

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CÉLIA MARIZA DE OLIVEIRA WALVIS

**A PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA
PROTEÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2010**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CÉLIA MARIZA DE OLIVEIRA WALVIS

**A PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA
PROTEÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação da Professora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

**São Paulo
2010**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha mãe, Maria Aparecida, que com o desvelo do amor incondicional, abdicou de seus sonhos para que eu pudesse realizar os meus.

Ao meu esposo, Peter, que com amor e paciência se dedicou à nossa família, colaborando em todos os momentos, suprimindo a minha ausência durante a realização deste trabalho.

À minha enteada, Alida, pelo carinho, companheirismo e ajuda de valor inestimável.

À minha irmã, Lúcia, pelo carinho fraternal e incentivo constante.

À minha filha, Louise, grande ser humano que Deus colocou em minha vida e que anseio em meus sonhos ter o privilégio do convívio por toda vida.

À memória de meu sogro, Raphael, maior exemplo de superação que já conheci, nossa eterna saudade.

Ao Gabriel, meu sobrinho, que trouxe tanta alegria e carinho para o seio de nossa família.

AGRADECIMENTOS

A realização do presente trabalho somente foi possível em razão da existência e participação de pessoas valorosas que sempre ao longo do caminho nos estendem a mão, que nos acolhem e amparam.

Diante da dificuldade em expressar minha gratidão a todos estes entes queridos por meio de palavras, pois jamais seriam suficientes, de modo singelo, expresseo o meu agradecimento.

Antes de tudo e, sobretudo, a Deus pelo dom da vida.

À minha orientadora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, pelo exemplo de vida acadêmica, pela brilhante condução do trabalho, pelos conhecimentos transmitidos e pelo privilégio de me permitir enveredar no estudo do direito do consumidor.

À revisora do trabalho, Sueli Duarte Aragão, que laborou incansavelmente, até dar cabo da tarefa que assumiu com imensa dedicação.

À Gláucia, pela especial atenção e paciência até o final da minha jornada.

A todos os meus amigos, presenças encorajadoras e afetuosas em meu caminho.

SALMO 121

- “1. Elevo os meus olhos para os montes:
de onde me virá o socorro?
2. O meu socorro vem Senhor, que fez o
céu e a terra.
3. Ele não permitirá que os teus pés
vacilem; não dormitará aquele que te
guarda.
4. É certo que não dormita, nem dorme o
guarda de Israel.
5. O Senhor é quem te guarda; o Senhor
é tua sombra à tua direita.
6. De dia não te molestará o sol, nem de
noite a lua.
7. O Senhor te guardará de todo o mal;
guardará a tua alma.
8. O Senhor guardará a tua saída e a tua
entrada, desde agora e para sempre”.

RESUMO

WALVIS, Célia Mariza de Oliveira. *A prevalência do Código de Defesa do Consumidor na proteção do usuário de serviço público*. 2010. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

O presente trabalho, que traz como objeto de estudo a prevalência do Código de Defesa do Consumidor na proteção do usuário de serviço público, pretende analisar a questão relacionada à continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais, à luz do artigo 22, *caput*, da lei de regência das relações de consumo, Lei nº 8.078/90, e do artigo 6º, §3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil. A pesquisa teve como suporte metodológico a abordagem dedutiva e a natureza é bibliográfica. O estudo, em si, está organizado em três partes. A primeira parte traça um panorama geral a respeito do serviço público e da transferência da sua execução à iniciativa privada, por meio dos institutos da concessão e da permissão. A segunda é dedicada exclusivamente ao estudo do diploma legal consumerista, no intuito de compreender que a relação jurídica travada entre fornecedor de serviços públicos e usuário-consumidor destes serviços é caracterizada como relação de consumo. A terceira e última parte analisa a importância do papel das agências reguladoras na pacificação dos conflitos de consumo, a proteção do usuário e a prestação de serviços públicos essenciais. Com base nos aportes doutrinários e jurisprudenciais analisados, verificou-se que o regramento do Código de Defesa do Consumidor deve prevalecer na proteção dos usuários de serviços públicos essenciais, em detrimento da legislação que disciplina a concessão e a permissão de serviços públicos pelo ente estatal.

Palavras-chave: Administração Pública. Serviço Público. Código de Defesa do Consumidor. Lei das Concessões. Serviços públicos essenciais.

ABSTRACT

Walvis, Celia Mariza de Oliveira. *The prevalence of the Consumer's Protection Code in assisting the user of public services*. 2010. 204p. Dissertation (Master in Law)-Catholic University of São Paulo, São Paulo, 2010.

The present dissertation, has as its object of study, the prevalence of the Consumer's Protection Code in assisting the user of public services. It aims to examine the continued provision of essential public services, under Article 22, caput of the Law of consumer relations, Law No. 8.078/90 and article 6, § 3, item II of Law No. 8.987/95, which regulates the regimen that grants permission and provision of public services, established in the Art. 175 of the Constitution of the Federal Republic of Brazil. The research has had a deductive approach in its methodology and is bibliographic in its nature. The study itself is divided into three parts. The first part presents an overview of the public service and the transference of its execution to the private sector, through the concession and permission institutes. The second part focuses exclusively on the study of the consumer's legal entitlements in order to understand that the legal relation between the public service provider and the user/consumer of these same services is characterized as a consumer relation. The third and final part examines the importance of the regulatory agencies in their role to reach settlements involving consumer disputes, protecting the user and the providing of essential public services. Based on doctrinal and jurisprudential contributions analyzed, we conclude that the Consumer Protection Code shall prevail in defending the users of essential public services, overriding the state legislation that regulates the granting of permissions of public services.

