalidade pública.⁶⁷ Além disso, estes dois tipos de contratos (administrativo e privado) possuem diversas outras diferenças, sendo pertinente, neste trabalho, a análise das características dos contratos administrativos, a fim de explicar os motivos pelos quais se diz que o Poder Público possui supremacia frente ao contratado numa relação negocial.

2.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos obedecem a princípios e normas do Direito Público, admitindo apenas a aplicação de normas privadas de maneira supletiva.⁶⁸ Por tal razão, possuem peculiaridades próprias que os distinguem das demais modalidades contratuais, uma vez que possuem prerrogativas existentes pelo seu exercício de função pública.

Nesta senda, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os contratos administrativos possuem as seguintes características: presença da Administração Pública como Poder Público, finalidade pública, obediência à forma prescrita em lei, procedimento legal, natureza de contrato de adesão, natureza *intuitu personae*, presença de cláusulas exorbitantes e mutabilidade.⁶⁹ Tais características são específicas do contrato administrativo propriamente dito e merecem algumas considerações.

2.2.1 Presença da Administração Pública como Poder Público

O contrato firmado entre um terceiro e a Administração, quando regido pelo Direito Público, apresenta diversas prerrogativas que demonstram a sua posição de supremacia em face do particular. Essas prerrogativas são denominadas de

⁶⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 78.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 593.

⁶⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 77.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 587.

⁶⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 247.

cláusulas exorbitantes, privilégios ou simplesmente prerrogativas⁷⁰ e serão posteriormente detalhadas.

Diante disso, conclui-se que, em princípio, a posição entre as partes neste tipo de relação jurídica é a de verticalidade, tendo em vista que a Administração Pública, enquanto Poder Público, possui esses privilégios para o fim de garantir o interesse da coletividade. Nesse sentido se posiciona Marçal Justen Filho, ao dizer que “os poderes atribuídos à Administração Pública pela lei ou derivados da própria avença se identificam como instrumento de satisfação de necessidades coletivas, como forma de promover os direitos fundamentais”.⁷¹

Contudo, frisa-se que nem sempre a Administração Pública se encontra nesta posição acima do particular, tendo em vista que, em determinados casos, se observa a vulnerabilidade do ente público frente ao particular, conforme será analisado no capítulo seguinte.

2.2.2 Finalidade Pública

Conforme pontuado no momento da análise das semelhanças entre o contratos particulares e contratos administrativos propriamente ditos, ambas as categorias observam o critério da finalidade pública. Significa dizer que esta característica faz parte de todos os atos e contratos da Administração Pública.⁷²

A finalidade pública deve ser sempre buscada pelo legislador e, por tal razão, se o contrato não tiver um fim público, expresso ou implicitamente, ocorrerá o desvio de finalidade. Nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho “o contrato administrativo qualifica-se como tal porque se dirige a uma finalidade pública”.⁷³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece, ainda, que em determinadas situações a utilidade direta pode ser usufruída apenas pelo particular e traz como exemplo a concessão de uso de sepultura, no qual o particular usufrui mas, indiretamente, tem que ser observado o interesse público, sob pena de desvio de poder.⁷⁴

⁷⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 247

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 286.

⁷² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 247.

⁷³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 77

⁷⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 247

No mais, ressalta-se que, em casos de concessão de uso de sepultura, é interesse da coletividade o sepultamento adequado das pessoas e, por isso, o Poder Público obtém o domínio dos terrenos dos cemitérios. No mesmo sentido, pode-se revogar a referida concessão de uso caso ocorram motivos de interesse público.⁷⁵

2.2.3 Obediência à forma prescrita em lei

A Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993 foi criada para instituir normas para licitações e contratos administrativos, sendo esta, atualmente, a principal lei que rege os contratos administrativos. Esta lei federal traz diversas normas que tratam sobre o aspecto formal dos contratos administrativos, sendo as mais relevantes previstas nos artigos 54, 55 e 60 a 62 da referida lei, as quais passa-se a breve análise.

Nos termos do artigo 54, §1º, da Lei 8.666/93, a redação do contrato deve estar com consonância com os termos da licitação e da proposta que está vinculado e suas condições para execução devem constar de maneira clara e precisa. Ou seja, não pode constar no contrato cláusulas de conteúdo não previsto na licitação. Ainda, o §2º deste mesmo artigo, esclarece que se o contrato foi celebrado sem licitação, deve atender aos termos do ato que o autorizou e também da proposta.

Pelo artigo 55, da referida lei, existem determinadas cláusulas que são necessárias em todo contrato administrativo, sendo estas subdivididas em regulamentares e financeiras. São regulamentares as cláusulas referentes ao objeto, forma de execução, rescisão e responsabilidade da parte, e as cláusulas financeiras dizem respeito ao preço e critérios de reajustamento.⁷⁶

Conforme expõe Marçal Justen Filho, o art. 60 desta lei possui exigências que visam expor se as formalidades legais estão sendo cumpridas, por meio de fiscalização.⁷⁷ Ainda, o parágrafo único deste artigo considera nulo os contratos verbais realizados junto a Administração, exceto àqueles de pequenas compras de pronto pagamento.

⁷⁵ DERBLY, Rogério José Pereira. Natureza jurídica dos cemitérios. **Âmbito Jurídico**. 2003. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3590> Acesso em 23 set 2015.

⁷⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. . **Op. cit.**, p. 247.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. . **Op. cit.**, p. 862.

De acordo com o disposto no artigo 61, parágrafo único, da lei em comento, o contrato só produzirá os efeitos que dele se espera, em regra, após a publicação oficial. Esta publicação prévia tem como objetivo evitar que um contrato não seja executado até que este tenha sido divulgado para toda a comunidade.⁷⁸

Por fim, o artigo 62, da lei de licitações e contratos administrativos, traz as formas pelas quais o contrato se formaliza (termo de contrato, carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço) e quando cada forma deve ser utilizada.

De mais a mais, ressalta-se que, além da lei em análise no presente tópico, há diversas leis esparsas que tratam sobre o aspecto formal dos contratos administrativos, bem como outras normas constantes da própria Lei 8.666/93, devendo estas serem devidamente observadas pelas partes da relação contratual.

2.2.4 Procedimento Legal

A lei prevê alguns procedimentos obrigatórios para que os contratos se formalizem, procedimentos estes que variam de acordo com o tipo da modalidade do contrato, tais como: autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.⁷⁹ Como exemplo, vale mencionar o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

O art. 175, da CF, nesse mesmo sentido, dispõe que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 866

⁷⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 252.

No tocante aos recursos orçamentários, se faz necessário que seja averiguada a sua existência, antes de qualquer medida a ser tomada pela Administração Pública, vez que não se demonstra viável celebrar um contrário sem ter conhecimento prévio acerca das verbas disponíveis para atender à despesa. Verifica-se que esta necessidade de análise prévia dos recursos disponíveis busca evitar que a geração de despesas lese o patrimônio público e impacte no orçamento financeiro do Estado.⁸⁰

Destaca-se que caso o administrador não observe, antes mesmo da licitação, os recursos orçamentários disponíveis, este estará sujeito às regras da Lei de Responsabilidade Fiscal.

2.2.5 Contrato de adesão

Marçal Justen Filho menciona em uma de suas obras que há bastante discussão acerca da consensualidade do contrato administrativo. Há doutrinadores que defendem que a Administração Pública impõe de forma unilateral a sua vontade, não tendo o particular opção de não se submeter-se e, por razão, não haveria concordância comum de ambas partes, mas sim dois atos unilaterais e autônomos: de um lado, o ente público demonstrando sua vontade e do outro, o particular expressando uma concordância autônoma.⁸¹

Em outro sentido, alguns autores entendem que o contrato administrativo possui natureza dúplice, na medida em que há uma parte (regulamentar) que o ente público impõe unilateralmente e existe uma parcela que resulta de avença entre as partes.⁸² Neste ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta que, em um contrato administrativo, é objeto de acordo apenas a parte econômica e todo o restante seria proveniente de ato unilateral da Administração.⁸³

Por fim, há quem sustente que o contrato administrativo é um verdadeiro contrato de adesão, resultante de um acordo de vontades, em que a vontade imposta pela Administração deve ser acatada pelo particular.⁸⁴

⁸⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. JUSTEN FILHO, Marçal. . *Op. cit.*, p. 252.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 805

⁸² *Idem.*

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. JUSTEN FILHO, Marçal. . *Op. cit.*, p. 592.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p., p. 805

Di Pietro, ao explicar a característica de “contrato de adesão”, explica que as cláusulas dos contratos administrativos são estipuladas de forma unilateral pela Administração Pública e cita como exemplo o processo licitatório, no qual a entidade pública faz uma oferta, já fixando as condições em que pretende contratar e, ato contínuo, são apresentadas as propostas pelos licitantes, sendo estas equivalentes à aceitação da referida oferta.⁸⁵

2.2.6 Natureza *intuitu personae*

Em momento anterior do presente trabalho, ao ser analisado alguns pontos acerca dos contratos administrativos, discorreu-se que a natureza *intuitu personae* diz respeito à necessidade de ser especificamente a parte contratada a dar cumprimento no contrato celebrado. Ou seja, há obrigação de prestação pessoal do serviço ao contratante.

