

Nosso cliente dirige-nos o seguinte problema:

O Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat integra a Gerência de Desenvolvimento Institucional e Parcerias da Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades. Foi instituído pela Portaria nº134 do Ministério do Planejamento e Orçamento de 18 de dezembro de 1998, a partir da qual uma série de atos administrativos se desenvolveu. Pergunta-nos:

1. Tem amparo constitucional a instituição do Programa? É o Poder Público Federal competente para instituí-lo?
 2. A participação dos agentes privados e os poderes a eles outorgados pelo PBQP-H respeita o ordenamento jurídico brasileiro?
 - 2.1 Qual a base legal para a ação de entidade de terceira parte no combate à não conformidade?
 3. Quais as implicações do Programa no processo de licitação?
 4. Qual a relação do Programa com a efetivação dos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor?
-

1. Da competência do Poder Público Federal para criar o PBQP-H

- O dever constitucional

O Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat – PBQP-H, foi instituído pela Portaria nº 134 de 18 de dezembro de 1998, do Governo Federal, tendo por objetivo básico *“apoiar o esforço brasileiro de modernidade e promover a qualidade e produtividade do setor da construção habitacional, com vistas a aumentar a competitividade de bens e serviços por ele produzidos”*¹.

Este programa responde aos deveres constitucionais da União. É dever do Poder Público Federal elaborar planos de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX, CF/88)². Também, a ele compete instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação (art. 21, XX, CF/88)³. O Estado Brasileiro configura-se na Constituição como Estado do bem-estar social, Estado redistribuidor de riquezas na sociedade, tendo como uma de suas funções ordenar o desenvolvimento das atividades econômicas, colocando-as na senda da construção da existência digna e da justiça social (art. 170, *caput*, CF/88)⁴. Esta atividade do Estado é exercida por meio do planejamento, da regulação e da fiscalização (art. 174, CF/88)⁵.

1Conforme item 1 do Anexo da Portaria 134/98.

2 *“Art. 21. Compete à União :*

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;”

3 *“XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;”*

4 *“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).”*

5 *“Art. 174. Como agente normativo regulador da atividade econômica , o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”*

Para a concretização destes deveres constitucionais, são editadas normas de direito econômico. Do ponto de vista subjetivo, estas normas são destinadas à Administração Pública e aos agentes econômicos privados, seja atribuindo-lhes poderes, seja conferindo-lhes deveres. Em termos objetivos, o conteúdo de tais normas visa a realizar os princípios da Ordem Econômica Constitucional, tais como livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, entre outros.

- A norma política e seu conteúdo

A estatuição de programas e a definição de diretrizes e finalidades a serem alcançadas pela administração por normas jurídicas configuram um tipo de norma que incide diretamente no comportamento político do Estado: são as “normas políticas”. O conteúdo da “norma política” é o de definição e orientação do complexo de práticas políticas a serem realizadas pela Administração Pública. Nelas são apontados deveres e resultados esperados, finalidades e meios. Este tipo de norma tem o mister de desenhar um específico complexo de programas e finalidades como tarefa da administração pública.

As normas políticas expressam o princípio da cooperação⁶, imanente ao Estado Social. Pelo princípio da cooperação, é definido um espaço público para a ação concertada entre setor privado e administração pública. Estas normas destinadas a organizar a atividade econômica não se contentam em dirigir secamente o mercado. Ao mesmo tempo em que sintetizam o reconhecimento de que as atividades econômicas não podem ser deixadas ao puro ajuste das relações de mercado, adotam a racionalidade

⁶ Princípio da cooperação “é um princípio de orientação do desenvolvimento político, por meio do qual se pretende uma maior composição das forças sociais.” (...) “O princípio da cooperação informa uma atuação conjunta do Estado e sociedade, na escolha de prioridades e nos processos decisórios. Ele está na base dos instrumentos normativos criados com objetivos de aumento da informação e de ampliação de participação [da sociedade civil] nos processos de decisões da política ambiental, bem como de estabilidade no relacionamento entre liberdade individual e necessidade social.” (...) “Pode-se dizer que o princípio da cooperação é resultado de uma divisão de funções [entre Estado e sociedade civil] dentro

do mercado, que é transmitida pelos agentes econômicos chamados à construção dos objetivos da norma. Para a realização das normas políticas, a racionalidade do mercado é confrontada com os princípios de interesse da coletividade, num processo de contraposição e negociação, pois é nesta ‘ação comunicativa’ que é possível a efetividade dos preceitos dos textos normativos ⁷.

Enfim, o princípio da cooperação orienta a atuação do moderno Estado Social. Neste Estado, a **Ação Concertada** torna-se paradigma, pois decisões políticas não são imposições de um setor institucionalizado do Estado, mas devem ser resultantes de discussões com os setores envolvidos da sociedade civil, extraindo-se uma posição de consenso, isto é, ajustada.

Tais normas políticas que atuam sobre o mercado, por atingirem a livre negociação dos agentes de mercado, são contrapoderes ao poder econômico exercido no mercado. Ao mesmo tempo, são normas de estímulo a participações e discussões, num foro público, entre os agentes econômicos envolvidos. Além disto, são normas de organização e de procedimento, que viabilizam os processos de efetivação de objetivos.

Em resumo, duas são as formas de imposição do programa normativo na norma política: pela interferência direta das decisões do Estado sobre a atividade econômica; e pela mediação num foro público dos diversos interesses que cercam os agentes econômicos, garantindo a articulação dos interesses e a solução dos conflitos entre sujeitos econômicos produtores e consumidores, a fim de reorientar as práticas econômicas existentes, colocando-as no trilho dos objetivos públicos prescritos pela

da ordem econômica fundada nas relações de mercado.” Derani, Cristiane, *Direito Ambiental Econômico*. 2.ed. São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 161-2.

⁷ “O conceito de “ação comunicativa” de Jürgen Habermas traz consigo a compreensão lingüística como mecanismo da coordenação da ação e implica também na submissão dos atores, que orientam suas ações em pretensões de validade, à imediata relevância na construção e manutenção da ordem social. A tensão entre facticidade e validade existente na linguagem reproduz-se na integração comunicativa do indivíduo, e nela deve ser eliminada, pois parte-se da premissa de que a linguagem é a fonte primária de toda integração social” (Derani, Cristiane, *Direito Ambiental Econômico*, 2^a ed, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 55).

ordem econômica constitucional, consistente no desenvolvimento econômico e melhoria do bem-estar da coletividade.

No primeiro caso, o Estado atua como contrapoder, compensando o poder econômico existente no mercado. No segundo caso, o Estado atua como moderador, orientador, divulgador, implementador, coordenador dos objetivos imediatos com demais finalidades sociais e como solucionador de conflitos.

Concluindo, a Portaria 134/98 é uma norma política, emitida pelo Poder Público Federal, o qual tem o dever constitucional de planejar o desenvolvimento econômico e social, a ele competindo instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, além do poder constitucional para regular a atividade econômica.

Referida política ganha maior amplitude ao ser contemplada nos planos plurianuais. É tratada, inicialmente, no Plano Plurianual para o período de 2000/2003 (lei n.º 9.989/2000), que insere o PBQP-H no macro objetivo de “ampliar a oferta de habitações e estimular a melhoria das moradias existentes”, junto à crucial necessidade de “avançar na melhoria da qualidade, aumento da produtividade e capacidade de inovação da construção civil”. Nesta lei, uma das diretrizes é estabelecer parcerias, no espírito de cooperação da sociedade civil no interior da administração pública, ratificando o Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat – PBQP- H.

O Plano Plurianual 2004/2007 “Brasil de Todos – participação e inclusão” traz o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat, definindo o seu objetivo: “Elevar os patamares da qualidade e produtividade da construção civil, por meio da criação e implantação de mecanismos de modernização tecnológica e gerencial, contribuindo para ampliar o acesso à moradia para a população de menor renda”.

O PPA 2004/2007 define cinco ações para o PBQP-H: melhoria da qualidade e da produtividade de materiais, componentes, serviços e obras; implantação do Sistema Nacional de Aprovação Técnica; apoio a projetos de assistência técnica e à autoconstrução e ao mutirão; gestão e administração do programa; cooperação para formação e requalificação de profissionais da construção civil.

A previsão do PBQP-H nos sucessivos Planos Plurianuais, definitivamente, reconhece-o legalmente no seu papel institucional, reforçando sua autoridade na implementação das ações previstas na norma que o criou.

Finalmente, respondendo à primeira questão, a edição da Portaria 134/98 pelo Poder Público Federal contempla o imperativo constitucional.