Keywords: Public Administration. Public Service. Consumer Protection Code. Concession Law. Essential Public Services.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
------------------	----

PARTE I DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

CAPÍTULO 1 – SERVIÇOS PÚBLICOS: PANORAMA GERAL	25
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	25
1.2 CONCEPÇÃO JURÍDICA DE ESTADO	28
1.3 EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO	33
1.4 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO	35
1.5 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	44
1.6 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	48
1.7 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	51
1.7.1 OS serviços públicoS na Constituição Federal brasileira	51
1.7.2 A competência de cada ente federativo na prestação de serviço público	53
CAPÍTULO 2 – A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	55
2.1 FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	55
2.1.1 Prestação de forma centralizada	56
2.1.2 Prestação de forma descentralizada	57
2.2 ORIGEM DAS CONCESSÕES	58
2.3 NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	63
2.4 CONCEITO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	64
2.5 CONTRATO DE CONCESSÃO	66
2.6 PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	69

PARTE II

OS SERVIÇOS PÚBLICOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CAPÍTULO 1 – SERVIÇOS PÚBLICOS E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	73
1.1 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ESCORÇO HISTÓRICO, POSTULADOS BÁSICOS E PRINCÍPIOS INFORMATIVOS	73
1.1.1 Sociedade de consumo e Código de Defesa do Consumidor	73
1.1.2 O Código de Defesa do Consumidor como microssistema	82
1.1.3 O caráter cogente das normas do Código de Defesa do Consumidor	84
1.1.4 Princípios jurídicos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor	86
1.1.5 Princípios informativos do Código de Defesa do Consumidor aplicados aos serviços públicos	88
1.1.5.1 Princípio da vulnerabilidade	88
1.1.5.2 Princípio do dever governamental	91
1.1.5.3 Princípio da boa-fé objetiva	93
1.1.5.4 Princípio da informação	96
1.1.5.5 Princípio da adequação e melhoria dos serviços públicos.....	98
CAPÍTULO 2 – RELAÇÃO DE CONSUMO: SUJEITOS E OBJETO	101
2.1 RELAÇÃO DE CONSUMO	101
2.2 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	102
2.2.1 Consumidor no Código de Defesa do Consumidor	102
2.2.2 Fornecedor no Código de Defesa do Consumidor	108
2.3 O OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO: PRODUTO E SERVIÇO.....	110
CAPÍTULO 3 – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS	113
3.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS	113

3.2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ...	114
3.3 APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	117
3.4 O REQUISITO DA REMUNERAÇÃO COMO CRITÉRIO DE APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	119
3.5 A REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: TAXA OU TARIFA	122
3.6 INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS REMUNERADOS POR MEIO DE TAXA	129

PARTE III

DEFESA DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO

CAPÍTULO 1 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS	135
1.1 ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	135
1.2 A TRANSFORMAÇÃO DO PAPEL DO ESTADO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	138
1.3 NATUREZA E ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: AUTONOMIAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVA E ECONÔMICO-FINANCEIRA.....	145
1.4 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	147
1.5 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS DE CONSUMO	148
1.6 AS OUVIDORIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: MEIO DE ACESSO DO CONSUMIDOR-USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	151

CAPÍTULO 2 – A PROTEÇÃO DO USUÁRIO E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS	153
2.1 USUÁRIO E CONSUMIDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS	153
2.2 A CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS.....	158

2.3 INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS PELO INADIMPLEMENTO DO CONSUMIDOR-USUÁRIO	166
2.4 PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA PROTEÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	175
CONCLUSÃO.....	181
REFERÊNCIAS	195

INTRODUÇÃO

O tema que norteia este trabalho alude à questão relacionada à prestação dos serviços públicos essenciais, objeto da relação de consumo, especialmente no que tange à suspensão do fornecimento destes serviços em decorrência do inadimplemento do seu usuário-consumidor.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) conferiu tratamento especial à parte vulnerável da relação de consumo, ao alçar a defesa do consumidor a direito fundamental e a princípio orientador da atividade econômica (artigos 5º e 170).

No intuito de efetivar esses direitos, foi aprovada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dá personalidade ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual, entre outros, prevê expressamente, no artigo 22, a adequada, eficiente e segura prestação de serviços públicos em geral.

A temática objeto deste estudo busca, então, focar a relevância do artigo 22 do diploma legal consumerista na proteção do usuário-consumidor de serviços públicos, pois também determina que serviços públicos essenciais devem ser prestados de forma contínua. Ademais, a matéria tem natureza híbrida e, assim, para o seu desenvolvimento, em decorrência do caráter multidisciplinar do direito de defesa do consumidor, foi necessário recorrer a institutos do direito administrativo e do direito tributário no desiderato de elucidar aspectos controvertidos que o tema suscita.

É cediço que as transformações pelas quais o Estado têm passado nos últimos anos, em consequência da crise do Estado do bem-estar social, conduziu-o a adotar nova posição, deixando de lado a política de provedor para só atuar como Estado-gerente. Essa nova postura, advinda do processo de privatização de algumas empresas estatais, acarretou profundas mudanças quanto ao modo de prestação dos serviços públicos, sobretudo quando o Estado, com o viés de Estado-mínimo, persegue a redução de suas atividades.