Nesse sentido, vale dizer que, conforme entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, todos os contratos firmados pela Administração os quais possuem a exigência de que sejam formalizados por meio de licitação, são celebrados em razão das condições pessoais do particular contratado. Sendo assim, a subcontratação, total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial só são admitidas se previstas no edital de licitação e no contrato, sob pena de rescisão unilateral do contrato (art. 78, inc. VI, da Lei 8.666/93) e aplicação das sanções administrativas cabíveis.⁸⁶

Contudo, em sentido contrário se posiciona o jurista Marçal Justen Filho, ao afirmar que nem todos os contratos administrativos possuem esse caráter personalíssimo. Segundo este autor, a natureza da função pública não é compatível com o subjetivismo existente no Direito Privado e, por tal razão, em regra, nos contratos celebrados pela Administração, não é relevante a identidade pessoal do contratado, uma vez que, por meio da licitação deve-se escolher um particular independente de fatores irracionais. Comprova a referida tese por meio da análise do disposto no art. 64, §2º, da Lei de Licitações, o qual prevê que se o vencedor da

⁸⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 253

⁸⁶ *Idem.*

licitação não assinar o termo de contrato, o ente público poderá convocar os licitantes remanescentes, nas mesmas condições da proposta vencedora.⁸⁷

No mais, apesar das referidas divergências doutrinárias, observa-se que é pacífico o entendimento de que há determinadas contratações em que a identidade do contratado é essencial para a satisfação do interesse da Administração Pública.

2.2.7 Presença das cláusulas exorbitantes

O interesse público pode ser entendido, nas palavras do autor Marçal Justen Filho, como “o interesse privado comum e homogêneo da maioria da população”.⁸⁸ Posto isso, cabe observar que a Administração, com fundamento no interesse público, possui prerrogativas extraordinárias, as quais a doutrina chama de “cláusulas exorbitantes” e que, em tese, tornam o Poder Público superior numa relação contratual.

De acordo com Di Pietro, as cláusulas exorbitantes são as ilícitas ou incomuns em contratos em que a Administração Pública não faz parte, figurando apenas particulares, na medida em que conferem prerrogativas a uma das partes sobre a outra, colocando a Administração em posição de supremacia sobre o particular.⁸⁹

Todavia, essa supremacia não significa uma superioridade intrínseca do Estado sobre o particular, porquanto essas prerrogativas dos entes públicos são modos pelos quais o Estado concretiza os direitos fundamentais dos cidadãos, baseado numa ordem jurídica caracterizada pela natureza democrática.⁹⁰ Ou seja, não há uma relação de verdadeira subordinação.

As principais cláusulas exorbitantes estão previstas no artigo 58 da Lei de Licitação, na Súmula 473, do STF, e no entendimento com relação à exceção de contrato não cumprido. São elas: possibilidade de modificação e rescisão do contrato unilateralmente, fiscalização da execução do contrato, aplicação de penalidades contratuais, ocupação cautelar de instalações, anulação do contrato e restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*.

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 292.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁸⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di.. *Op. cit.*, p. 253

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 810.

Considerando que estas cláusulas demonstram, de acordo com os autores que tratam da referida temática, a supremacia da Administração Pública frente ao particular, e tendo em vista que o presente trabalho busca justamente defender que essa supremacia não deve ser considerada absoluta, se faz essencial a análise geral das principais cláusulas exorbitantes, a serem tratadas em tópico próprio.

2.3 PRINCIPAIS CLÁUSULAS EXORBITANTES

2.3.1 Alteração unilateral

De acordo com o art. 58, inc. I, da Lei 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

Além deste artigo que trata de maneira geral a possibilidade de alteração unilateral do contrato por parte da Administração, cumpre dizer que o art. 65, inc. I, desta mesma lei, traz os casos específicos em que esta alteração poderá ser realizada.

A redação deste artigo traz duas modalidades de alteração unilateral, quais sejam: qualitativa, decorrente da necessidade de alteração no projeto ou em suas especificações, e quantitativa, uma vez que diz respeito à acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto.⁹¹

Romeu Felipe Bacellar Filho pontua, entretanto, que “as alterações do contrato só podem atingir as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, ou seja, aquelas que dispõe sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução, consoante as hipóteses previstas no art. 65, I, da mesma Lei”. Portanto, as cláusulas econômicas não podem ser unilateralmente alteradas, senão para reequilibrar o contrato (art. 58, §1º e 2º, da Lei 8.666/93).

Sobre o assunto, Meirelles ensina que mesmo que não haja previsão expressa em lei ou em cláusula contratual, a Administração Pública tem este poder

⁹¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 254

de alteração unilateral do contrato.⁹² Todavia, este poder de modificação pressupõe que ocorreram eventos que motivaram a necessidade ou conveniência de alterar o contrato após a data da contratação.⁹³

Por fim, cabe ressaltar que esta prerrogativa se configura como um poder-dever, uma vez que, havendo os pressupostos normativos, em busca de realizar um interesse indisponível, a Administração tem o dever de intervir no contrato e proceder as alterações pertinentes às efetivações dos interesses fundamentais, sob pena de aplicação das penalidades legais ao administrador.⁹⁴

2.3.2 Rescisão unilateral

A rescisão unilateral é a extinção do contrato pela Administração Pública e possui previsão no artigo 58, inciso II, combinado com os artigos 79, inciso I, e 78, incisos I a XII e XII.

Esta extinção antecipada da relação contratual, pode-se dar em situações de inadimplemento contratual com culpa, previstas no art. 78, incisos I a VIII e XVIII, sendo elas: não-cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, paralisação, subcontratação total ou parcial, cessão, transferência, desatendimento de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do ajuste, cometimento reiterado de faltas e descumprimento do artigo da CF que trata acerca do trabalho de menor de idade.⁹⁵

Ainda, pode ser caso de extinção decorrente de inadimplemento sem culpa, envolvendo situações que caracterizem desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou o comprometimento da execução do contrato, dispostas no artigo 78, incisos IX a XI. Di Pietro diz que também se enquadram razões de interesse público (art. 78, inc. XII) e casos fortuitos ou de força maior (art. 78, inc. XVII).⁹⁶

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 214.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.**, p. 844.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 843.

⁹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Op. cit.**, p. 256.

⁹⁶ *Idem*.

No mais, destaca-se que a possibilidade de extinção e alteração unilateral do contrato por parte da Administração nos casos supracitados não impedem as tradicionais modificações e rescisões bilaterais e judiciais.⁹⁷

2.3.3 Fiscalização

A fiscalização da execução do contrato encontra-se disposta, de maneira geral, no artigo 58, inc. III, da Lei 8.666/93⁹⁸, sendo especificado o modo como se dará essa fiscalização no artigo 67 desta mesma lei, o qual prevê que a execução do contrato será acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração designado, sendo permitida a contratação de terceiros para a sua assistência, prestando informações relevantes a esta fiscalização.