Ademais, é pertinente sublinhar que a normatização do PBQP-H enquadra-se no ramo do direito econômico, pois se destina a organizar o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, visando ao desenvolvimento da atividade econômica nacional e à melhoria do bem-estar da população, por meio de imposição de um complexo de deveres de ação⁸ ao Estado e aos agentes econômicos produtores e consumidores. Sendo uma norma geral de direito econômico, é da competência do Poder Público Federal a sua instituição, segundo o prescrito no artigo 24, I e § 1º da Constituição Brasileira.

2.1 – Da participação dos sujeitos privados no PBQP-H

- Dos sujeitos do PBQP-H

A Portaria 134/98, atribui deveres a sujeitos públicos e privados. Esta imposição responde ao preceito constitucional do parágrafo único do art. 1º. da CF, que afirma:

⁸ “O direito é concebido na sua relação com a economia como um instrumento de sua efetivação e, ao mesmo tempo, como meio de direcionamento da mesma. O direito econômico como garantidor das relações econômicas apresenta os meios de realização da atividade econômica pelos seus sujeitos bem como regulamenta a relação entre eles. Como direcionador da atividade econômica, produz seus efeitos tanto num nível macroeconômico quanto na área mais imediata das atividades dos sujeitos. No cumprimento deste seu papel orientador da atividade econômica, atua o direito perseguindo duas finalidades gerais: por um lado defende os valores básicos do direito, expostos nos princípios constitucionais de liberdade, igualdade de oportunidades e justiça social; por outro, dispõe sobre objetivos de política e prática econômica, perseguindo principalmente eficiência da economia.”(Cristiane, Opus. cit., p. 64).

“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (grifei)

Ademais, é uma característica das normas de direito econômico o comprometimento do agente econômico, que deve reorientar suas atividades em função das finalidades e dos programas prescritos em norma jurídica.

A portaria define os sujeitos que integram ou possam vir a integrar o PBQP-H. Estes passam a ter o dever legal de buscar a realização dos objetivos do Programa, isto é, a portaria ministerial compromete tais sujeitos com o dever de realização das diretrizes previstas também por essa norma. Ficam os sujeitos, então, vinculados ao conteúdo da norma, não podendo transigir sobre as obrigações ali determinadas. São atores do PBQP-H, dependendo deles a imposição do programa, podendo ser identificados como os **sujeitos ativos** da norma e do programa. São eles: os sujeitos públicos competentes pela regulação (INMETRO - autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio), execução (administração pública federal), e fiscalização do programa (Secretaria de Direito Econômico – SDE -, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC –, ambos do Ministério da Justiça) e os sujeitos privados que, pela sua atividade e/ou sua adesão expressa ao programa, são responsáveis pela sua realização. Os sujeitos privados poderão ser propriamente agentes econômicos do setor ou suas associações representativas, assim como sujeitos privados que atuam profissionalmente no campo técnico de avaliação de qualidade, como as entidades de terceira parte.

O item 9 do Anexo define que a adesão do setor privado ao PBQP-H é voluntária. Dispõe também que a participação de agentes da cadeia produtiva do setor privado dar-se-á pelo seu ingresso por meio de Programas Setoriais da Qualidade.

A forma de adesão do agente da cadeia produtiva do setor privado formaliza-se através de uma proposta de criação de um Programa Setorial da Qualidade submetido à aprovação das Coordenações Nacionais e Geral – definidas no item 4 do anexo da

Portaria. Uma vez escolhida a adesão, obriga-se o agente privado a obedecer às decisões de qualidade construídas pelo programa.

A adesão voluntária, implica no comprometimento obrigatório dos participantes à meta mobilizadora do PBQP-H, a qual é sistematicamente buscada dentro dos Programas Setoriais da Qualidade: *eleva e mantém para 90% o percentual médio de conformidade com as normas técnicas dos produtos que compõem a cesta de materiais e componentes da construção civil.*

A portaria n.º 134/98 define a forma de atuação do setor público, diretamente no interior do programa. Prevê, também, a extensão da atividade fiscalizadora dos agentes públicos de direito econômico no cumprimento dos objetivos do Programa, impondo a promoção da isonomia competitiva, o cumprimento das normas técnicas existentes e de estímulo à ampla divulgação e respeito ao Código de Defesa do Consumidor.

Em síntese, prevê essa norma o dever de ação do poder público e dos agentes econômicos privados na concretização dos princípios constitucionais da Ordem Econômica.

Além dos sujeitos ativos objetivamente obrigados pela norma do PBQP-H, existem aqueles **sujeitos passivos** que são os destinatários das normas de direito econômico em geral e que, portanto, deverão obedecer ao disposto pelo direito e terão, em contrapartida, o poder de requerer do Estado e/ou dos demais sujeitos obrigados a observância da referida norma. São eles os agentes econômicos, produtores e consumidores indeterminados. Neste estudo, serão observados os poderes dados a estes dois sujeitos do PBQP- H.

Para alcançar o objetivo supracitado, são estabelecidas, no mesmo anexo da Portaria 134/98, diretrizes que deverão ser seguidas pelo poder público e pelos agentes privados envolvidos no programa, tais como:

“I – atuação integrada do poder público e parceria entre agentes públicos e privados;

II- descentralização e desburocratização de procedimentos, de modo a respeitar as diversas realidades regionais;

IV- estímulo à implementação de programas evolutivos de aperfeiçoamento da qualidade e aumento da produtividade por parte dos participantes do programa;”

Além das diretrizes, a Portaria define objetivos específicos do programa a serem buscados, tanto pelos sujeitos partícipes diretos definidos pelo programa (sujeitos ativos), como pelos agentes econômicos que desenvolvem atividades econômicas relacionadas com o ramo abraçado pelo programa, destinatários da norma (sujeitos passivos). Esses objetivos estão voltados à garantia de qualidade de projetos, obras, materiais e sistemas construtivos, consistentes nas seguintes ações diretas: fomento do desenvolvimento e implementação de instrumentos e mecanismos de garantia de qualidade; criação de programas específicos para qualidade de mão de obra, aperfeiçoamento da estrutura de elaboração e difusão de normas técnicas; coleta e disponibilização de informações do setor e do PBQP-H; estímulo ao inter-relacionamento entre agentes do setor; apoio à introdução de novas tecnologias, articulação internacional, universalização do acesso à moradia.

Em resumo, no que concerne à estrutura normativa do PBQP-H, em termos de objetivos e sujeitos envolvidos, é de se verificar que tem se seguido a ideologia própria do moderno Estado social. A estrutura composta por agentes públicos e privados, seguindo o princípio da cooperação, atende ao caráter do Estado Brasileiro prescrito na CF e afina-se com a nova movimentação do Estado Social, que, após a crise fiscal, opta pela divisão de seus deveres com os sujeitos privados, reservando, todavia, para si, o poder de coordenação e repressão.

Assim, junto com a coordenação geral exercida pela Secretaria Nacional de Habitação, atuam representantes estaduais, a coordenação de serviços e obras, coordenação de materiais e componentes com “representantes de entidades do setor”, isto é, entidades associativas dos agentes econômicos. Tem-se, também, no mesmo quadro administrativo, a participação de um Grupo de Assessoramento Técnico,

composto por técnicos de reconhecido saber na área de qualidade e produtividade na construção.

Uma vez ingressos oficialmente no programa, estes agentes privados contam com os poderes estabelecidos em texto normativo e com os mesmos deveres e obrigações próprios do funcionário público, inclusive para efeitos penais. O agente privado, exercendo função pública, é um servidor público e, portanto, sujeito às mesmas penalidades impostas ao servidor público que exerce função pública em razão de ingresso em carreira pública.

Concluindo, os agentes definidos pela Portaria n.º 134, de 18 de Dezembro de 1998 do Governo Federal, obrigam-se a realizar as diretrizes e buscar os objetivos ali explicitados, não se situando no campo da vontade individual a razão da realização de tais objetivos, mas sim no campo do dever legal a ser cumprido.

A atribuição de função pública aos agentes privados para reordenar o mercado provocou uma discussão política, na qual se contrapõe, de um lado, o excesso de burocratização do Estado Social acompanhada pela crise fiscal e, de outro, a descentralização das atividades pelo exercício de atividade regulador pelo setor privado. O agente privado que integra uma função pública é “publicizado” em seus deveres, sujeitando-se, inclusive, a sanções pelo eventual descumprimento. Com isto, limitam-se as críticas feitas ao ingresso do setor privado na atividade pública, como “privatização das atividades públicas”⁹. De fato, se o ingresso do setor privado na atividade pública vai resultar na privatização do Estado ou vai refletir uma publicização do agente privado depende das competências outorgadas e da forma como o setor privado vincula-se à atividade pública. Contudo, é indispensável considerar que os interessados em maior

⁹ Existe uma crescente atuação do Estado para assegurar a produção social e as condições de reprodução, com uma organização fora do tradicional enquadramento de competências e caminhos da administração pública, que se torna mais flexível e aberta à inclusão dos recursos de negociação das empresas privadas e dos elementos de mercado como um todo. Torna-se, assim, uma atuação mais desburocratizada, com maior consciência do custo e com maior eficiência. Conforme: Scharmer, Eckart; Wollmann, Hellmut, Die “Auslagerung” öffentlicher Aufgaben zwischen gemeinen Nutzen und privaten Gewinn : Am

eficiência e desenvolvimento da atividade econômica são os próprios agentes econômicos, que poderão de maneira rápida e satisfatória contribuir na concretização das finalidades e diretrizes prescritas pelo Programa.