A mudança de paradigma do Estado, que de interventor passa a ser regulador (artigo 174 da CRFB), resulta da necessidade de adaptação à economia de mercado e aos imperativos da globalização.

O novo modelo estatal agora carece de investimentos do capital privado para a manutenção e ampliação de determinados serviços públicos que, como todos os demais serviços públicos, são de competência exclusiva do Poder Público em decorrência do seu caráter de relevância social.

Nessa nova configuração do papel do Estado, os serviços públicos passam a ser prestados pela iniciativa privada, sob a forma de concessão ou permissão (artigos 175 da CRFB e 6º, §3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95).

A possibilidade de particulares prestarem serviços públicos suscita a questão decorrente do conflito entre o objetivo de lucro almejado pela iniciativa privada e o bem da coletividade a ser garantido pelo Estado. Essa questão, por demais intrincada, vem causando discussões em sede doutrinária e jurisprudencial, sobretudo na relação jurídica contratual entre fornecedor e consumidor de serviços públicos, notadamente quando envolve a suspensão do fornecimento do serviço essencial por falta de pagamento.

Assim, no afã de encontrar resposta para esta questão, surgiu a pretensão de elaborar este trabalho, que se encontra dividido em três partes, nas quais serão abordados temas relevantes relacionados aos serviços públicos, ao Código de Defesa do Consumidor e à proteção do consumidor-usuário de serviços públicos essenciais.

Dentro desse contexto, o estudo objetiva analisar a prevalência do CDC na proteção do usuário de serviço público, notadamente a questão relacionada à continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais, à luz do artigo 22, *caput*, da Lei nº 8.078/90, e do artigo 6º, §3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da CRFB, conforme já mencionado.

Quanto ao plano da metodologia, a pesquisa orienta-se pelo raciocínio dedutivo, assim entendido aquele que parte de concepções genéricas sobre determinado tema para, com base no referencial teórico escolhido, explicar um problema específico. Para tanto, escolheu-se a pesquisa bibliográfica, na medida em que se retiram aportes disponibilizados na doutrina e em artigos científicos impressos em publicações especializadas e de conhecimento geral. Além disso, lançou-se mão, por óbvio, dos regramentos estampados na CRFB, no CDC e em legislações que dispõem sobre a temática proposta, bem como de posições jurisprudenciais, cujos magistrados já enfrentaram o problema da aplicação do

diploma consumerista às lides que têm como partes o usuário e o concessionário ou permissionário de serviços públicos.

O estudo, que resulta neste relatório de pesquisa, está organizado em três partes, que seguem a presente introdução, necessária para apresentar a contextualização do tema, os objetivos, a justificativa e a metodologia utilizada.

Na Parte I, que possui dois capítulos, são objetos do trabalho uma abordagem a respeito da concepção jurídica do Estado, bem como a evolução da sua atividade prestacional, até uma ampla explanação a respeito dos serviços públicos, com suporte na doutrina administrativista, que, embora não uníssona, fornece os conceitos necessários para a definição, princípios norteadores e classificação desses serviços, bem como a possibilidade de serem exercidos por particulares. A partir daí o estudo centra-se na delegação dos serviços públicos por meio dos institutos da concessão e da permissão.

A Parte II, que tem três capítulos, é destinada a verificar se é possível enquadrar a relação entre fornecedor de serviços públicos e usuário-consumidor como relação de consumo, e se tais serviços podem ser objeto desta relação. Ademais, busca-se também demonstrar que o CDC tem aplicação aos serviços públicos. Para essa análise, foi necessário tecer considerações a respeito do surgimento do CDC e da sociedade de consumo, sua posição de microssistema, o caráter cogente de suas normas, até seus princípios informativos aplicados aos serviços públicos. Em seguida, analisam-se os elementos presentes na relação de consumo, como as figuras do consumidor e do fornecedor, além do objeto que, como se demonstra, pode ser serviço público. Outrossim, evidenciam-se quais serviços públicos sofrem a incidência do CDC a partir da análise da CRFB, da legislação infraconstitucional e também do direito tributário, este último quando se abordou a natureza jurídica da remuneração desses serviços.

Por fim, a Parte III, que alberga dois capítulos, cuida da defesa do usuário de serviços públicos, iniciando pela análise da importância das agências reguladoras após a transferência da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, criadas com o fito de ampliar o papel do Estado na regulação e fiscalização desses serviços e atividades econômicas. Neste ponto, a intenção é traçar um breve panorama desde a sua origem e desenvolvimento, até o seu papel na pacificação dos conflitos de consumo.

Acrescenta-se, por derradeiro, que a atenção desta dissertação está voltada para a análise da proteção do usuário e a prestação dos serviços públicos, contexto em que se procura abordar a figura do usuário e do consumidor de serviços públicos, a aplicação do princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos aos serviços essenciais e a questão da sua interrupção pelo inadimplemento do usuário-consumidor, mesmo após o prévio aviso, à luz das disposições estampadas no CDC e na Lei de Concessões.

PARTE I

DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

CAPÍTULO 1 – SERVIÇOS PÚBLICOS: PANORAMA GERAL

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De início, cumpre mencionar que para o desenvolvimento deste estudo houve a necessidade de traçar um panorama geral a respeito do serviço público, no intuito de bem compreender a incidência do CDC, relativamente a algumas atividades desenvolvidas pelo Estado.