Marçal justifica essa atuação de fiscalização da Administração pelo seu dever de promover os direitos fundamentais e assinala que, uma atuação passiva da Administração Pública, em que não verifica de imediato que o particular não executou de maneira adequada a prestação contratada, não resguarda os interesses fundamentais dos cidadãos. Contudo, o autor alerta que se o poder de fiscalização for exercido para efeito diverso da mera verificação do cumprimento dos deveres do contratado, ocorrerá desvio de poder.⁹⁹

Caberá ao agente administrativo designado anotar todas as ocorrências referentes à execução do contrato e tomar as medidas cabíveis, quando competente para tanto, para regularizar as faltas ou defeitos observados. Caso não tenha competência para a tomada das medidas necessárias, deverá solicitá-las aos seus superiores.¹⁰⁰

Cumprido esclarecer que esta fiscalização por parte do representante designado pela Administração não exclui ou reduz eventual responsabilidade do particular, resultante de sua conduta culposa/dolosa por danos que sejam causados a terceiros ou à própria Administração Pública.¹⁰¹

⁹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 78

⁹⁸ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* 846.

¹⁰⁰ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Op. cit.*, p. 257

¹⁰¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 83

Frisa-se que, se houver o desatendimento de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, poderá este ser extinto unilateralmente pela Administração, nos termos do que dispõe o art. 78, inc. VII, da Lei de Licitações.

2.3.4 Aplicação de sanções

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a inexecução total ou parcial do contrato dá à Administração a prerrogativa de aplicar sanções de natureza administrativa”.¹⁰²

Essas penalidades estão autorizadas pelo art. 58, inc. IV, da Lei de Licitações¹⁰³, e o art. 87 desta Lei traz suas modalidades, quais sejam: advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos; declaração de inidoneidade para licitar/contratar com a Administração até perdurarem os motivos que levaram à punição ou até que seja realizada a reabilitação perante a autoridade que aplicou a penalidade, a qual será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração por todos os prejuízos decorrentes e após exaurido o prazo da sanção aplicada com base na suspensão temporária supracitada.

Outrossim, as sanções contratuais e legais poderão ser aplicadas por atraso, inexecução total ou parcial do contrato e às empresas ou profissionais que: i) tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meio doloso, fraude fiscal no recolhimento de tributos; ii) tenham praticado atos ilícitos com o objetivo de frustrar os interesses da licitação e; iii) mostrem não ter idoneidade para contratar com a Administração, considerando os atos ilícitos praticados (artigos 86, 87 e 88, da Lei 8.666/93).

Esta prerrogativa de aplicação de penalidades por parte da Administração deriva da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que nada mais é do que a Administração, sem precisar recorrer ao Poder Judiciário, satisfazer uma pretensão própria ou até mesmo resolver um litígio de que faz parte, produzindo todos os atos

¹⁰² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 257

¹⁰³ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

materiais para tanto. Entretanto, esta autotutela administrativa, apesar de obedecer ao princípio da legalidade, deve observar o princípio da proporcionalidade, para assim evitar a lesividade do contratado.¹⁰⁴

Salienta-se que, conforme esclarece Marçal ao parafrasear as ideias de Hely Lopes Meirelles, “a imposição de sanções será sempre precedida da indicação da motivação e sempre será assegurado o recurso do interessado ao Poder Judiciário”.¹⁰⁵

2.3.5 Ocupação cautelar de instalações

A ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviço está prevista no artigo 58, inciso V, combinado com o artigo 80, inciso II, ambos da Lei 8.666/93.¹⁰⁶ À luz dos ensinamentos da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essas prerrogativas:

Tem por objetivo assegurar a continuidade da execução do contrato, sempre que a sua paralização possa ocasionar prejuízo ao interesse público e, principalmente, ao andamento de serviço público essencial; trata-se, neste último caso, de aplicação do princípio da continuidade do serviço público.¹⁰⁷

Nesse sentido, Bacellar esclarece que, quando os serviços essenciais se encontrarem paralisados, em perigo, ou até mesmo em desvirtuamento de seu objeto, cabe à Administração garantir a sua continuidade.¹⁰⁸

Contudo, Marçal pondera que não se mostra viável aplicar a presente prerrogativa em situações que se apuram faltas contratuais, uma vez que isto seria incompatível com a Constituição, porquanto até mesmo em casos de interesse

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 846.

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 846.

¹⁰⁶ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...)

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: (...)

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

¹⁰⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.* p. 257

¹⁰⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 83

público e social, este apossamento da propriedade privada depende de autorização do Poder Judiciário.¹⁰⁹

2.3.6 Anulação

A Administração Pública poderá, a qualquer tempo, anular o contrato administrativo, caso seja verificada ilegalidade ou ilegitimidade na contratação que não haja possibilidade de convalidação e após regular processo administrativo, o qual deve observar todas as garantias constitucionais¹¹⁰, tais como o princípio da ampla defesa e do contraditório. Tal prerrogativa, baseia-se na Súmula n. 473, do STF. Oportuno transcrever:

SÚMULA 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.¹¹¹

Ainda, a teor do disposto no art. 59, da Lei 8.666/93, esta anulação possui efeito *ex tunc*, ou seja, desconstitui os efeitos já produzidos pelo contrato. Todavia, esta declaração de nulidade não exclui o dever da Administração de indenizar o contratado pelos serviços que ele já executou e por outros prejuízos que sejam comprovados, se essa ilegalidade for imputável apenas à Administração Pública, em atenção ao parágrafo único do referido artigo.

Alguns doutrinadores chamam essa prerrogativa conferida aos entes públicos de autotutela, vez que a própria Administração decide e põe em execução sua decisão.¹¹²

Di Pietro ressalta, por fim, que se o procedimento licitatório tiver alguma ilegalidade, esta atinge também o contrato, visto que o procedimento da licitação é condição de validade do contrato administrativo. Sendo assim, “ainda que a

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 846

¹¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 83

¹¹¹ BRASIL. Súmula 473. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FL.SV.&base=baseSumulas>> Acesso em 28 set 2015.

¹¹² PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Op. cit.* p. 258.

ilegalidade da licitação seja apurada depois de celebrado o contrato, este terá que ser anulado”.¹¹³

2.3.7 Exceção de contrato não cumprido

O instituto da exceção de contrato não cumprido - *exceptio non adimpleti contractus* – está previsto no art. 477, do CC, o qual dispõe que depois de finalizado o contrato, se for duvidoso o cumprimento deste por uma das partes, a outra pode recusar-se à prestação pela qual se obrigou, até que aquela parte cumpra o que lhe incumbe ou dê garantia para tanto. Em outras palavras, se uma das partes descumpre o seu contrato, a outra tem o direito de descumpri-lo também.

Feito tal esclarecimento, cumpre consignar que nos contratos regidos por normas publicistas, este direito não é conferido ao contratado, na medida em que este não pode interromper a execução do contrato, em atenção aos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular. Sendo assim, considerando que não há qualquer hipótese de previsão de rescisão unilateral por parte do contratado, este deve requerer administrativamente ou judicialmente a rescisão do ajuste e o pagamento de perdas e danos, sem deixar de dar continuidade à execução do contrato, até que a autoridade competente – administrativa ou judicial – autorize sua paralização.¹¹⁴

Contudo, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que não se pode afirmar que a exceção de contrato não cumprido não pode ser utilizada nos contratos administrativos pelo contratado, tendo em vista que os artigos 78, inc. XV e XVI¹¹⁵, da Lei de Licitações autorizam o particular invocar este instituto, ao estabelecerem

¹¹³ *Ibidem*, p. 259

¹¹⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.* p. 260.

¹¹⁵ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

que em determinadas situações o contratado tem o direito de suspender o cumprimento de suas obrigações.¹¹⁶

Nesse mesmo sentido assinala Di Pietro, ao dizer em uma de suas obras que o rigor do entendimento *exceptio non adimpleti contractus* tem sido abrandado pela doutrina e jurisprudência, pontuando, inclusive, que este rigor não se justifica em casos nos quais o contrato não tem por objetivo a execução de serviço público, porquanto nestas situações não se aplica o princípio da continuidade.¹¹⁷

Traçados os aspectos gerais que envolvem as referidas prerrogativas da Administração Pública frente ao contratado numa relação negocial, resta evidente que, de fato, a Administração possui muitas vantagens no contrato administrativo propriamente dito, deixando-a numa posição, em tese, de supremacia frente ao particular.