Em síntese, a participação do setor privado no interior do PBQP-H, com poderes e deveres, assim como a atribuição de poderes aos agentes privados para requererem o ajustamento dos agentes econômicos produtores às novas regulamentações, correspondem ao exercício social do controle do desenvolvimento da atividade econômica, e estão plenamente conforme ao ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 – Da base legal para a ação de entidade de terceira parte no combate à não conformidade

- Autoridade da entidade de terceira parte em fiscalizar a conformidade

O item 9 do anexo da Portaria 134/98 define a forma de participação de agentes do setor privado no Programa como sendo por meio dos Programas Setoriais da Qualidade, que se desenvolvem assessorados por um corpo técnico hábil a avaliar, dentro do Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat, a adequação e o cumprimento de normas técnicas na fabricação de materiais de Construção. A instituição constituída por este corpo técnico, e que mantém independência em relação ao fornecedor e ao cliente, não tendo, portanto, interesse na comercialização dos produtos envolvidos na avaliação da conformidade, denomina-se *entidade de terceira parte*.

Beispiel der Einsetzung von Sanierungsträgern. In: Gessner, Volkmar; Winter, Gerd (hrsg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen, Westdeutscher, 1982.

A entidade de terceira parte integra os Programas Setoriais, exercendo atividade fiscalizadora em termos de qualidade e produtividade dos agentes econômicos. Esta atividade corresponde ao objetivo primeiro do Programa, que é o de “*promover a qualidade e produtividade do setor da construção habitacional, com vistas a aumentar a competitividade de bens e serviços por ele produzidos*”¹⁰.

Uma entidade de terceira parte é composta por um corpo técnico especialmente habilitado para avaliar o cumprimento de fornecedores às normas técnicas dos produtos fabricados. É ela quem deverá atestar a conformidade da produção do agente econômico, condição para este participar do PBQP- H, esta atividade se dá como exercício de uma função pública, sujeitando-se portanto aos encargos e sanções correspondentes a tal “status”.

Segundo bem coloca Jean Calais–Auloy:

“O qualificativo “conforme”, aplicado a um produto ou a um serviço, pode ter vários sentidos. Em um primeiro sentido, trata-se da conformidade do produto ou do serviço a regras imperativas. Em um segundo sentido, de sua conformidade às normas e usos profissionais. Em um terceiro sentido, de sua conformidade ao contrato”.

Nas relações entre fornecedor e consumidor, o sentido de conformidade engloba estes três, posto que os produtos e serviços devem estar conformes à “expectativa legítima dos consumidores”.

“A expectativa legítima se aprecia em função de diversos fatores, em que os principais são: a natureza do produto ou do serviço, sua destinação, as regras, normas e usos que lhes dizem respeito, o estado da técnica, as informações dadas pelos fabricantes, vendedores e prestadores, as estipulações do contrato”¹¹.

As medidas para assegurar a conformidade de produtos e serviços são a: 1. regulamentação dos produtos e serviços; e 2. normalização dos produtos e serviços.

¹⁰ Portaria 134/98.

¹¹ Calais-Auloy, Jean; Steinmetz, Frank. *Droit de la consommation*. 5 ed. Paris, Dalloz, 2000, p. 219.

A primeira consiste em disposições jurídicas sobre os produtos e serviços; a segunda trata de disposições técnicas.

Verifica-se o respeito à regulamentação jurídica pelo preenchimento do comando dado pela regra de direito. Para verificação da conformidade técnica, são necessários olhos habilitados para a observação técnica, que atestem competentemente o preenchimento da norma. Estes olhos são as entidades de terceira parte que se destacam como auxiliares para esclarecimento da sociedade e especificamente do consumidor. No direito brasileiro, esta atividade é ainda mais relevante porque faz da entidade de terceira parte um verdadeiro auxiliar da justiça, na medida em que o desrespeito à normalização técnica implica em uma infração à ordem jurídica, como dispõe desde 1951 com a Lei nº 1521 que impõe o atendimento às normas oficiais e repete o Código de Defesa do Consumidor.

É a entidade de terceira parte, portanto, que terá a competência para dizer se o fornecedor está conforme ou não com a normalização técnica, o que implica em afirmar se ele está ou não respeitando o direito.

A presença, deste modo, da entidade é fundamental, posto que sem ela não há como se afirmar de imediato pela legalidade das ações e dos produtos do fornecedor. É com sua ação que o direito ganha força para enquadramento dos fornecedores, no que concerne à técnica e à qualidade. Sem este expediente, a implementação do direito se torna de difícil realização. Quem perde é o consumidor que não tem como avaliar a tempo o bem ou serviço que adquire. Quem perde são os concorrentes que investem em adequação e perdem pela concorrência desleal. Quem perde é toda sociedade que vê prejudicado o exercício da cidadania, descreditado o Estado de Direito pela inaplicação do direito.

O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual, expressa Carlos Maximiliano¹². Continua o autor: “isto se dá, ou

¹² Maximiliano, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p.6.

mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desrespeitar dispositivos escritos ou consuetudinários.”

Toda norma jurídica traz uma coerção que deverá ser exercida. Segundo Vicente Rao, por dois modos principais a coerção se manifesta: por modo potencial, como simples possibilidade de invocação da força ou da aplicação das cominações e, ainda, por modo atual, pela intervenção material da força, ou pela material execução das cominações¹³.

Havendo a norma, há a coerção, sob pena de negação do direito e da legalidade. Assim, com a equiparação das normas técnicas a norma jurídica, a entidade avaliadora da conformidade técnica é elemento indispensável para a legalidade. Seu trabalho, de profissional especialmente habilitado para este mister responde à necessidade de dar à norma seu elemento identificador que é a coerção. Para tanto é necessário que este trabalho seja divulgado, permitindo uma devida fiscalização pelo poder público assim como pelos consumidores.

Respondendo, portanto, à pergunta sobre a participação de entidade de terceira parte, conclui-se ser um imperativo para mais eficiente realização do dever do Poder Público de realização dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

3 . Do PBQP-H no processo de licitação

O Estado age fundado no interesse público. Diverso do que ocorre com a iniciativa privada, o administrador público não age porque quer, em nome de interesse

próprio, mas atua orientado para a consecução do interesse público¹⁴. O interesse público é um princípio de direito que rege a atuação do Estado, e é indisponível. Sua realização está na construção de uma sociedade mais satisfeita e integrada.

Ligado à realização do interesse público está o Estado Brasileiro, Estado do bem-estar social segundo a ótica Constitucional. Essa prerrogativa é exercida através do planejamento e do desenvolvimento econômico e social.

O Estado, neste diapasão, através da autoridade administrativa, a bem do interesse público, amparando as diversas necessidades da sociedade, utiliza produtos, serviços e patrimônio de terceiros, alcançando-os por meio de licitação, conforme impõe a norma constitucional¹⁵.

Pela licitação, a Administração abre aos interessados habilitados, que apresentem condições de realização do serviço ou fornecimento dos produtos buscados pelo Estado, a possibilidade de contratar com ela. Estas condições, fixadas no instrumento, são pressupostos mínimos necessários que deve deter aquele agente econômico interessado a fornecer para o Estado. Pelo esclarecimento prévio de exigência de contratação, é estabelecido um padrão a ser seguido e qualquer um que o detiver terá o direito de participar do processo licitatório. Este procedimento materializa o princípio da

¹³ Ráo, Vicente, *O Direito e a Vida dos Direitos*, Vol.1, tomo II, 2ª ed., São Paulo, Resenha Universitária, 1978, p.164.

¹⁴ Para acerto do correto sentido da expressão “interesse público” - inerente ao processo licitatório - e a conseqüente delimitação do alcance do princípio de sua indisponibilidade, é necessário frisar que esta expressão não se refere a um impreciso interesse do Estado. Trata-se do interesse do público. “Interesse público é o interesse dos indivíduos em sociedade, no que concerne a sua inserção e convivência social. Interesse da coletividade é o mesmo que dizer interesse público, quando o espaço público é organizado em razão da existência coletiva. Somente o Estado democrático de direito tem a aptidão de fazer do espaço público um espaço de desenvolvimento livre do cidadão, portanto a equivalência público/coletividade só é possível com esta específica forma de ação política estatal”.(Derani, Cristiane, *Privatização e Serviços Públicos – As Ações do Estado na Produção Econômica*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 46).