Assim, com supedâneo na doutrina administrativista, procura-se delinear o que é serviço público, com a advertência de que não se trata de tarefa das mais fáceis. Bem por isso, o estudo do serviço público representa um grande desafio para aqueles que se dedicam ao direito público.

A importância do serviço público está ligada ao desenvolvimento e às transformações sofridas pelo Estado ao longo dos tempos, sobretudo na busca de sua precípua finalidade – o bem comum – a cada nova concepção. Não é por outra razão que o serviço público, com o desenvolvimento da sociedade, veste-se com uma nova roupagem, procurando atender ao interesse público¹, núcleo da função administrativa.²

¹ Alice Gonzáles Borges assinala que “o interesse público, segundo a melhor doutrina, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores. Esse interesse passa a ser público quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante na comunidade [sic]”. (Valores a serem considerados no controle jurisdicional da Administração Pública. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, Notadez, n. 15, jul./set. 2002, p. 94).

² Celso Antonio Bandeira de Mello, afirma que: “A função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquico e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamento infralegal ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário [sic]”. (*Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36).

Pois bem. Ter em mente a exata noção de serviço público, vigente no estágio atual do nosso ordenamento jurídico, é, de fato, tarefa que exige do intérprete detido esforço hermenêutico, dadas as peculiaridades pelas quais aquela noção já esteve sujeita ao longo das sucessivas alterações no programa das atribuições estatais.

Em outros tempos, chegou a se formar, na França, a Escola de Serviço Público, que propugnava até mesmo pela substituição da noção de soberania nacional, em detrimento do serviço público.

Na doutrina francesa, a noção de serviço público encontrou, então, o seu mais alto grau de desenvolvimento científico, que, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, “[...] foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado”.

De acordo com Odete Medauar⁴, o tema serviço público:

[...] vem sendo revisitado, inobstante o fato de ter passado por um período de abandono, e até por uma ‘crise’ sobre a sua noção na década de 50 do século passado. A variedade de expressões que hoje emergem no estudo sobre o serviço público, por vezes para buscar substituir essa noção clássica, por vezes para assinalar sua nova conformação, não parece significar seu desaparecimento, mesmo no panorama europeu.

A autora afirma, ainda, que a noção de serviço público, “[...] na França não está abolida; ao contrário, despertou de maneira forte a reação a favor do *service public à française*.

Doutrinadores, como é o caso de Odete Medauar⁵, defendendo a necessidade de adaptar a concepção francesa à européia, mencionam a predominância do serviço público, mas jamais a sua extinção.

Atualmente, com a evolução do direito comunitário europeu, surgem noções positivadas que começam a chamar a atenção dos doutrinadores, tais como serviços de interesse econômico geral⁶ e serviços universais.⁷

³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 98.

⁴ MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Editora Forense, v. 189, jul/set. 1992, p. 100.

⁵ MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 534.

⁶ Trata-se, para alguns autores, do modelo *europizado* de serviço público, com nítida inclinação para a concepção anglo-saxônica. Nesta nova linha, o texto mais significativo está no art. 90.2 do Tratado de Roma, que é o art. 86.2, na versão consolidada, com o seguinte teor: “As empresas encarregadas

No Brasil, a partir do tratamento encetado, relativamente à matéria, pelo legislador constituinte de 1988 e também com o ressurgimento de inclinações liberais⁸, adaptáveis a uma concepção de Estado identificada como pós-social, impõe-se verificar os novos lineamentos existentes no tratamento dos serviços públicos.

Em rigor, o que se propõe neste século XXI é a redefinição do papel do Estado, que, de intervencionista, protecionista e provedor, passa a atuar como agente fiscalizador e regulador (art. 174 da CRFB), resguardando todas as conquistas advindas de lutas sociais e garantias incorporadas pelo Estado social.

Assim, os serviços públicos de natureza econômica, antes prestados diretamente pelo Estado, com as privatizações⁹, passam a ser delegados à iniciativa

de serviços de interesse econômico geral ou apresentando o caráter de um monopólio fiscal estão sujeitas às normas do presente Tratado, em especial às regras de concorrência, nos limites em que a aplicação de tais normas não obste o cumprimento, em termos de direito e de fato, da específica missão que lhes é atribuída. O desenvolvimento das trocas não deve ser comprometido em medida contrária aos interesses da comunidade”. Vê-se que, no dispositivo, os serviços públicos, nomeados serviços de interesse econômico geral, sujeitam-se às regras da concorrência e a todas as demais normas do Tratado. Mas a parte final admite exceções, se houver comprometimento da missão atribuída à atividade. MEDAUAR, Odete. Nova Crise do Serviço Público? In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. (coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, p. 530-531.

⁷ Aos poucos a expressão “serviço universal” foi sendo usada nos textos da Comunidade Européia, sobretudo nos seguintes: Livro Verde sobre o Mercado de Serviços e Equipamentos de Telecomunicações, de 1987; Livro Verde sobre os Serviços Postais da Comunidade, de 1992; Declaração da Comissão de 16.2.1994. Nos textos recentes, afirma-se que o objetivo do serviço universal é colocar à disposição de todo usuário um serviço mínimo (ou básico), segundo uma qualidade definitiva e a um preço acessível. MEDAUAR, Odete. Nova Crise do Serviço Público? In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. (coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, p. 531.