Ocorre que, em determinados casos, apesar de usufruir das cláusulas exorbitantes, ao firmar um contrato com o particular, estas prerrogativas não socorrem de modo satisfatório os entes públicos. Nestas situações, vislumbra-se a necessidade de proteção da Administração Pública, em prol do interesse público, por meio da aplicação, também, de normas de Direito Privado, conforme será tratado no capítulo seguinte.

¹¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.* p. 601.

¹¹⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.* p. 260

3 APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Nos termos do que dispõe o artigo 54, da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Pela leitura deste texto legal, extrai-se que os contratos administrativos são regidos pelo Direito Público, Privado e, também, pela teoria geral dos contratos, de maneira harmoniosa. Vale dizer, a aplicação supletiva das normas de Direito Privado só são admitidas se compatíveis com a índole pública do instituto.¹¹⁸

Ainda, conforme pontuado no presente trabalho, consta expressamente no art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que as pessoas jurídicas estão inseridas na qualidade consumidores e, portanto, a pessoa jurídica de Direito Público poderia ser considerada consumidora numa relação de consumo.

Deste modo, depreende-se que, tendo a Lei 8.666/93 admitido expressamente a regulação dos contratos administrativos por normas de Direito Privado e, trazendo o artigo 2º, do CDC, de maneira indistinta o termo “pessoa jurídica” para englobar o rol de consumidores, em uma análise inicial, a Administração Pública poderia se beneficiar das regras constantes na legislação consumerista.

Entretando, considerando as divergências doutrinárias acerca da referida temática, se faz necessário o exame aprofundado sobre a Administração Pública como consumidora numa relação de consumo.

3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDORA

A Administração Pública realiza todos os dias contratos com particulares visando adquirir produtos e/ou serviços em benefício da sociedade como um todo, como, por exemplo, efetuando a compra de lanches para uma escola municipal,

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.* p. 587.

adquirindo cartuchos para a impressora de um determinado órgão público e celebrando contrato de prestação de serviços de telefonia.

Ocorre que, diante dessa relação de consumo que se forma entre o particular e a Administração Pública, a doutrina brasileira se divide em duas vertentes: há aqueles que defendem que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos administrativos e têm doutrinadores que afirmam que são passíveis de proteção pelo Código de Defesa do Consumidor os entes públicos ao celebrarem contratos administrativos propriamente ditos.

Leon Frejda Szklarowsky, em posição favorável à tutela da Administração por meio do CDC defende que, nestes casos, quando um ente público faz parte do contrato, no sentido que lhe dá a Lei de Licitações e Contratos, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo este consumidor ou usuário, uma vez que a lei sequer distingue as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços, o que importa é que adquira/utilize o produto/serviço como destinatário final. Frisa que o Estado consumidor/usuário é a nossa sociedade representada/organizada.¹¹⁹

O referido autor ressalta, ainda, que o fato de a Administração gozar dos benefícios concedidos pela Lei 8.666/93 não faz com que esta não necessite do amparo do CDC, pois basta analisar os dois diplomas legais (CDC e Lei de Licitações), para perceber que nem todas as situações abrangidas no CDC estão relacionadas na Lei de Licitações e vice-versa. Portanto, quando o Poder Público for usuário ou consumidor como destinatário final, tem que lhe ser dada a proteção legal, tais como a reparação de danos patrimoniais ou por defeitos decorrentes da prestação de serviços públicos. Outrossim, menciona o entendimento de Toshio Mukai, que segue sua mesma linha de raciocínio:

Toshio Mukai adverte, com muita propriedade, que o Código pode e deve ser invocado pela contratante, já que, ao contratar o fornecimento de bens ou serviços, coloca-se na condição de destinatária final e, portanto, o manto protetor dessa lei não pode ser ignorado. Entretanto, ao prestar serviços públicos, poderá também estar na posição de fornecedor, submetendo-se às regras do artigo 22 e seu parágrafo único desse diploma.¹²⁰

¹¹⁹ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **O código de proteção e a defesa do consumidor e os contratos administrativos**. Boletim de licitações e contratos. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1999. Disponível em: <<http://www.saj.com.br/artigos/contratosadministrativos.html>>. Acesso em: 04/09/2015.

¹²⁰ *Idem*.

José Geraldo Brito Filomeno, em análise ao artigo formulado pelo Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional, Szklarowsky, concorda com o posicionamento adotado, concluindo que, de fato, aplicam-se, aos contratos administrativos eminentemente públicos as disposições contidas na legislação consumerista, e que a Administração, numa relação contratual estabelecida com base na Lei 8.666/93, “em regra é a usuária, adquirente de bens, consumidora final, não sendo fornecedora, mas também poderá ficar nesta posição e, então, como tal, deverá responder”.¹²¹

Em sentido oposto, Marçal Justen Filho alega não ser viável a aplicação supletiva de normas consumeristas em contratos administrativos, na parte que diz respeito à responsabilidade por vício do produto ou do serviço. Justifica tal afirmativa pelo fato de a Administração ser responsável pela definição da prestação a ser executada pelo particular e, também, das cláusulas contratuais que irão disciplinar a relação jurídica. Ademais, esclarece que ainda que se enquadrasse a Administração no termo “consumidor”, a matéria dos contratos celebrados por esta já está subordinada aos ditames da Lei 8.666/93 em todas as fases de seu procedimento, não havendo espaço para a incidência das regras constantes no Código de Defesa do Consumidor.¹²²

Observa-se, dos argumentos expostos por Marçal, que este considera que a Administração possui diversas prerrogativas, as quais a deixam numa posição de superioridade frente ao contratado, razão pela qual não haveria motivo plausível para obter, ainda, a tutela do CDC. Todavia o autor não leva em conta o fato de que alguns contratos administrativos eminentemente públicos não são regidos pela lei que lhe confere tais prerrogativas. Por exemplo, se estamos diante de compras ou abastecimentos de navios, embarcações ou unidades aéreas ou tropas, considerando a urgência e necessidade, pode-se dispensar o processo de licitação, se forem pela modalidade convite (artigo 23, inciso I, alínea a, da Lei de Licitações e Contratos).¹²³

¹²¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 9ª ed., Revista, ampliada, sistematizada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32-33

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 952.

¹²³ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Op. cit.*

Portanto, nestes casos supramencionados, nos quais não são aplicáveis as regras da Lei 8.666/93, por óbvio que o legislador não os deixariam ao desamparo legal total, a ponto de excluir até a incidência do CDC.

Outrossim, o autor Caio Tácito também não aconselha a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nestes casos, uma vez que, conforme esclareceu Leon Frejda Szklarowsky ao relatar o posicionamento do referido autor:

Caio Tácito exclui os consumidores intermediários ou os que se valem de produtos ou serviços, como bens de produção, e considera os órgãos públicos verdadeiros fornecedores, consumidores intermediários, porque se utilizam de bens ou serviços como instrumentos de execução de seus serviços.

No raciocínio formulado por Tácito, este traz à tona a questão dos consumidores intermediários e dos destinatários finais, dizendo que a Administração não adquire um produto ou serviço para atendimento de uma necessidade própria, porquanto os bens/serviços adquiridos são utilizados como instrumentos de execução de seus serviços.

Neste ponto, cabe esclarecer que o posicionamento do autor não leva em consideração a percepção mais adequada acerca do conceito de consumidor e destinatário final¹²⁴, entendimento este inclusive do STJ, conforme já foi objeto de estudo no presente trabalho.

Isto porque 3 (três) teorias buscam explicar o conceito de consumidor constante no artigo 2, *caput*, do CDC: maximalista, finalista e finalista mitigada; sendo a última a que contempla melhor este conceito, na medida em que defende que, mesmo que uma pessoa jurídica não seja destinatária final econômica do produto ou serviço, se estiver em situação de vulnerabilidade com relação à outra parte, será contemplada pelas normas consumeristas. Sendo assim, o argumento de que a Administração não se comporta na maioria das vezes como destinatária final e, por tal razão, não poderia ser enquadrada como consumidora, não merece prosperar, tendo em vista que ainda cabe a análise da questão da vulnerabilidade.

Nesse sentido, Flávio Amaral Garcia cita os ensinamentos de Maria Helena Pessoa Pimentel, a qual defende a aplicação do CDC nas situações em que a

¹²⁴ Teoria Finalista Mitigada

Administração Pública se encontra vulnerável e aduz que em prol do interesse público deve obter o amparo da legislação consumerista.¹²⁵

Diante disso, a grande problemática surge: é possível a Administração Pública ser considerada vulnerável em uma relação contratual, nas espécies técnica, jurídica ou econômica?