¹⁵ Art. 37, XXI da CF: “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.”(grifei)

isonomia, em que todos aqueles, que detêm condições pré-estabelecidas, têm o direito de participar e de ser fornecedores do Estado. A isonomia, tomada em seu sentido concreto, é o tratamento igual para iguais e desigual para desiguais. Se assim não fosse, se não se estabelecesse um patamar mínimo de igualdade para competir, não seria isonomia propriamente dita, mas uma enganosa competição onde ganhadores e perdedores já estariam determinados pelas distintas condições e preparos que detivessem.

Com o princípio da isonomia garantido de maneira concreta, pelo estabelecimento de um conjunto mínimo de condições que todos os concorrentes devem ter, é possível chegar-se à realização dos demais princípios da licitação, como o da eficiência e o da realização do melhor negócio.

A licitação deposita na competição o móbil para o devido atendimento do interesse público. Ocorre que somente compete aquele que tem a devida competência, ou seja, somente os agentes econômicos que estejam concretamente capacitados para a realização do objeto da licitação.¹⁶

“A licitação está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração.”¹⁷(grifei)

Dispõe o art. 3º. da Lei de Licitações: *“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.*

¹⁶ Grau, Eros, *Licitação e Contratos Administrativos (estudos sobre a interpretação da lei)*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 14.

¹⁷ Idem.

A vantagem seria para o direito administrativo não aquela semelhante à das relações econômicas de direito privado puro, como a percepção ou busca do lucro (racionalidade). Vantagem para a Administração Pública relaciona-se ao melhor serviço para a coletividade, pelo mais legítimo e eficiente meio.

Desta forma, a “vantagem” que deve estar presente na licitação, conforme encerra a doutrina e a Lei, consiste na forma concreta de atendimento pleno - ou melhor possível - do *interesse público*. É, aliás, a realização deste interesse a causa da existência do *processo licitatório*.

Para essa realização, aplica-se à licitação a noção econômica do custo-benefício: sopesa-se a vantagem visada (*benefício indisponível*, pois “consiste” no próprio interesse público) e o seu custo, através de um critério de economicidade (o preço deve ser o menor possível), desde que atendido o padrão mínimo de qualidade/técnica do bem, para que o processo licitatório possa surtir os efeitos esperados. O contrário seria o mesmo que invalidar e desmotivar esse processo, o que corresponde à inaceitável desvirtuação do *interesse público*.

É nesse sentido que se manifesta Marçal Justen Filho:

“[]...a vantagem não se relaciona apenas e exclusivamente com a questão financeira. O Estado necessita receber prestações satisfatórias, de qualidade adequada. De nada serviria ao Estado pagar valor irrisório, para receber objeto imprestável. Muitas vezes, a vantagem técnica apresenta relevância tamanha que o Estado tem de deixar a preocupação financeira em segundo plano.

*Como regra, a vantagem da contratação se traduz em benefícios financeiros ou técnicos. Por isso, os critérios de julgamento das licitações obedecem, basicamente, a critérios de valor econômico e de qualidade técnica.”*¹⁸

Em toda licitação, deve-se atentar e discernir qual o *objetivo* buscado pela sociedade através do ato que é dirigido pelo Estado.

¹⁸ Justen Filho, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998)*, 5ª ed., São Paulo, Dialética, 1998, p.60.

Tratando-se de licitação para reforma/manutenção/construção civil, contratada pela Administração, busca-se atender ao direito à moradia, ou a outra necessidade funcional (construir hospitais, escolas, repartições públicas, ruas e estradas etc.). Busca-se, ainda, manter ou regenerar patrimônio público (edifícios, praças, ruas etc).

Tais construções visam a atender diversos tipos de demandas sociais. Constituem geralmente obrigação-fim, constando do instrumento convocatório para a licitação da obra (p. ex., “construir uma escola, entregando-a pronta à Administração”; “reformular um prédio público”, etc.).

Interessa ao credor imediato, a Administração, tanto o resultado em si como a manutenção deste resultado, seu prolongamento no tempo, natural do bem - produto ou serviço.

Tal interesse *qualitativo* da prestação, por parte da Administração, é legítimo, à medida que a qualidade esperada¹⁹ forma o conteúdo ou essência da prestação, sendo plenamente exigível.

A sociedade, coletivamente, enquanto representada pela Administração, durante o processo licitatório e antes da contratação, possui “expectativa de direito”, com relação à prestação que venha a ser devida por contratante vencedor na licitação. Ora, quem tem

¹⁹ “O princípio da padronização impõe que as compras de materiais, equipamentos e gêneros de uso comum na Administração se realizem mediante especificações uniformes que, dentre outras coisas, busquem compatibilizar a técnica com o desempenho e igualar as condições de manutenção e assistência técnica, como prescreve o art. 15, I, da Lei 8.666/93.

As especificações para a licitação de compras equivalem ao projeto-base exigido para obras e serviços, devendo atender também às prescrições cabíveis do art. 12, em especial aos requisitos **segurança, funcionalidade, adequação ao interesse público e normas técnicas adequadas**” (Meirelles, Hely Lopes, *Licitação e Contrato Administrativo*, 11^a ed, São Paulo, Malheiros, 1996, p.56).

Natural é pensar, então, na padronização a partir de um nível qualitativo mínimo aceitável, qual seja, aquele estipulado pelos entes e programas oficiais competentes para controle, como o PBQP-H. Padronização estatal que não respeite tais programas, ainda que apenas para viger “dentro” da máquina do Estado, é o mesmo que lhes tornar mortos, desprestigiando e desautorizando os atos (estatais) que os criaram, servindo de mau exemplo à sociedade e desincentivando o cumprimento de normas sobre padrões mínimos de qualidade.

uma expectativa de direito é, potencialmente, credor, e, tratando-se, no caso, de representação da coletividade pela Administração, é lógico entender que a prestação assumida pelo licitante deve corresponder ao interesse da sociedade.

A Administração existe para a sociedade e deve agir no interesse desta. Tal interesse consiste na realização de direitos sociais gerais (em sentido lato), como o direito à moradia, a utilização da estrutura pública ampla (a pública por definição e a que tem essa origem e depois é passada ao particular) etc. A qualidade dessa estrutura, assim como das ações prestadas no seu bojo, guardam estrita relevância com a tecnicidade e qualidade adequadas do arsenal físico imóvel que a compõe (prédios públicos, casas populares etc.).

O Estado, enquanto realizador do interesse público, age dentro da legalidade. É necessário compreender esta expressão em toda sua amplitude. Não se refere ela apenas às disposições legais de comando e controle, às regras de agir ou “tatbestand” – disposições textuais relativas a condutas.

A lei contém outras disposições que são conformadoras das ações, como os princípios, as diretrizes e finalidades. Nesses casos, a administração submete-se à lei, mas para conformar as ações que ela pratica, e somente dentro desta conformidade de valores é que estará dentro do princípio da legalidade. Assim, mesmo que não haja disposição expressa para uma conduta realizada, não significa que a conduta por si seja permitida ou proibida, a administração pode e deve realizar condutas que não estejam previstas especificamente em lei. Contudo, esta atitude não significa agir à margem da lei, mas, certamente, observa-la no que concerne aos princípios a serem obedecidos na prática administrativa.

Neste contexto deve-se interpretar o já referido art. 3º da Lei 8.666 de 21.06.93. Os princípios ali elencados devem ter sua aplicação coordenada regida pela proporcionalidade.

De todo exposto, conclui-se que a exigência de adequação às normas de qualidade, comprovada pela participação dos licitantes em programas oficiais de

qualidade é uma demanda própria da Lei de Licitações, fundada nos seus princípios assim como decorrente de suas exigências específicas de comprovação de aptidão, desempenho e competência.

Se não bastasse, há ainda que mencionar outros institutos legais que explicitamente exigem do fornecedor de produtos e serviços a sua obediência a normas técnicas e de qualidade.

Sobre isto já se posicionava o mestre Hely Lopes Meirelles:

“[]...geralmente a Administração estadual e municipal determina a observância das normas da ABNT, sendo indispensável a adoção das normas técnicas adequadas de saúde e segurança do trabalho, como determina a lei (art.12, VI), o que equivale a dizer que ficam subordinadas às normas técnicas brasileiras e, não as havendo, aplicam-se as internacionais, e até mesmo as de outros países.