⁸ A ideologia do neoliberalismo ou renascimento dos ideais liberais preconiza a firme convicção de combater toda e qualquer política governamental baseada na orientação keynesiana (concepção liberal de Keynes) do Estado de bem-estar social (ou Estado providência), considerado pelos pensadores de orientação neoliberal destruidor das liberdades dos cidadãos e da competição. Alertavam que a sobrecarga do Estado levaria impreterivelmente à ingovernabilidade das democracias. Portanto, pregavam a necessidade urgente de limitar a participação política, distanciar a sociedade e o sistema político, e subtrair as decisões administrativas ao controle político. O Estado deveria desregular, transferindo aos setores privados determinadas atividades produtivas da economia. Na sequência, o Estado deveria regulamentar-se no sentido de diminuir a interferência dos poderes públicos sobre os empreendimentos privados, atuando somente como fiscalizador. OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *Globalização da pobreza: impactos das políticas sociais no Estado Neoliberal nas democracias dos países latino-americanos*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pet/LAB2004>>. Acesso em: 05 jul. 2010.

⁹ A privatização pode ser entendida como um processo de desvinculação de atividades econômicas ou de serviços, que se encontram a cargo do Poder Público, passando-os para a atividade privada. A figura da concessão de serviços públicos pode ser considerada como forma de privatização. Na verdade, a privatização não consiste somente em um processo de transferência do controle societário de empresas de propriedade estatal (que possuem natureza de direito privado, conforme o art. 173 da CRFB) para as mãos da atividade privada, ela representa um processo mais complexo, um verdadeiro ponto de partida para o atendimento das propostas políticas. A privatização pode ser vista como parte integrante das novas estratégias de desenvolvimento (e competição), com vistas ao

privada. Dessa forma, os usuários desses serviços têm de se submeter às regras do mercado e ao interesse particular dos delegatários na obtenção de lucro.

Nesse sentido, então, compete ao Estado criar mecanismos para evitar a preponderância do interesse privado sobre o interesse da coletividade, sobretudo, em se tratando da proteção dos usuários de serviços públicos essenciais.

Para atingir esse desiderato, assume papel de relevo o código consumerista, diploma legal de regência das relações entre consumidores e fonercedores no mercado brasileiro, quaisquer que sejam os bens e serviços, vale dizer, comuns nas sociedades capitalistas de produção.

1.2 CONCEPÇÃO JURÍDICA DO ESTADO

Antes de buscar o conteúdo da noção hodierna de serviço público, considerou-se necessário tecer algumas considerações a respeito da concepção jurídica de Estado, como forma de oferecer uma visão geral sobre o universo das atribuições estatais.

A importância dessa abordagem advém do fato de que a evolução do serviço público sempre refletiu a evolução da sociedade e do Estado, sob o impacto de fatores sociais, econômicos e tecnológicos.¹⁰

A origem etimológica da palavra “Estado” deriva do latim *status*. A respeito, Nelson de Souza Sampaio¹¹ assevera que:

A organização política, por excelência, é designada pelo nome de Estado. Na Roma Antiga era empregado para designar condição geral (*status familie, status libertatis*), sendo conhecida a definição de Ulpino de que o direito público é aquele que diz respeito *ad statum rei romanae*.

aumento da produtividade, isto em decorrência da falência do setor público que tornou insuportável a manutenção de empresas deficitárias e a promoção do nível requerido de investimento nas empresas estatais. A privatização está sendo utilizada, em muitos países, para diminuir a máquina estatal, liberar e promover o crescimento econômico com liberdade de preço, de crédito e concorrência”. OLIVEIRA, José Carlos. *Concessões e permissões de serviços públicos da União, Estados, Municípios e entes reguladores*. Bauru, SP: Edipro, 1996, p. 37.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 30.

¹¹ SAMPAIO, Nelson de Souza. *Prólogo à teoria do Estado, ideologia e ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 254.

Reinhold Zippelius¹² assevera que:

A comunidade estatal é uma totalidade de indivíduos cujas condutas são coordenadas de maneira específica: a comunidade, no fundo, constitui-se como estrutura de condutas orientadas por um determinado sentido, e a comunidade estatal, em especial, constitui-se como estrutura de ação juridicamente organizada. Desta concepção aproxima-se um dos significados originários do vocábulo 'status' que designa um estado, uma determinada 'constituição' de convivência.

A conceituação científica satisfatória de Estado é algo impensável diante das inúmeras correntes doutrinárias que se posicionam sobre o tema^{13 14}.

Mais uma vez, oportuno é o ensinamento de Nelson de Souza Sampaio¹⁵, para quem: "O nome Estado pode ser conferido a toda associação humana que viva sob um governo capaz de manter a ordem dentro de uma área territorial determinada, por meio de um poder originário de dominação". E prossegue, após fazer digressões acerca das dificuldades e dos perigos de se formular um conceito de Estado, afirmando que:

O Estado é uma associação política de base territorial, com capacidade jurídica interna e externa, cujo governo é dotado do poder originário de sanção direta e incondicionada, bem como de atribuição de conferir a pessoas e bens a condição de nacionalidade que os distingue na órbita internacional.¹⁶

A concepção jurídica do Estado decorre, portanto, da conformação histórica dos poderes, atribuições, competências e limitações impostas pela sua Constituição e pelas leis em geral, regendo as relações existentes entre Estado, sociedade, grupos e indivíduos.