Conforme tratado no presente trabalho, com fundamento no interesse público, a Administração tem a sua disposição uma série de prerrogativas, ocupando claramente uma posição de superioridade em face da outra parte numa relação negocial. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, “não é difícil verificar que os traços peculiares ao regime do contrato administrativo giram em torno da supremacia de uma das partes, que, a seu turno, procede de prevalência do interesse público sobre os particulares”.¹²⁶

Portanto, em regra, essa vulnerabilidade não se presume, contudo, não se pode dizer também que esta supremacia da Administração Pública é absoluta, cabendo a análise da situação e circunstância do caso concreto, conforme será minuciosamente trabalhado no tópico seguinte.

3.2 VULNERABILIDADE TÉCNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A vulnerabilidade técnica já foi abordada, de modo geral, no primeiro capítulo. Em suma, esta diz respeito às situações em que o comprador/contratante não tem conhecimentos específicos acerca do objeto/serviço que está adquirindo e, por tal razão, pode ser facilmente enganado por meio de propagandas enganosas.

A Administração Pública, no procedimento licitatório, elabora o ato convocatório, define o objeto da licitação, fixa o conteúdo do contrato, promove a convocação de terceiros interessados e define os requisitos e as exigências necessárias à participação e à seleção da melhor proposta.¹²⁷ Por tal razão, em princípio, a Administração possui conhecimento específico e técnico do objeto da contratação, na medida em que tem que descrever este objeto de maneira completa

¹²⁵ GARCIA, Flavio Amaral. **O Estado como consumidor**. Fórum Administrativo: direito público. Belo Horizonte: Fórum, 2006, v. 6, n. 63, p. 7229 a 7233. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45731.pdf/Revista_60_Doutrina_pg_50_a_58.pdf>. Acesso em: 08/09/2015.

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Op. cit.** p. 589.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.** p. 844

e minuciosa¹²⁸ e, portanto, os responsáveis por esta tarefa teriam a expertise suficiente para traçar suas minuciosidades, para o fim de se obter a proposta mais vantajosa.

Anexo ao edital, conterà o projeto básico. Sobre essa fase interna do procedimento licitatório cumpre consignar, preliminarmente, que a Lei 8.666/93, em seu art. 6º, inc. define o projeto básico:

Art. 6º.

(...)

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (...).

Cabe ao ente público contratante a elaboração do projeto básico, que deverá conter uma projeção detalhada da futura contratação, na qual serão pontuadas todas as questões técnicas, as financeiras, os prazos e os reflexos ambientais, demonstrando a viabilidade e conveniência da execução da obra/serviço e, também, que todas as soluções técnicas possíveis foram cogitadas.¹²⁹

Diante disso, há quem entenda que, pela elaboração do projeto básico e pelas demais fases do procedimento licitatório, a Administração Pública sabe exatamente o que está adquirindo, tendo total consciência da qualidade e quantidade do produto/serviço a ser contratado.

Essa é a conclusão de Tassi em sua monografia “O Código de Defesa do Consumidor e os contratos administrativos: a inaplicabilidade do CDC aos contratos de obras, serviços e fornecimentos regidos pela Lei 8.666/93”¹³⁰, ao afirmar que os entes públicos, ao elaborarem o ato convocatório, incluindo o documento denominado “projeto básico”, demonstra que obtêm o conhecimento técnico adequado sobre o objeto do contrato, uma vez que o próprio instrumento de convocação detalha as qualidades técnicas daquilo que pretende adquirir.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 844

¹²⁹ *Ibidem*, p. 140-141.

¹³⁰ TASSI, Bruno Borges Junqueira. **O Código de defesa do consumidor e os contratos administrativos: a inaplicabilidade do CDC aos contratos de obras, serviços e fornecimentos regidos pela Lei 8.666/93.** Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/175/3/20612396.pdf>>. Acesso em: 14/09/15

Contudo, conforme pondera Flávio Amaral Garcia, “não seria razoável criar-se a expectativa de que um órgão ou entidade pública, por mais bem aparelhado que seja, disponha de servidores e técnicos que conheçam profundamente todos os objetos a serem adquiridos”.¹³¹ Ora, a Administração adquire bens e serviços dos mais variados tipos todos os dias, 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.

Nesse sentido, Nelson Corrêa Viana, esclarece que, de acordo com o art. 8º, inc. III, alínea a, do Decreto Federal n. 3.555/00, art. 9º, inc. I, do Decreto Federal n. 5.450/2005 e art. 14 da Instrução Normativa Federal n. 02/2008, o órgão requisitante define o objeto do contrato conjuntamente com a área de compras, que possui técnico que, em tese, obtém os conhecimentos pertinentes acerca do objeto. No entanto, o que acontece na prática é que a área de compras que ajuda o órgão requisitante não possui técnicos com qualificação profissional pertinente às especificações do objeto e, por consequência, produz especificações inadequadas e confusas, de tal maneira que o próprio mercado não compreende o produto a ser cotado.¹³²

Vislumbram-se nestes casos uma evidente diferença entre as partes no tocante às informações técnica do produto, ficando o fornecedor do produto/serviço presumidamente em uma posição de superioridade frente ao Poder Público, até mesmo no tocante à evolução técnica dos produtos e serviços, uma vez que estes estão a todo momento sujeitos à novas especificações e detalhamentos técnicos.¹³³

Conclui-se que, regra geral, a Administração obtém conhecimento técnico suficiente do produto/serviço, sendo dificilmente enganada pelo particular no tocante às qualidade e quantidade do objeto a ser contratado. Entretanto, em determinadas situações, a Administração Pública não obtém o conhecimento técnico adequado do objeto da licitação, se tornando, por este motivo, frágil em relação ao fornecedor, sendo que este, obviamente, tem conhecimento técnico específico a respeito dos bens de consumo produzidos ou vendidos.

¹³¹ GARCIA, Flavio Amaral. *Op. cit.*

¹³² VIANA, Nelson Corrêa. Preços na licitação. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3112, 8 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20811>>. Acesso em: 15/09/2015

¹³³ GARCIA, Flavio Amaral. *Op. cit.*

Sendo assim, caracterizada esta situação no caso concreto, deve a Administração ser reconhecida como consumidora, na medida em que se encontra vulnerável nesta relação de consumo e deve obter o amparo do microsistema consumerista.

3.3 VULNERABILIDADE JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A vulnerabilidade jurídica trata-se, em resumo, da falta de conhecimentos jurídicos necessários sobre a relação contratual estabelecida, na qual o contratante, muitas vezes, sequer compreende as cláusulas do ajuste e, portanto, as informações essenciais do contrato não são repassadas de maneira adequada para ambas as partes.

Esta espécie de vulnerabilidade, conforme já esclarecido no primeiro capítulo, é presumida em caso de consumidor pessoa física e consumidor não-profissional e, em contrapartida, vale a presunção do contrário com relação aos profissionais e as pessoas jurídicas, visto que se pressupõe que esta tem funcionários com o necessário conhecimento jurídico para compreenderem os termos do contrato e para eventual representação em Juízo.

A Advocacia Pública se estrutura nos artigos 131 e 132, da Constituição Federal¹³⁴, representando judicial e extrajudicialmente a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Portanto, o Poder Público tem a sua disposição uma Procuradoria, composta por advogados públicos ocupantes de cargos efetivos, os quais prestam serviços de advocacia, assessoria e consultoria jurídica ao Poder Público.¹³⁵ Ressalta-se que essa assessoria jurídica emite diversos pareceres jurídicos que dão base para a prática de atos administrativos dos servidores públicos.

¹³⁴ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

¹³⁵ BANDEIRA, Adir Machado. Contratação de serviços advocatícios pela administração pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3044, 1 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20326>>. Acesso em: 07/09/2015.

A estrutura das Procuradorias varia de acordo com o ente público. No caso dos municípios, por exemplo, pode, a depender do seu tamanho, receita e demanda jurídica, possuir apenas um Procurador.¹³⁶ Cabe frisar que, desde os municípios com um número reduzido de habitantes, com baixa arrecadação, até uma metrópole, todos estes possuem uma assessoria jurídica para auxiliá-los e, se discreparem do modelo previsto na CF, por óbvio que praticariam ato contrário à Constituição Federal.