A obrigatoriedade da observância das normas técnicas já está determinada por vários Estados, podendo-se indicar: São Paulo (Lei 6.544/89, art. 10, VII, e Decreto 20.739, de 3.9.51); Rio Grande do Sul (Decreto 3.093, de 7.8.52); Pernambuco (Decreto 632, de 20.9.61); Bahia (Lei 4.660/86).”²⁰

Desde 1962, aliás, a preocupação em exigir-se dos agentes econômicos adequação às normas técnicas já se fazia sentir por meio da Lei Federal 4.150, de 21.11.62, que textualmente obriga as obras, serviços e compras da Administração centralizada, descentralizada e delegada, abrangendo as entidades públicas estatais e autárquicas como, também, as paraestatais e os serviços concedidos ou subvencionados pela União, à sujeição às normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, exigindo-se o mesmo para as compras realizadas pela Administração.

Complementarmente, no processo de licitação, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Na norma do art. 39, inciso VI, há a vedação ao fornecedor de produtos e serviços de “colocar no mercado de consumo, qualquer

²⁰ Hely, opus. ct., p. 43.

produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou, se normas específicas não existirem pela associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e qualidade Industrial – CONMETRO”.

A Administração Pública, quando adquire para si determinado produto ou serviço, torna-se consumidora, e, portanto, tem os mesmos direitos perante seus fornecedores, sendo evidente a inserção das normas protetivas do consumidor nas exigências contempladas dentro do procedimento de licitação.

Concluindo, o Estado ao criar mecanismos de organização do setor da construção civil, com combate à não conformidade intencional e com a adoção de mecanismos de melhoria da qualidade dos serviços da construção, cumpre a Constituição, a Lei n ° 8.666/93, o CDC e com isto concretiza o interesse público, provendo o bem-estar social, ordenando o desenvolvimento das atividades econômicas, colocando-as na senda da construção da existência digna e da justiça social.

4. Relação do PBQP-H com a efetivação dos princípios constitucionais

4.1 - Da livre iniciativa, livre concorrência e abuso do poder econômico

- da liberdade de iniciativa

A fundamentação constitucional do PBQP-H está na sua aptidão para concretizar os princípios constitucionais que regem a Ordem Econômica. Especificamente, a norma que institui o PBQP-H é uma norma que visa à defesa da liberdade de iniciativa econômica e da livre concorrência e à proteção do consumidor, princípios prescritos no art. 170, da Constituição Federal. Revelando-se a sua capacidade para a realização

desses princípios constitucionais, é possível afirmar que a Portaria nº 134/98 é materialmente constitucional.

As atividades de produção econômica são fundadas na liberdade de decisão individualizada de produção e investimento, em que os agentes econômicos decidem o quê, como e para quem produzir, buscando a maximização de suas vantagens no movimento de produção de bens e seu intercâmbio no mercado por um valor monetário que remunera o investimento e o empresário. Em contrapartida, os consumidores exercem sua liberdade de ação escolhendo o produto que desejam consumir.

É o valor da liberdade de iniciativa que movimenta o conjunto das atividades econômicas, um princípio consagrado pela Constituição Federal. Inscrito na Constituição, o princípio da liberdade de iniciativa torna-se um mandamento e se impõe ao Estado, que, nas suas ações político-legislativas, deverá garantir e realizar este princípio. Impõe-se também aos agentes econômicos que, no exercício de suas atividades livres de produção e consumo, devem renovar a existência deste valor fundante da ordem econômica.

Liberdade de iniciativa econômica é um aspecto da liberdade de iniciativa como valor social. Uma sociedade livre deve conter um mercado livre. De fato, a liberdade de agir no mercado, na produção e consumo de bens e serviços necessários à manutenção da vida e seu melhoramento, deve resultar em meios materiais próprios para que os cidadãos vivam livres em sociedade. Assim como o mercado tem seu fundamento na liberdade de iniciativa econômica, o Estado Social Democrático de Direito está fundado no valor da livre iniciativa (art.1º)²¹.

Dentro deste contexto social, liberdade não se traduz na vontade individual ilimitada, nem na acepção comum expressa no adágio de que o sujeito deve exercer sua liberdade até o limite do espaço da liberdade do outro, transformando liberdade em

²¹ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

pequenos espaços de movimentação individual. Segundo Hegel, a vontade de um indivíduo isolado não significa liberdade. A liberdade, que se torna limitada, é o arbítrio, que se relaciona com necessidades específicas²². O ser humano só é livre em sociedade. A liberdade de iniciativa é confirmada ou negada socialmente a cada ação livre individual.

A cada escolha individual, o modo de produção é confirmado e modelado, pois uma opção é também a exclusão de todas as outras possíveis. Assim, a escolha por um produto de determinado preço e qualidade exclui do mercado, naquele momento pontual e individualizado, todos os demais que poderiam ter sido escolhidos²³. A somatória destas opções que se acumulam no tempo e espaço definem um mercado.

Conseqüência do exercício da liberdade econômica é a concorrência, conflito que impele o desenvolvimento econômico. O direito deve controlar este conflito, permitindo que as forças econômicas se embatem na concorrência, mas impedindo que este embate chegue a tal ponto de eliminação do próprio conflito. Não há sociedade que sobreviva fundada na guerra de todos contra todos, ou, na terminologia do mercado, na competição generalizada para a maximização do proveito individual. Há um direcionamento último coletivo do exercício da liberdade de mercado que se concretiza na ação concorrencial, é o bem-estar coletivo, sem o que a concorrência não é aceita pelo direito.

A desigualdade é uma característica de mercado. O grau de desigualdade é uma determinação sempre política e econômica, posto que produção econômica não existe em si e para si, mas em função da manutenção de determinado modo de vida dos indivíduos em sociedade. Cabe ao Estado impor padrões de produção, de produto e

²² Hegel, G.W.F., *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, p.144.

²³ As contribuições que um consumidor emprega na compra de uma mercadoria qualquer, diminui as contribuições que ele poderia fornecer na compra de uma outra mercadoria. Todo empresário esforça-se o tanto quanto possível em direcionar para seus cofres o meio monetário existente à disposição do público. Todas as bens e serviços permanecem em concorrência com todos os demais bens e serviços. Concorrência não é então cindida em isoladas concorrências parciais. (Hoppmann, Erich, *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, 1.Aufl. - Baden-Baden: Nomos, 1988, p.337).

comportamento dos agentes, determinando um campo de atuação do jogo competitivo. Para que a concorrência seja eficaz, é necessário que o jogo seja regulado.

“Concorrência como finalidade imediata é também um meio para concretização da idéia de liberdade econômica como uma finalidade geral. Todavia, deve ser a liberdade econômica concretizada como uma finalidade geral também. [...] Liberdade econômica é um meio para a concretização de uma sociedade livre e democrática como um “ultimate social goal”²⁴.

As características da concorrência dependem diretamente do gerenciamento dos recursos para produção. A regulação estatal, disciplinando os agentes, o modo de produzir e o produto, é fundamental para que a concorrência traga resultados macroeconômicos e sociais positivos. **A regulação da produção é, portanto, fundamental para a existência de uma concorrência eficiente.**

- da liberdade de concorrência e do poder de mercado

A concorrência é um dos meios usados para o desenvolvimento da produção capitalista. Quanto ao ritmo da concorrência, ele deve ser controlado constantemente. A concorrência deve ser suficiente para ter um efeito estimulante, mas se desembesta ela causa mais danos do que bem. *“Barenton, o sábio confessor de Detoef, dizia: A concorrência é um alcalóide; em doses moderadas, é um excitante; em doses massivas, um veneno”²⁵.*

²⁴ Idem, p.186.

²⁵ Continua a autora: *“Da mesma forma que só andamos graças a um desequilíbrio controlado, que nós chutamos se este desequilíbrio não é aceito e dominado, mas nos é brutalmente imposto e que não progredimos se recusamos todo desequilíbrio, da mesma forma é necessária uma concorrência justa dinâmica para ser efetiva. O mesmo sentido da medida se impõe para assegurar a lealdade do jogo concorrencial. Não é necessário apenas que o Estado se limite a dar ou retirar vantagens a certos concorrentes, é importante também que ele marque os limites da agressividade comercial. Todos os golpes não devem ser permitidos na luta concorrencial.”* (Brault, Dominique, *Droit et Politique De La Concurrence*, Paris: Economica, 1997, p.123).

Pela convicção de que a reprodução das decisões privadas não é suficiente para a manutenção do equilíbrio na dinâmica produtiva, o Estado desenvolve sua atividade político-normativa para resolver os problemas causados pelo exercício individualizado do poder econômico.

A proteção do mercado pela ação do Estado coordenando, impulsionando, limitando e fiscalizando as atividades desenvolvidas no seu interior é decorrência da importância social do bom funcionamento do mercado, que é definido como patrimônio nacional, no art. 219 da CF²⁶. Junto com esta norma constitucional, coloca-se o art. 173, par. 4º., que impõe ao Estado o dever de elaborar uma lei que reprima o abuso do poder econômico. Deste mandamento surge a lei 8.884/94 que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, em função do interesse da coletividade²⁷. As normas que ali são estabelecidas direcionam-se a satisfazer a sociedade e não especificamente um ou outro produtor ou um ou outro consumidor.