No Brasil, após os variados sobressaltos institucionais e a partir da promulgação da CRFB, tem-se fixado que o Estado se organiza sob a forma federativa. Assim dispõe o art. 1º do texto constitucional, quando adota o *nomem*

¹² ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 61.

¹³ Anote-se que a análise sobre a conceituação de Estado, tipos de Estado, formas de Estado, formas e regimes de governo, por natureza objetos da ciência política, não faz parte da investigação pretendida neste estudo e por esta razão não será abordada, especificamente por este prisma.

¹⁴ Dalmo de Abreu Dallari conceitua Estado como a "ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território". (*Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 101).

¹⁵ SAMPAIO, Nelson de Souza. *Prólogo à teoria do Estado, ideologia e ciência política*, p. 256.

¹⁶ SAMPAIO, Nelson de Souza. *Prólogo à teoria do Estado, ideologia e ciência política*, p. 265.

juris, República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

Em incontestável entendimento, José Afonso da Silva averba que: “A federação consiste na união de coletividades regionais autônomas, que a doutrina chama de Estados federados, Estados-membros ou simplesmente Estado”.¹⁷

A atividade estatal, por sua vez, é tripartida entre as funções legislativa, executiva e jurisdicional. Em linhas gerais, a função legislativa é incumbida de promover as formulações normativas, leis gerais e abstratas, aplicáveis em determinado espaço geográfico e em certa época, estabelecendo os fins do Estado. À função executiva incumbe promover a aplicação dos mandamentos legais, através de atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas, enquanto que à função jurisdicional incumbe zelar pela correta aplicação da norma, na “solução de conflitos e na aplicação coativa das leis”.¹⁸

Nesse diapasão, imperioso trazer o ensinamento de Paulo Modesto¹⁹, quando analisa o tema das funções estatais sob o critério formal estritamente jurídico. Na sua classificação, as funções públicas são tidas como formas de emanção de atos de produção jurídica, que introduzem alterações numa dada ordem jurídica, com alcance e efeitos diversos:

- a) a *legislação* vem caracterizada como a emanção de atos jurídicos primários, fundados direta e imediatamente no poder soberano, que produz uma inovação primária na ordem jurídica anterior; mediante a lei, ou exercitando a função legislativa, o Estado disciplina relações permanecendo acima e à margem delas;
- b) a *jurisdição* vem caracterizada como a emanção de atos de produção jurídica subsidiários dos atos primários, dirigida à concreção e atuação coativa destes últimos, permanecendo o órgão estatal acima e à margem das relações a que os atos referem;
- c) a *administração* vem definida como a emanção de atos de produção jurídica complementar, pois são aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legislativa; nessa atividade, o órgão estatal atua como parte das relações a que os atos se referem, à semelhança do que ocorre nas relações de direito privado, mas com a diferença de agir como parte em situação de superioridade, podendo unilateralmente intervir na esfera jurídica de terceiros (poder extroverso).[grifo do autor].

¹⁷ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 99-100.

¹⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 50.

¹⁹ MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista Eletrônica Diálogo Jurídico*. Salvador, BA, ed. IDPB – Instituto Público de Direito da Bahia, ano I, v. I, n. 4, julho 2001, p. 13.

Vê-se, pois, que a concepção do Estado está ligada aos fins para os quais este é cogitado no seio social, de determinada época e em espaço geográfico.

Manoel Ribeiro²⁰ assevera que, como instituição, compreende-se no Estado: “1º) a idéia de obra a se realizar, em um grupo social; 2º) o poder organizado para a realização desta idéia; e 3º) as manifestações de comunhão que se produzem no grupo em relação à idéia e sua realização”.

O constituinte de 1988 cuidou de estabelecer preceitos relacionados com os fins do Estado e da sociedade brasileira, na forma do que dispõe o art. 3º da CRFB e que constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Justamente neste ponto, convém relacionar e distinguir as tarefas e as atribuições do Estado, confrontando as suas raízes de existência. As tarefas ou as atribuições do ente estatal são chamadas de funções do Estado.

Para Jorge Miranda²¹, dois são os sentidos possíveis de função do Estado:

No primeiro sentido, a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado – da garantia da segurança perante o exterior, da justiça e da paz civil à promoção do bem estar, da cultura e da defesa do ambiente – decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar; e é ainda uma maneira de o Estado ou os governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder. No segundo sentido, a função – agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado – encontra nos actos e actividades que o Estado constantemente, repetida e repetitivamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam; define-se através das estruturas e das formas desses actos e actividades; e revela-se indissociável da pluralidade de processos e procedimentos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública.

²⁰ RIBEIRO, Manuel. *A institucionalização democrática do poder*. 2. ed. Salvador, BA: Ed. Distribuidora de Livros, 1983, p. 23.

²¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra, Portugal: Coimbra, 1997, t. V, p. 8-9.