Diante disso, Jair Batista Cunha se posiciona no sentido de que é possível a verificação de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica da Administração frente ao fornecedor, no entanto, a vulnerabilidade jurídica do ente público não se presume no contrato administrativo.¹³⁷

Em entendimento oposto, André Para Myrrha de Paula e Silva, afirma que o simples fato de a Administração ter uma equipe de apoio na área jurídica não significa que esta não pode se encontrar numa situação de vulnerabilidade jurídica, na medida em que há situações em que a assessoria jurídica do ente público só está acostumada a litigar nas áreas trabalhistas e administrativas, não possuindo conhecimento, por exemplo, da área do consumidor.¹³⁸

Contudo, esta alegação não merece prosperar, uma vez que os advogados públicos são bacharéis em Direito e, por tal razão, há presunção absoluta de que estes são profissionais com notório saber jurídico, aptos a enfrentarem os mais diversos tipos de litígios jurídicos, não cabendo alegação de desconhecimento em determinadas áreas do Direito.

Considerando todo o aparato jurídico dos entes públicos, em que se presume que possuem uma equipe jurídica competente e especializada, preparada para lidar com as mais diversas áreas do Direito, infere-se que, de fato, a Administração se posiciona numa posição de igualdade jurídica frente ao contratado ou até mesmo de superioridade, quando se relaciona, por exemplo, com fornecedor microempresa.

Neste diapasão, depreende-se que não se verifica a vulnerabilidade jurídica da Administração numa relação comercial, razão pela qual esta deixa de se

¹³⁶ BANDEIRA, Adir Machado. *Op. cit.* p.

¹³⁷ CUNHA, Jair Batista da. Aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos. **Revista do TCU**, Brasília, v.32, n.87, jan/mar 2001, p. 34.

¹³⁸ SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. Administração como consumidora: aplicação do CDC aos contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3837, 2 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26309>>. Acesso em: 15/09/2015

enquadrar no conceito de consumidor e, por consequência, não merece receber à tutela do CDC.

3.4 VULNERABILIDADE ECONÔMICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A vulnerabilidade econômica, conforme visto, está relacionada com a desproporcional capacidade financeira das partes, sendo vulnerável, portanto, aquele que se encontra em condição econômica inferior ao do fornecedor numa relação de consumo.

Como é sabido, a Administração, considerada a nível federal e estadual, detém grande poder econômico, o qual advém, em grande parte, da arrecadação de impostos, taxas e contribuições de melhoria. Sendo assim, até mesmo diante de uma relação contratual envolvendo um destes entes públicos e uma fornecedora empresa multinacional milionária, não seria adequado considerar esta empresa superior no aspecto financeiro.

Entretanto, não se pode considerar também, que a Administração Pública sempre terá maior ou igual capacidade financeira comparado ao fornecedor. Isto porque, de fato, a receita tributária que todos os entes públicos fazem jus deveria ser suficiente para se estruturarem economicamente, de tal maneira que não haveria possibilidade de um ente público possuir uma condição econômica tão aquém a ponto de se tornar fraco numa relação contratual, mas a realidade atual de nosso país não demonstra isso.

A má gestão do Poder Público, decorrente da falta de preparo e conhecimento dos gestores públicos, bem como os desvios de verbas públicas, levam muitos municípios a terem grande desequilíbrio entre suas receitas e despesas.

De acordo com uma pesquisa realizada neste ano pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (Firjan), 8 (oito) em cada 10 (dez) municípios brasileiros estão em situação fiscal difícil ou crítica. Ainda, consideraram, com base nos dados analisados, que apenas 18 (dezoito) prefeituras no país têm gestão de excelência.¹³⁹

¹³⁹ PENNAFORT, Roberta; NEDER, Vinicius. Oito em cada dez municípios têm situação financeira ruim. **O Estado de São Paulo**. 18 jun. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,oito-em-cada-dez-municipios-brasileiros-tem-situacao-financeira-ruim,1709051>>. Acesso em 18/09/2015.

A Federação das Indústrias do Espírito Santo realizou também um levantamento regional sobre o tema e constatou que há municípios brasileiros que não possuem sequer uma empresa de pequeno, médio ou grande porte, que gere emprego e renda para a população¹⁴⁰, fato que demonstra claramente a vulnerabilidade econômica dessas localidades.

Conseqüentemente, diante dos dados apresentados, conclui-se que diversos municípios, ao celebrarem contratos junto a um fornecedor de grande porte, podem se encontrar em situação de vulnerabilidade econômica. Nesse sentido é o pensamento de André Para Myrrha de Paula e Silva:

A despeito de encontrarmos entes públicos, em especial a União, que de fato auferem quantias vultosas provenientes das arrecadações tributárias, essa realidade não é experimentada pela imensa maioria dos municípios brasileiros, que na maioria das vezes arrecadam apenas o suficiente para o cumprimento de suas obrigações básicas. Isso quando a arrecadação chega a cobrir as despesas públicas.¹⁴¹

Por tais razões, assim como se constata que no quesito vulnerabilidade técnica não há como se estabelecer a presunção absoluta de que a Administração possui o conhecimento específico necessário sobre o objeto da contratação, com relação à vulnerabilidade econômica, esta presunção total também não pode ser considerada, apesar de ser a regra geral.

Sendo assim, analisadas as circunstâncias do caso concreto e sendo constatado que o ente público encontra-se vulnerável economicamente frente ao fornecedor, as regras constantes no microssistema consumerista poderão ser aplicadas a seu favor.

Em suma, verifica-se, excepcionalmente, a vulnerabilidade técnica e econômica da Administração Pública em face do fornecedor numa relação contratual, o que gera o enfraquecimento do Poder Público, causando desequilíbrio na relação e servindo como base para a aplicação das normas protetivas do consumidor, uma vez a vulnerabilidade é condição intrínseca à condição de consumidor.

¹⁴⁰ CAMPOREZ, Patrik. Falta tudo: 30 municípios capixabas têm menos de 3 empresas. **Gazeta Online**. 12 jul. 2015. Disponível em: <http://agazeta.redegazeta.com.br/_conteudo/2015/07/noticias/empregos/3902580-falta-tudo-30-municipios-capixabas-tem-menos-de-tres-empresas.html>. Acesso em: 18/09/2015

¹⁴¹ SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. **Op. cit.**

De outra sorte, se presume de maneira absoluta que os entes públicos possuem aparato jurídico suficiente, de modo que em hipótese alguma poderá ser justificada a aplicação do CDC em contratos administrativos com base na vulnerabilidade jurídica da Administração Pública.

Passa-se a análise de julgados dos Tribunais de Justiça do nosso país, a fim de verificar se as decisões dos referidos Tribunais estão em consonância com o que se pretendeu defender no presente trabalho, ou seja, se os julgados levam em consideração o fato de que a Administração Pública pode ser considerada vulnerável numa relação negocial e, por tal razão, obter o amparo da Lei 8.078/90.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CDC AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os Tribunais de Justiça brasileiros já abordaram algumas vezes sobre a possível proteção da Administração Pública, por meio do observância de normas consumeristas em seus contratos. Da análise das referidas decisões judiciais observa-se que este tema possui entendimentos divergentes e conflitantes, causando tumulto no mundo jurídico.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já decidiu contrariamente à tese defendida no presente trabalho. *In verbis*:

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 (TJRJ, Quarta Câmara Cível, Apelação n. 2007.001.54374, rel. Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j. 08/01/2008, sem omissos no original).¹⁴²

Neste caso, houve a insurgência quanto à cláusula que previa a aplicação do CDC na relação contratual decorrente de processo de licitação em andamento, tendo restado expressamente consignado pelo relator Horácio dos Santos Ribeiro Neto que a Administração Pública quando contrata, não é parte vulnerável na relação estabelecida, pelo contrário, se encontra em posição de supremacia.