Trata-se de disciplinar as decisões privadas para que tragam resultados socialmente favoráveis, além dos ganhos individuais.

A liberdade de iniciativa de empreender no mercado revela-se, em realidade, um poder: o poder de ação daquele detentor de autonomia e proprietário de um determinado capital, que terá a faculdade de fazer uso, ou não, desta liberdade e direciona-la segundo um rol de opções, que será tanto mais amplo quanto maior o poder que lhe proporciona a detenção de capital.

O problema encontra-se em afastar o poder quando ele se opõe à efetividade da concorrência, isto é, onde ele limita a concorrência. O uso do poder econômico é o uso

²⁶ “Art. 219 – O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal.”.

²⁷ É o que se depreende da leitura do art. 1º. da lei: “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. *Parágrafo único: A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.*”

livre de um capital. E o abuso deste poder econômico é o uso livre deste capital que resulta na exclusão de outros agentes econômicos, os quais, apesar de deterem capital, não podem competir, por ter o concorrente empregado esse poder de maneira deliberada a excluí-los.

- abuso de poder econômico e concorrência desleal

Abuso de poder econômico resulta na dominação do mercado, com o impedimento dos concorrentes participarem da competição.

A concorrência desleal é o emprego de “meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”, na definição que lhe dá o inciso III do art. 178 do Decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945. O § 2º do art. 10 bis da convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial [decreto n. 635, de 21 de agosto de 1992, ratificado pelo decreto 1.263 de 10 de outubro de 1994] diz que ato de concorrência desleal é “qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”²⁸.

“Os atos de concorrência desleal são caracterizados pela sua natureza e pela sua finalidade: são desleais os atos (1) fraudulentos e (2) que visam desviar a clientela de um concorrente (ou a evitar que a clientela se mude para um concorrente). [...]”

A concorrência desleal, em resumo, é a ofensa que resulta de um ato ardiloso, fraudulento, pelo qual a clientela é levada a preferir os produtos ou serviços do concorrente desleal.”²⁹

- da normalização e concorrência desleal

²⁸ Carvalho, Nuno T.P., *As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste*, São Paulo: Resenha Tributária, 1995, p.25.

²⁹ Idem, p. 26.

O direito contra concorrência desleal reúne normas jurídicas que reprimem modos de comportamento na concorrência econômica, os quais, por causa de sua deslealdade, não podem ser tolerados. A partir daí, algumas ações são proibidas por causa de seu perigo típico de uma concorrência desleal. O fato de se destacar dentro de um mercado relevante por oferecer produtos normalizados fora das normas técnicas é uma ação que resulta na alteração de preços, causando prejuízos horizontais e verticais para o mercado. Horizontal: abuso de poder econômico e concorrência desleal, prejudicando concorrente; vertical: engano do consumidor.

Ao praticarem abuso de poder econômico e ato de concorrência desleal, os agentes pretendem exatamente o mesmo resultado: evitar que o consumidor exerça uma escolha livre e informada.

A conduta do fabricante ciente de sua não conformidade (não conformidade intencional) causa danos irreversíveis à concorrência, uma vez que a não conformidade, na maioria dos casos, implica em diminuição dos custos de produção, colocando no mercado produtos com preços muito inferiores ao da concorrência, abaixo do preço de custo, impedindo a competição com empresas conformes.

Esta atitude, de imediato, configura a infração ao inciso I, art. 20 da lei n.º 8.884/94: *“Constituem infração da ordem econômica, ..., os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”*.

Essa conduta já era considerada criminosa na Lei 1521/50:

*“Art. 3º - São também crimes desta natureza:
V- vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;
...Pena – detenção, de 2 (dois) a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil e cem mil cruzeiros”*.

A lei n.º 8.137/90 define crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, estabelecendo que é crime penalizado com reclusão de dois a cinco anos ou multa:

“provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento”. (art. 4º. , V)

- da repressão ao abuso de poder econômico e a proteção do consumidor

As normas que reprimem infrações à ordem econômica fundamentalmente buscam três diferentes finalidades de proteção: a proteção do concorrente, a proteção de uma concorrência suficiente como tal (dentro do interesse coletivo ou no interesse da economia concorrencial) e a proteção do consumidor. Estas finalidades não são isoladas³⁰.

As funções da concorrência desejadas pelo conjunto econômico (divisão de renda pelo desempenho de mercado/ direção da oferta a partir da procura e com isso através das preferências do consumidor/ alocação econômica-racional dos fatores de produção / adequação flexível da produção e da capacidade de produção em dados não econômicos/ implementação do desenvolvimento técnico), pode alcançar a satisfação do consumidor, mesmo de modo impreciso e desigual.

Afirma Hart e Joerges: *“A posição dos consumidores no mercado é fortalecida com medidas de política concorrencial e com informações melhoradas”*³¹. A teoria da concorrência é um impreciso reflexo da teoria econômica e social da política de consumidor. As normas gerais por políticas de consumo são dependentes do problema central de desenvolvimento da ordem econômica, que é o do estabelecimento geral do princípio da livre iniciativa e a domesticação jurídica do poder econômico. Neste sentido, por terem esta destinação última, teoria e normas sobre a concorrência no mercado se entrelaçam com as reflexões e disposições normativas sobre as relações de consumo.

³⁰ Reich, Norbert, *Mercado y Derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, Barcelona: Ariel, 1ª ed., 1985.

³¹ Assmann, Heins-Dieter; Bruggemeier, Gert; Hart, Dieter; Joerges, Christian. *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein: Athenaum, 1980.

Disto é ciente o Código de Defesa do Consumidor, valendo citar dois de seus princípios que claramente explicitam a relação indissociável entre equilíbrio na prática concorrencial e proteção do consumidor:

“harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” (art. 4º., III)

“coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal ...”. (art. 4º, VI)

Ao poder econômico exercido pelos fornecedores, desenvolve-se um contrapoder do consumidor. Este poder pode vir a ser estruturado juridicamente, gerando ações para cessar procedimentos de concorrência desleal.

A referência ao consumidor constitui uma atuação que se integra dentro do processo de concorrência e, com isto, qualquer medida do tipo compensatória tomada pelo Estado deve representar a regra e não a exceção.

Uma característica do mercado concorrencial é de inevitável formação de uma estrutura de poder. O consumidor dirige-se ao mercado, isto é, confronta-se com esta estrutura de poder para adquirir valores de uso (bens de sua necessidade), entregando para este fim, meio monetário (valor de troca) que terá como característica fortalecer no mercado o fornecedor com quem é feita a transação. A participação do consumidor esgota-se naquele ato, posto que o adquirido sai de circulação. Diferente se passa com o fornecedor que se mantém no mercado fortalecendo sua posição. A ação do consumidor é atomizada, a do fornecedor é difusa, pois atua sobre um número incontável de consumidores, não se satisfazendo com a relação contratual.

“Os interesses econômicos em um estágio tal do processo de circulação das mercadorias são precisamente outros muito distintos dos que atuam nos níveis de intercâmbio. Por esta razão, não é absurdo partir da

base de que os interesses da parte ofertante (fornecedor) e dos consumidores devem necessariamente entrar aqui em conflito”³².

Para além dos interesses microeconômicos representados pelo contratualismo privado existe o interesse macroeconômico. Apesar do evidente conflito de interesse que se reproduz nas relações de mercado, a busca por capital (valor de troca) não é independente da busca por mercadoria (valor de uso). Cada enfraquecimento ou modificação na propensão a consumir, do ponto de vista de um movimento coletivo, tende a enfraquecer a demanda e reprodução do capital ³³.

Desse postulado econômico decorre que a regulação dos interesses dos consumidores atinge diretamente a política concorrencial. Destarte, estão no mesmo plano e interrelacionam-se a defesa da concorrência e a defesa do consumidor.

As autoridades competentes na matéria de concorrência devem ter sempre presentes os interesses dos consumidores à hora de optar por uma alternativa concreta e deverão também constatar a virtualidade dos processos concorrenciais em relação direta com a função que estes tenham para com o consumidor³⁴.

Isto posto, as normas que regulam a atividade produtiva e, por conseguinte, impedem o abuso do poder econômico, refletem igualmente na proteção da concorrência como na proteção do consumidor. Precisamente é o que ocorre com o PBQP-H, ao instituir objetivos e diretrizes voltados ao controle da qualidade, ao fortalecimento da estrutura produtiva, ao aumento de produtividade, ao estímulo à introdução de novas tecnologias, e à universalização do acesso à moradia.

³² Reich, Norbert, *Mercado y Derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, p.159.

³³ Cf. Keynes, John Maynard, *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, Toronto, Mc Millan Cambridge University Press, p.101.