Caio Tácito²², a seu turno, lembra a dicotomia entre os fins administrativos do Estado, distinguindo a atividade jurídica e a atividade social da Administração Pública. Assim, na atividade jurídica, “[...] como exercício da soberania do Estado e de seu poder de império, atende-se à preservação do direito objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas”, enquanto que:

[...] na atividade social, ao contrário, a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares. À primeira atividade corresponde uma ação administrativa; à segunda, uma prestação administrativa.²³

Na lição do citado doutrinador, existem atividades ingênicas ao Estado, relacionadas, no nível externo, com o aspecto da soberania, da defesa nacional, com os princípios da autodeterminação dos povos e da não intervenção, também com os princípios da igualdade entre os Estados e da defesa da paz, enquanto que, no nível interno, com a manutenção da ordem pública, com a estruturação do ordenamento jurídico-positivo, com a garantia da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica, ou seja, atividades de atendimento dos fins do Estado.²⁴

Existem, porém, outras atividades do Estado que estão afetas à prestação de utilidades colocadas à disposição e em benefício da coletividade, prestadas de forma exclusiva ou concomitantemente com os particulares, tais como os serviços de saúde, assistência social, transportes, comunicações, saneamento e energia.²⁵

²² TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 199.

²³ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, p. 199.

²⁴ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, p. 200.

²⁵ Carlos Ari Sundfeld faz uma classificação das atividades do Estado que, de acordo com o seu conteúdo, são divididas em: atividades instrumentais e atividades-fim, sendo que as primeiras servem para o aparelhamento do Estado, enquanto que as últimas justificam a sua existência. Neste sentido, entre as atividades instrumentais podem ser citadas: a) a captação de recursos financeiros, por meio de empréstimos, lançamentos de títulos da dívida pública e cobrança de tributos, esta última regulada pelo direito tributário; b) a gestão de recursos financeiros do Poder Público, regida pelo direito financeiro; c) a escolha dos agentes públicos, por meio de eleições (no caso dos agentes políticos) e do concurso (na maior parte dos agentes profissionais), a primeira regida pelo direito eleitoral e a última pelo direito administrativo; d) a obtenção dos bens indispensáveis ao suporte da atividade do Estado, mediante aquisição (desapropriação, compra etc.), produção (impressão de Diário Oficial etc.) e construção de edifícios públicos, atividades estas, também disciplinadas pelo direito administrativo. Entre as atividades-fim, distinguem-se: as atividades de relacionamento com outros Estados ou com entidades internacionais, as atividades de controle social e as atividades de gestão administrativa, sendo que as atividades de relacionamento com outros Estados ou com entidades internacionais, segundo leciona o autor: “[...] consistem no estabelecimento e manutenção de vínculos com entidades internacionais e com Estados estrangeiros, bem como na defesa contra invasões do território nacional”. Com relação às atividades de controle social, destinam-se a regular a vida em sociedade, utilizam-se do poder de coerção, ordenando o comportamento dos indivíduos (atividade legislativa, judiciária e administração ordenadora), bem assim, as atividades de gestão

Tendo em vista o tema abordado nesta dissertação, interessa, pois, examinar a atividade prestacional do Estado, consubstanciada na prestação de serviços públicos essenciais, notadamente aqueles que têm a sua execução transferida à iniciativa privada por meio do instituto da delegação, dos quais são exemplos os serviços de telefonia, energia elétrica, fornecimento de gás, mas cuja titularidade continua sendo estatal, por força do art. 175 da CRFB.

1.3 EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO

A atividade do Estado como prestador de serviço público²⁶, apesar de seus antecedentes serem remotos, pode-se dizer que emergiu e se desenvolveu a partir do século XVIII, vindo a alcançar, na atualidade, relevante dimensão. Nessa evolução, no cenário brasileiro, é possível distinguir algumas etapas, que serão adiante apresentadas, ainda que forma sucinta.

No Estado de polícia, a prestação pública de serviço era de caráter assistencial, mas não se tratava de atividade monopolística, pois cabia ao Estado prestá-la e sustentá-la, sem, contudo, assumir a titularidade exclusiva dessas atividades. Nesse período foram estabelecidos como serviços públicos: correios²⁷, ensino e seguridade social.

Numa segunda fase, a partir da primeira metade do século XIX, o Estado também ficou responsável pelo serviço público de natureza econômica, mas por um período de tempo relativamente curto, pois essas atividades passaram a ser prestadas por particulares, em decorrência do pensamento liberal reinante à época, que não considerava o Estado um bom empresário. Contudo, conservava a titularidade jurídica sobre a atividade econômica, limitando-se tão somente a garantir o seu desempenho. Nesse período, surgem os clássicos serviços públicos, tais como ferrovias, iluminação pública, gás, eletricidade, telégrafo e telefone.

administrativa que “visam criar utilidades em favor do corpo social por força direta da atuação estatal”. (*Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80-83).

²⁶ Para esta breve explanação a respeito da evolução da atividade prestacional do Estado, procurou-se o suporte da doutrina de Alexandre Santos de Aragão. (*Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008).

²⁷ A postagem deixou de ser, no século XVIII, um serviço exclusivo da Coroa, supondo a doutrina que o começo do correio vem a ser um dos primeiros serviços públicos.

Na terceira fase, e já adentrando o século XX, tendo como marco divisório a Primeira Guerra Mundial, a atividade de serviço público, até então prestada por particulares, passou a ser realizada diretamente pelo Estado, que os retomou através do processo da reversão ou de resgate devido ao descumprimento de certas concessões, principalmente aquelas relacionadas às estradas de ferro.