Em decisão prolatada pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal, observa-se, de igual modo, que o entendimento foi no sentido de que os contratos administrativos regem-se apenas com base na Lei 8.666/93, sem apontar qualquer tipo de exceção. Oportuno transcrever:

¹⁴²RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível com Duplo Grau Obrigatório de Jurisdição nº.: 2007.001.54374.** Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031F0E7FF282FB5F08110A189BE66621CBA0C402035230&USER>>. Acesso em 29/09/2015

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. 1. Por força do inciso XXI do art. 37 da Constituição, o poder público não se submete às condições do Código de Defesa do Consumidor para contratar suas obras e sim ao regime próprio previsto na lei das licitações, no caso o Decreto-Lei 2.300/86, vigente na época da contratação sub judice, e atualmente a Lei nº 8.666, de 21.06.1993, mesmo em se tratando de empresa pública que explora atividade econômica, como é o caso dos Correios.(...) Apelação improvida. (TRF-4 - AC: 36413 PR 2000.04.01.036413-4, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 07/02/2002, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/02/2002 PÁGINA: 623, sem omissos no original).¹⁴³

Ato contínuo, foi interposto recurso especial deste acórdão, ocasião em que o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria no dia 11 de maio de 2004.¹⁴⁴ O ministro relator, Luiz Fux, asseverou que por força da Constituição Federal, a licitação é o princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública e que na Lei de Licitações e Contratos estão dispostas cláusulas exorbitantes justamente para resguardar o interesse público. Por tal razão, considerando que o vínculo jurídico das partes em questão é de Direito Administrativo, possíveis ilegalidades cometidas pela recorrida (Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos), só poderiam ser avaliadas sob a ótica da Lei 8.666/93, deixando claro a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre este entendimento, ainda, colaciona-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

“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”. (TJSP, Apelação Cível nº 0007986-30.2008.8.26.0097, Quinta Câmara de Direito Público, rel. Nogueira Diefenthaler, j.22/03/2012, p.05/04/2012).¹⁴⁵

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL : AC 36413 PR 2000.04.01.036413-4**. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8652345/apelacao-civel-ac-36413-pr-20000401036413-4-trf4>>. Acesso em: 29/09/2015.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 527137 (2003/0047959-4 - 31/05/2004)** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300479594&dt_publicacao=31/05/2004>. Acesso em: 29/09/2015.

¹⁴⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo: 0007986-30.2008.8.26.0097 (990.10.286960-1) Encerrado**. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=5&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0007986-30.2008&foroNumeroUnificado=0097&dePesquisaNuUnificado=0007986-30.2008.8.26.0097&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 29/09/2015.

De outro modo, no mesmo ano do acórdão acima transcrito, o TJSP se manifestou em sentido diverso. O Estado de São Paulo ajuizou ação ordinária em face de empresa encarregada de realizar a segurança de um hospital público onde ocorreu crime de furto de diversos equipamentos hospitalares, razão pela qual o ente público buscou ressarcimento aos danos sofridos. A demanda foi julgada improcedente em primeiro grau e, inconformado com o *decisum*, o Estado de São Paulo recorreu e teve o seu recurso provido.

Em suas razões de decidir, o relator Luiz Sergio Fernandes de Souza asseverou que os contratos administrativos têm sua execução baseada por suas próprias cláusulas e pelas disposições do instrumento convocatório da licitação. Deste modo, no momento em que o hospital se habilitou para concorrer e, após, celebrou contrato, concordou com as disposições impostas por este, as quais previam a responsabilidade civil pelos danos causados. Ressaltou, por fim, a aplicabilidade do art. 14, do CPC, ao presente caso, determinando a restituição dos valores pagos pelos equipamentos furtados. a ementa do referido julgado:

“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 Fernandes de Souza, j.27/02/2012, p.01/03/2012).¹⁴⁶

O Superior Tribunal de Justiça, em sentido diverso ao seu julgamento de 2004, prolatou importante decisão no ano de 2010 reconhecendo a possibilidade da incidência do Código de Defesa do Consumidor em contratos administrativos quando verificada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do Poder Público.

In verbis:

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

¹⁴⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo: 030881-25.2005.8.26.0053 Encerrado.** Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=5&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0030881-25.2005&foroNumeroUnificado=0053&dePesquisaNuUnificado=0030881-25.2005.8.26.0053&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 30/09/2015

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. (STJ - 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).¹⁴⁷

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por uma editora de catálogos, propaganda e publicidade, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Tocantins que denegou a ordem. Neste caso, a editora firmou contrato com a Secretaria Municipal de Saúde de Santa Terezinha/TO e sob a alegação de vícios neste negócio jurídico, o ente público formulou reclamação perante o PROCON, tendo o referido órgão imposto multa à editora.

Inconformada, a editora alegou que o ato administrativo consistente na aplicação de multa pelo PROCON deve ser considerado nulo, visto que foi praticado por autoridade incompetente, pois no caso dos autos não se verifica relação de consumo, firmando-se, neste ponto, a controvérsia a ser solucionada pelo STJ.

No voto, foi dado provimento ao recurso ordinário para o fim de anular o ato administrativo que determinou aplicação de multa à editora, em razão da falta de competência do PROCON para atuar em relação que não seja de consumo. Contudo, apesar de neste caso o STJ não ter admitido a incidência da legislação consumerista, consignou expressamente que em situações excepcionais, nas quais a Administração assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, cabe a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Esta decisão do Superior Tribunal de Justiça, que deve servir de orientação aos juízes e tribunais brasileiros, merece aplausos pela coerência da análise, tendo em vista que segue o entendimento da teoria finalista mitigada, a mais adequada para conceituar o termo “consumidor”.

Isto porque considera que, ainda que de modo geral não caiba a aplicação da legislação consumerista nos contratos administrativos propriamente ditos, em

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 31073 (2009/0210689-5 - 08/09/2010)** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902106895&dt_publicacao=08/09/2010>. Acesso em: 02/10/15

algumas situações específicas, após a verificação a vulnerabilidade da Administração em alguma de suas vertentes, se permite o amparo do CDC. Observa-se que restou esclarecido, inclusive, que a Administração Pública pode se encontrar em situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor.

Diante do exposto, depreende-se que, apesar da acertada decisão proferida no ano de 2010 pelo STJ, alguns tribunais ainda possuem resistência na ideia de aplicar as disposições contidas no CDC em favor da Administração Pública e, portanto, esta tema ainda não possui entendimento unânime nos Tribunais de Justiça do nosso país.

5 CONCLUSÃO

Conceituar o termo “consumidor” não é tarefa fácil, contudo, é uma empreitada que precisa ser enfrentada, a fim de devidamente identificar a figura do sujeito ativo numa relação de consumo e, deste modo, poder tutelá-lo. Após extensa análise doutrinária e jurisprudencial acerca da definição contida no art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que o maior impasse para resolver a referida questão cinge-se em torno da expressão “destinatário final” do produto/serviço adquirido, constante neste dispositivo legal.

As teorias que buscam explicar o art. 2º, *caput*, do CDC, divergem justamente neste ponto, na medida em que, para a teoria maximalista, consumidor é o destinatário fático do produto/serviço, enquanto que, de acordo com a teoria finalista, o consumidor também precisa ser destinatário econômico do bem adquirido e, por fim, a teoria finalista mitigada leva em conta o princípio da vulnerabilidade para identificar a figura do consumidor.

Todas as teorias mencionadas já foram utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça para basear suas decisões, no entanto, foi constatado que a corrente maximalista não é mais adotada pela jurisdição brasileira e, ainda, que o atual entendimento do STJ está de acordo com a teoria finalista/mitigada, fato que demonstra a grande evolução do órgão judiciário responsável pela uniformização das interpretações das leis federais.

Isto porque, conclui-se que os argumentos expostos pelos maximalistas não merecem prosperar, pois a legislação consumerista foi criada com o objetivo de proteger os direitos do sujeito que se encontra em posição de vulnerabilidade, restabelecendo assim o equilíbrio entre as partes e, ao utilizar o entendimento da teoria maximalista, o CDC acaba sendo aplicado em situações que já estão devidamente equilibradas, causando, em consequência, o desequilíbrio contratual tão combatido pelos operadores do direito.

Além disso, essa visão tão abrangente da figura do consumidor, em que basta um ato de consumo para se valer do microsistema consumerista, retira do Código Civil diversas relações jurídicas que, na verdade, deveriam ser por ele tuteladas.