³⁴ Reich, Norbert, *Mercado y Derecho...*, p.199.

4.2 Da defesa do consumidor

- da proteção das relações de consumo

O desenvolvimento da Ordem Econômica depende do consumo. Afinal, “*é ele o único objeto e fim da atividade econômica*”³⁵. Daí a defesa do consumidor ser um princípio constitucional a ser construído para que as atividades econômicas desenvolvidas em sociedade correspondam ao ideal de existência digna e justiça social prescritos pela Carta Magna. Da mesma forma que a livre concorrência é um princípio da Ordem Econômica, a defesa do consumidor constitui um valor indispensável para a ordem econômica constitucional frutificar na realidade.

São valores que requerem posturas ativas dos agentes envolvidos, assim como do Estado no seu papel político-normativo, atuando sobre o mercado. Uma política de favorecimento ao consumidor serve a quem questiona o paradigma de mercado, como o exclusivo direcionador das atividades sociais de produção.

Na teoria do direito do consumidor, está subjacente o questionamento da existência de um livre mercado e a aceitação de uma direção da atividade econômica pelas normas e pela atuação política do Estado. Daí a afirmação do Código de Defesa do Consumidor -CDC de serem as normas de proteção e defesa do consumidor de ordem pública e responderem ao interesse social, o que implica na impossibilidade de se transacionar sobre os deveres e direitos lá prescritos. Desta determinação decorre igualmente o dever do Estado de participar junto com os demais sujeitos (fornecedor e consumidor) na efetivação das normas do CDC.

O direito atua sobre conflitos gerados pela atividade econômica. Um deles está na relação empregador e empregado, outro entre produtor e consumidor. O interesse do consumidor – é possível, assim, radicalizar – não se dá, nem isoladamente, nem como

³⁵ Keynes, John Maynard, *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, p. 99

um interesse de grupo. Trata-se de um interesse em um contexto geral ordenado de desenvolvimento de práticas de mercado que visam a resultados positivos, porque é um interesse para que as práticas produtivas sejam, na sua dinâmica e resultado, favoráveis ao desenvolvimento do cidadão, independentemente do papel pontual que esteja desempenhando nas relações de mercado. É buscada uma política eficaz de desenvolvimento econômico e social através da regulamentação geral das relações de consumo. Pode, inclusive, haver uma aparente sobrecarga do agente econômico produtor em benefício do desenvolvimento da ordem econômica e social como um todo. Daí a crescente exigência de ajustamento dos agentes econômicos da cadeia produtiva a padrões de qualidade trazidos pela normalização da ABNT, por exemplo.

O consumidor age isoladamente adquirindo bens de seu interesse e necessidade, mas seus direitos são gerais e não pontuais, porque transbordam da esfera contratual intersubjetiva e traduzem-se no interesse de ter a massa de fornecedores comportando-se dentro de parâmetros e regras que impulsionam o desenvolvimento e a melhoria dos serviços e produtos no mercado, dando ao ator pontual do mercado a segurança de que o poder assegurado pelo movimento de captação contínua de valor de troca não reflita negativamente nas suas necessidades, cuja satisfação é buscada no mercado.

Neste diapasão, surge o Código de Defesa do Consumidor, trazendo para o direito brasileiro um caminho legal para a realização do que ordena a Constituição: desenvolvimento da atividade econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para alcançar a dignidade da existência e a justiça social, atendendo ao princípio da defesa do consumidor. A defesa do consumidor é um direito fundamental, como preconiza o art. 5º., XXXII, CF ³⁶ e, portanto, sua realização é, ao mesmo tempo, um imperativo do desenvolvimento do mercado e uma condição para a construção da cidadania brasileira.

³⁶ “Art. 5º. XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; ”

Dois sujeitos são abordados nestas normas: o fornecedor e o consumidor. O fornecedor é o agente produtivo em qualquer estágio da cadeia de produção. O consumidor é o destinatário final desta cadeia, o que buscará no mercado valor de uso.³⁷

O consumidor precisa ter confiança no mercado para consumir. Ele necessita saber que, para além da regulação entre ele e fornecedor, cingida por um tempo e espaço transitório, há regras gerais, fiscalização, disciplina, as quais compensam as diferenças e vulnerabilidades existentes na atividade produtiva fundada na somatória de interesses individuais. Neste sentido, é importante o reconhecimento de um valor que está subjacente às políticas de consumo, citado por Cláudia Marques: “*princípio da proteção da confiança*”³⁸.

- do dever de qualidade dos produtos

Para que o consumidor tenha confiança no mercado, é necessária a construção de uma rede de fiscalização e imposição normativa eficiente, capaz de regular a produção, a distribuição e o produto, seja do ponto de vista do comportamento entre os fornecedores, seja no que concerne à relação fornecedor–consumidor. O primeiro aspecto é tratado pelas disposições relativas à defesa da concorrência, repressão ao abuso do poder econômico e concorrência desleal. O segundo aspecto é tratado pelas normas de defesa do consumidor, que buscam um equilíbrio na relação fornecedor-

³⁷ O CDC define em seus artigos os dois sujeitos: “*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 as relações de consumo. Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*”

³⁸ Marques, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1999, p.578.

consumidor, construindo o que a doutrina brasileira tem chamado de Teoria da Qualidade³⁹.

“Isto significa que ao fornecedor, no mercado de consumo, a lei impõe um dever de qualidade dos produtos e serviços que presta. Descumprido este dever, surgirão efeitos contratuais (inadimplemento contratual ou ônus de suportar os efeitos da garantia por vício) e extracontratuais (obrigação de substituir o bem viciado, mesmo que não haja vínculo contratual, de reparar os danos causados pelo produto ou serviço defeituoso). A teoria da qualidade se bifurcaria, no sistema do CDC, na exigência de qualidade-adequação e de qualidade-segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços. Nesse sentido haveriam vícios de qualidade por inadequação (arts. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17) do CDC.”⁴⁰

Um exemplo, dentro da construção civil se daria quando um tubo ou conexão é fabricado desatendendo os padrões definidos pela ABNT. Neste caso, incorre o produtor em ambos os vícios: vício de qualidade por inadequação, pois o produto fora das especificações normativas se torna impróprio para o uso proposto; vício de qualidade por insegurança, quando o uso deste produto fora das normas técnicas causa danos à saúde, ao meio ambiente etc.

A nocividade de um produto está diretamente ligada ao atendimento dos requisitos de qualidade do mesmo, o descuido da qualidade pelo atendimento de normas de fabricação, de material adequado, a imperícia nas variadas etapas de produção podem vir a acarretar não somente produtos inadequados ao consumo, como também, produtos nocivos à vida ou à saúde do consumidor. Esta lesão, dependendo do produto ou do uso deste produto, pode ultrapassar a pessoa do consumidor, estendendo-se a um grupo de pessoas ou a uma comunidade. Afinal, como já apresentado anteriormente, a defesa do mercado nacional (patrimônio nacional) e a defesa da Ordem econômica (finalidade de construir a dignidade da existência) encontram-se contidas na defesa do consumidor - ação de construção da cidadania (art. 5º, XXXII, CF).

³⁹ Idem, p.579.

⁴⁰ Idem, p.579.

- da responsabilidade penal

A má conduta do Fornecedor em prejuízo ao Consumidor é muito anterior ao advento do Código de Defesa do Consumidor. O Código Penal, em 1940, já definia como crime a “Fraude no Comércio”, art. 175 do CP:

“Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:
I- *vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;*
II- *entregando uma mercadoria por outra:*
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.
§ 1º Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de outra qualidade:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa...”

Como se pode observar, ainda que de forma acanhada, a intenção do legislador em amparar a parte mais fraca na relação de consumo não é novidade no direito brasileiro.

Posteriormente, a Lei n ° 1.521/51 veio definir os crimes contra a Economia Popular, penalizando, uma vez mais, o fornecedor mal intencionado:

“Art. 1º - Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.
Art. 2º - São crimes desta natureza:
...III- expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição;
...V- misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vende-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vende-los por preço marcado para os de mais alto custo;
...XI- fraudar pesos ou medidas padronizadas em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.

Parágrafo Único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habilitação e os materiais de construção.”(grifei)

A Lei n ° 8.137/90, por sua vez, define crimes contra ordem tributária, econômica e relações de consumo:

*“Art. 7º - Constitui crime contra as relações de consumo:
...II- vender ou expor a venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;
Pena- detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”*

- da responsabilidade civil solidária do fornecedor

No que concerne à responsabilidade civil do fornecedor, ela existe independentemente das razões do fornecedor. Isto é, o fato singular de ser fornecedor traz como consequência um inescusável dever de respeito das prescrições legais. O fornecedor é responsável independentemente de ter dado causa ou não ao ilícito, pois trata-se de uma atribuição objetiva da responsabilidade pelo fato do produto, em que são solidariamente responsáveis, do produtor ao fornecedor, pelo descumprimento do dever de qualidade, ao ajudar na introdução do bem viciado no mercado.

Sobre o fato do produto, dispõe o art. 12:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação, acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

O artigo 18 do CDC trata especificamente dos vícios de qualidade.

“Art.18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, da rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”

Dentre os vícios de qualidade mencionados pelo art. 18 encontram-se os decorrentes da desobediência de normas regulamentares de fabricação (art. 18, § 6º).

A preocupação do legislador com relação ao atendimento às normas regulamentadoras da fabricação do produto é garantir a universalização de sua qualidade, estabelecendo um patamar mínimo de características homogêneas do produto, a partir do qual se desenvolve a competição. A atividade competitiva não pode valer-se da desconsideração das imposições de qualidade estabelecidas em normas, para ganhar vantagens em custo.

Assim, o fornecedor que desatender as normas de regulamentação na fabricação de determinado produto, seja intencionalmente, ou por falta de conhecimento, ou por qualquer motivo independentemente de culpa, será responsabilizado civilmente a indenizar, sem prejuízo da responsabilidade penal.

A responsabilidade pelos vícios do produto é solidária entre o fornecedor-fabricante e o fornecedor-comerciante. A solidariedade significa que ambos respondem, independentemente de ordem, perante os consumidores. Este foi um avanço do CDC, que veio privilegiar o consumidor, parte mais fraca na relação de consumo, possibilitando que este, encontrando dificuldades em acionar o fabricante, possa optar por exigir a reparação do dano por ele sofrido diretamente do comerciante que lhe vendeu a mercadoria.

- o princípio da cooperação perante o CDC

A complexidade das relações econômicas impôs ao Estado novas práticas de ação sobre a atividade econômica. O Estado social, com as normas de intervenção no mercado e de redistribuição de riquezas para construção do bem-estar dos cidadãos, que vigorou durante a segunda metade do século XX, encontrou seus limites na crise fiscal e na impossibilidade da máquina burocrática alcançar por si todas as esferas necessárias para a construção da vida social mais justa e melhor.

Administração Pública e Sociedade Civil não existem cindidas em locais distintos. A sociedade civil ingressa na administração partilhando com esta os deveres de construção da “*sociedade livre, justa e solidária*”, conforme prescreve a Constituição Federal. De fato, advém da Constituição o dever de cooperação entre esfera pública e privada.

Dispõe o parágrafo único do artigo 1º. da Constituição: “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*” (grifei)

Este preceito geral é tomado pelo CDC que o reinterpreta em seus princípios e regras específicas. É um princípio do CDC: “*incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo*”. (art. 4., V)

Há de se notar que esta norma estabelece aos fornecedores um dever geral de fiscalização e de jurisdição, a rigor, tarefas do Estado tradicional. O Estado compartilha com aqueles que são os próprios interessados o dever de fiscalizar e o poder de autoregulação de conflitos, sem, contudo, abrir mão de sua participação.

O Estado cria um sistema específico para estruturar a ação do poder público na implementação das normas do CDC, pelo Decreto n.º 2.181/97. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça SDE, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do consumidor – DPDC, e os demais órgãos federais, estaduais, do distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor (art. 2º.). Há uma

“publicização” dos sujeitos privados que são integrados no corpo administrativo, tornando-se entidades públicas, como o que ocorre com as “entidades civis de defesa do consumidor”, explicitamente apresentadas compondo o SNDC.

Ao SNDC compete uma série de obrigações, trazidas pelo referido decreto consistente em: planejamento, execução da Política Nacional de Proteção e defesa do consumidor; recebimento de denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais; informação e orientação do consumidor; representação ao Ministério Público; auxílio na fiscalização da segurança de produtos e serviços; elaboração e divulgação do cadastro nacional de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, dentre outras.

- a normalização no CDC

A participação de entidades privadas equiparadas ao poder público, de evidente relevância, é observada com as entidades normalizadoras. A produção destas sociedades equiparam-se à regulação estatal, para fins de fiscalização e responsabilização, vinculando e obrigando os particulares do mesmo modo que o direito produzido pelo Estado. De fato, o Estado, por norma jurídica, atribui à normalização valor legal, conforme dispõe o art. 12, IX do Decreto 2.181/97: “São consideradas práticas infrativas: IX colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço: a) em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO”. A norma técnica é recebida no nível normativo ao ser recebida formalmente pelo Estado regulador.

“A normalização tornou-se uma das técnicas de política geral tendente a uma produção racional e ao respeito dos interesses da clientela, profissionais ou consumidores. Ela permite aos produtores uma organização racional das fabricações, o crescimento da produção e uma

diminuição de custo de fabricação. Ela traz aos consumidores no sentido amplo, garantias de qualidade, de segurança e de atitude ao emprego. Enfim, ela é um fator importante de produtividade para a economia geral”⁴¹.

A regulação pelas normas técnicas acompanha a complexidade e dinâmica alcançada nas relações de produção e segue um imperativo de ordem econômica divisado em dois aspectos:

- a) estabelecimento de um patamar mínimo para o desenvolvimento da concorrência⁴²
- b) informação e segurança do consumidor

Responde também ao preenchimento de dois princípios do Estado social Democrático de direito:

- c) Princípio da cooperação entre Estado e sociedade civil
- d) Princípio da precaução que exige o emprego pelo agente econômico do último estado da técnica em benefício da sociedade

Afirma Racine que, pela racionalização da produção e a melhoria da produtividade, a normalização conduz a uma diminuição dos custos acompanhada de uma redução do preço de venda e assim contribui para o progresso econômico⁴³.

“O mais freqüente na normalização é o fato de organismos qualificados cuja característica seja que eles são plurirepresentativos. É esta condição que deve dar sua legitimidade à norma e permite sua aceitação pelo conjunto dos interessados, o que contribui a sua efetividade.”⁴⁴

⁴¹ Boy, Laurence, *La valeur uridique de la normalisation*, mimeo, p. 1.

⁴² Jean-Baptiste Racine afirma que uma das funções primeiras da normalização é, de fato, favorecer a livre concorrência. A normalização permite e estimula a livre circulação de produtos e serviços. (*Normalisation, Certification et droit de la concurrence*, mimeo, p.1).

⁴³ Idem, p. 14.

⁴⁴ Boy, Laurence, opus cit., p. 10.

- do direito à informação

Para que os indivíduos consumidores influenciem o mercado de produção, é necessário, inicialmente, que tenham condições efetivas de fazer parte da relação de mercado.

A informação é um princípio da administração pública, que deve publicidade de seus atos e programas (art.37, “caput”, CF ⁴⁵). É um princípio da sociedade democrática. A informação é um direito fundamental do cidadão, segundo o art.5º, XXXIII ⁴⁶. Agente privado que exerce função pública é equiparado a servidor público e portanto sujeito aos mesmos deveres, e no caso têm o dever de prestar informações.

CDC consagra o direito à informação como princípio que orienta suas normas e a atuação dos sujeitos a ela obrigado ⁴⁷, proclamando a informação como direito básico do consumidor ⁴⁸.

De fato, para a mediação entre consumo e produção é imprescindível a informação ao consumidor, que não participa do processo produtivo. Auxiliam o consumidor na busca de informação, as instituições públicas e privadas, que atuam colhendo informações sobre o produto e o processo produtivo, amparando o consumidor com a devida divulgação e fiscalização das atividades dos fornecedores.

Respondendo à última questão afirmativamente, o PBQP-H concretiza o princípio da defesa do consumidor, na medida que, por este programa, os sujeitos ativos

⁴⁵ “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 ...”

⁴⁶ “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

⁴⁷ “Art. 4º. IV. Educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.”

⁴⁸ “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 e preço, bem como sobre os riscos que apresentam.”

constituídos (públicos e privados), assim como os sujeitos passivos (agentes econômicos da cadeia produtiva envolvida no programa) se submetem ao CDC (regras e princípios), dando efetividade e operacionalidade a este princípio constitucional.

Finalizando, a razão do Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade na Construção Habitacional está na necessidade de que a sociedade deve desenvolver competitividade. Entretanto, competitividade econômica não se dissocia do desenvolvimento social, pois uma sociedade não se desenvolve a despeito de sua gente e a favor de dogmas econômicos pouco provados. Uma sociedade se enriquece e se torna competitiva, quando se encontra um equilíbrio dinâmico entre produção de riqueza e coesão social, isto é, quando a liberdade de empreender e a liberdade de trabalho e de consumo são exercidas com dignidade e engajamento. É o que preconiza o art. 170 da Constituição Brasileira.

É o Parecer.

Profa. Dra. Cristiane Derani