De igual modo, a teoria finalista também não se demonstra a mais apropriada para explicar, em todos os casos, quem deve obter o amparo do Código

de Defesa do Consumidor. Apesar de ter aprimorado o referido conceito, esta teoria peca em sentido inverso: interpreta o termo “consumidor” de maneira muito restritiva e, por tal razão, não abrange sujeitos que, embora não sejam destinatários finais fático econômicos do produto ou serviço adquirido, se encontram em situação de vulnerabilidade numa relação negocial.

Salienta-se que os finalistas conseguem fornecer a resposta adequada para a maioria dos casos, entretanto, estes fecham os olhos para situações de clara vulnerabilidade do sujeito ativo, em que se necessitaria o amparo do CDC para o equilíbrio da relação contratual.

Sendo assim, infere-se que a teoria finalista/mitigada é a mais adequada para explicar quem deve ser considerado consumidor numa relação negocial, tendo em vista que faz uma análise mais cuidadosa da pessoa do consumidor e leva em conta principalmente o quesito da vulnerabilidade, afinal, vale frisar que o CDC foi formulado justamente para isso: tutelar os direitos da parte frágil.

Por conseguinte, cumpre observar que, de fato, diante das “cláusulas exorbitantes”, o Poder Público possui supremacia em face do contratado. No entanto, em algumas situações estas prerrogativas não dão conta de atender as necessidades da Administração Pública, pois em determinados casos, mesmo com os privilégios decorrentes das normas e princípios publicistas, a Administração se encontra vulnerável nas relações contratuais.

Verifica-se esta fragilidade em duas vertentes: técnica e econômica. No que diz respeito à vulnerabilidade técnica, cabe dizer que os entes públicos, em tese, possuem conhecimento técnico adequado sobre o produto/serviço que adquire, no entanto, restou suficientemente demonstrado no presente trabalho que há casos em que este conhecimento técnico não é suficiente, uma vez o aparato público não dispõe de servidores e técnicos que conheçam com profundidade todos os produtos ou serviços a serem adquiridos. Portanto, nestas situações a Administração pode ser facilmente enganada pelo particular com relação à qualidade e quantidade do objeto contratado.

Referente à vulnerabilidade econômica, conclui-se que nem sempre a Administração Pública terá maior ou igual capacidade financeira em comparação ao contratado, na medida em que a realidade do nosso país demonstra que muitos municípios têm problemas orçamentários. Sendo assim, diversos municípios podem se encontrar em situação de vulnerabilidade ao celebrarem contratos junto a um

fornecedor de grande porte econômico.

A Administração pode, portanto, excepcionalmente ser considerada vulnerável numa relação de consumo e deve, nestes casos, ser reconhecida como consumidora e obter o amparo do Código de Defesa do Consumidor. Inclusive, este entendimento se compatibiliza perfeitamente com o art. 2º, *caput*, do CDC, que inclui a pessoa jurídica como consumidora, não fazendo nenhuma ressalva quanto à pessoa jurídica de Direito Público.

Entretanto, deve-se levar em conta o critério da suficiência. Deste modo, o CDC só deve ser aplicado de forma subsidiária, ou seja, quando os instrumentos fornecidos através das normas de Direito Público, não forem suficientes para dirimir os conflitos existentes na execução do contrato. Além disso, considerando que este é um tema que gera controvérsia, caso seja aplicado, deve constar expressamente no edital de licitação e no próprio contrato a ser celebrado, em atenção ao princípio da segurança jurídica.

Por fim, cabe esclarecer que, admitir a aplicabilidade do CDC aos contratos é um entendimento que beneficia toda a sociedade, atendendo, portanto, ao princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista que há sanções úteis previstas somente no Código de Defesa do Consumidor, tais como a inscrição do nome do fornecedor no cadastro de maus fornecedores (art. 44, do CDC) e a imposição de contrapropaganda, em caso de publicidade enganosa ou abusiva em procedimento licitatório (art. 60, do CDC).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7ª edição, Revista atualizada; São Paulo: Saraiva, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 5ª edição, reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANDEIRA, Adir Machado. Contratação de serviços advocatícios pela administração pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3044, 1 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20326>>. Acesso em: 07/09/2015.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em 8 ago 2015.

_____. Súmula 473. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em 28 set 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 527137 (2003/0047959-4 - 31/05/2004)** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300479594&dt_publicacao=31/05/2004>. Acesso em: 29/09/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 31073 (2009/0210689-5 - 08/09/2010)** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902106895&dt_publicacao=08/09/2010>. Acesso em: 02/10/15

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL : AC 36413 PR 2000.04.01.036413-4**. Disponível em: <<http://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8652345/apelacao-civel-ac-36413-pr-20000401036413-4-trf4>>. Acesso em: 29/09/2015.

CAMPOREZ, Patrik. Falta tudo: 30 municípios capixabas têm menos de 3 empresas. **Gazeta Online**. 12 jul. 2015. Disponível em: <http://agazeta.redegazeta.com.br/_conteudo/2015/07/noticias/empregos/3902580-falta-tudo-30-municipios-capixabas-tem-menos-de-tres-empresas.html>. Acesso em: 18/09/2015

CRETELLA JÚNIOR, José; DOTTI, René Ariel; ALVES, Geraldo Magela. **Comentários ao código do consumidor**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CUNHA, Jair Batista da. Aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos. **Revista do TCU**, Brasília, v.32, n.87, jan/mar 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3ª edição. Revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 962.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade**. 3ª edição. Revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 9ª edição, Revista, ampliada, sistematizada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes. São Paulo: Atlas, 2007.

FIUZA, César. **Direito civil: Curso Completo**. 10ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCIA, Flavio Amaral. **O Estado como consumidor**. Fórum Administrativo: direito público. Belo Horizonte: Fórum, 2006, v. 6, n. 63, p. 7229 a 7233. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45731.pdf/Revista_60_Doutrina_pg_50_a_58.pdf>. Acesso em: 08/09/2015.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 7ª edição. São Paulo: Rideel.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª edição, atualizados de acordo com a Lei Federal nº 12.349/2010. São Paulo: Dialética.

_____. **Curso de direito administrativo**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª edição, Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 21ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros.

MENDONÇA, Nadir Domingues. **O uso dos conceitos: uma questão de interdisciplinaridade**. 4ª edição. Revista e atualizada; Petrópolis: Vozes, 1994.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 13ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª edição. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

PENNAFORT, Roberta; NEDER; Vinicius. Oito em cada dez municípios têm situação financeira ruim. **O Estado de São Paulo**. 18 jun. 2015. Disponível em:

<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,oito-em-cada-dez-municipios-brasileiros-tem-situacao-financeira-ruim,1709051>>. Acesso em 18/09/2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível com Duplo Grau Obrigatório de Jurisdição nº.: 2007.001.54374**. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031F0E7FF282FB5F08110A189BE66621CBA0C402035230&USER>>. Acesso em 29/09/2015

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 5ª edição. Revista e ampliada; São Paulo: LTr, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo: 0007986-30.2008.8.26.0097 (990.10.286960-1) Encerrado**. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=5&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0007986-30.2008&foroNumeroUnificado=0097&dePesquisaNuUnificado=0007986-30.2008.8.26.0097&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 29/09/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo: 030881-25.2005.8.26.0053 Encerrado**. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=5&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0030881-25.2005&foroNumeroUnificado=0053&dePesquisaNuUnificado=0030881-25.2005.8.26.0053&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 30/09/2015.

SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. Administração como consumidora: aplicação do CDC aos contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3837, 2 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26309>>. Acesso em: 15/09/2015

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **O código de proteção e a defesa do consumidor e os contratos administrativos**. Boletim de licitações e contratos. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1999. Disponível em: <<http://www.saj.com.br/artigos/contratosadministrativos.html>>. Acesso em: 04/09/2015.

TASSI, Bruno Borges Junqueira. **O Código de defesa do consumidor e os contratos administrativos**: a inaplicabilidade do CDC aos contratos de obras, serviços e fornecimentos regidos pela Lei 8.666/93. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/175/3/20612396.pdf>>. Acesso em: 14/09/15

VIANA, Nelson Corrêa. Preços na licitação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3112, 8 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20811>>. Acesso em: 15/09/2015