Ainda, na primeira metade do século passado, até aproximadamente o período que antecedeu à eclosão da Segunda Guerra Mundial, o Estado assumiu o desenvolvimento de atividades estritamente empresariais, no intuito de dinamizar a atividade industrial, então em crise, e a produção de bens. Nesse período, desenvolveu-se a idéia de municipalização e de nacionalização dos serviços públicos, que tem lugar até o final dos anos setenta do século XX.

Na sequência, é possível delinear uma quarta fase, que surge a partir do que a doutrina designou chamar de crise do Estado do bem-estar social²⁸, uma vez que o Estado agigantou-se em demasia, de tal forma que não conseguia mais gerir todas as atividades que abarcou, isto devido às dificuldades enfrentadas na prestação do serviço público e nas atividades econômicas empresariais estatais.

Assim, no início da década de 80 do século passado, a participação direta do Estado na prestação de serviços públicos sofreu um retrocesso, em razão do elevado déficit fiscal decorrentes de anos de investimentos estatais não lucrativos. Ademais, o avanço da tecnologia passou a criar novos mercados, surge a globalização²⁹ e a política neoliberal fomentadora de uma intervenção menor do Estado nas atividades econômicas.

²⁸ O Estado de bem-estar social, também denominado, sem alterações muito significativas, de *welfare state*, Estado social ou Estado intervencionista, caracterizou-se por um grande aumento do número de serviços públicos e atividades econômicas em geral exploradas pelo Estado, tendo havido um recuo do instituto da concessão, já que o Estado passou a assumir diretamente (inclusive por sua Administração Indireta) a sua prestação. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 40-41.

²⁹ ²⁹ A globalização, que no campo teórico recebeu várias denominações, tais como aldeia global, terceira onda, desterritorialização ou mundialização, trata-se, na realidade, de um processo cuja origem remonta ao século XV, com a expansão marítima e comercial européia, iniciada com a descoberta da América e a formação de colônias, importantes centros de atividades comerciais para o fortalecimento político dos colonizadores, porquanto eram fontes inesgotáveis de recursos econômicos. No século XIX, a globalização se desenvolveu ainda mais em consequência da Revolução Industrial e do surgimento de duas potências: Estados Unidos da América e Japão. Outro exemplo que antecede a atual globalização é a expansão européia (1860) na África e na Ásia, que eram fontes de matérias-primas para a produção de alimentos e também mercados consumidores. A expansão européia dos séculos XV a XIX, além de ser econômica e comercial, serviu para a imposição de interesses políticos, culturais e religiosos sobre as civilizações que se encontravam nos Continentes Americanos, Africanos e Asiáticos. Nos últimos anos do século XX, a idéia de globalização ressurgiu com força total, visando aumentar principalmente o consumo e fortalecer o capitalismo, que ingressou em um nova etapa no processo de produção após a queda do Muro de

A partir daí começa a ser desenvolvida uma política para a privatização do setor público, sob a justificativa de que seria esta a solução para a crise do Estado do bem-estar social. A prestação do serviço público, então, deveria retornar à esfera privada, que doravante se incumbiria de satisfazer as necessidades coletivas.

Contudo, mesmo que o Estado deixe de prestar diretamente alguns serviços públicos de relevância social, devido à concorrência globalizada e à necessidade de redução dos gastos com a atuação direta na economia, cumpre não se perder de vista que, justamente pelo caráter de relevância social, esses serviços têm como objeto bens de natureza restrita e que, por isso, necessitam de regulação.

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão³⁰ pontua que:

Essa é a forma que prevalece no mundo contemporâneo, inclusive no Brasil, sendo os serviços públicos um dos principais mecanismos de o Estado corrigir distorções efetivas ou potenciais na relação entre oferta e procura de bens e serviços essenciais para todos os cidadãos. Os serviços públicos têm como objeto bens escassos, via de regra, condicionantes da própria dignidade da pessoa humana, que se não passassem a ser da responsabilidade do Estado, ficando apenas sob a gestão da livre iniciativa, não seriam eficientemente fornecidos a todas as regiões e classes sociais do país.

Acrescente-se, por último, que essa atitude do ente estatal pode evitar que os indivíduos fiquem ao alvedrio das regras de mercado e da competitividade. Para tanto, será necessário que o Estado, ele mesmo, envide todos os esforços, com o intuito de garantir que toda a população tenha igual acesso aos serviços públicos, ao menor custo possível.

1.4 CONCEITO DE SERVIÇO

Conforme se consignou passos atrás, a tarefa de conceituar o serviço público é assaz dificultosa, mas, para alcançar os objetivos desta pesquisa, é

Berlim e a derrocada dos países que seguiam o sistema socialista implantado após a Revolução Russa de 1917. OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *Globalização da pobreza: impactos das políticas sociais no Estado neoliberal nas democracias dos países latino-americanos*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pet/LAB.2004>>. Acesso em: 05 jul. 2010.

³⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 39.

importante delinear os principais aspectos deste instituto, para, na sequência, analisar sobre quais serviços incidiria o CDC.

Fernando Herren de Aguiar³¹ observa que a dificuldade em se estabelecer conceito de serviço público consiste no fato de que se deseja definir algo cujo objeto oscila de acordo com o tempo e com as transformações sociais. Assevera que os autores tentam elaborar um conceito imune às mudanças, mas seu objeto é totalmente por elas atingido. Continua, ainda, dizendo que a grande dificuldade enfrentada por aqueles que pretendem conceituar serviço público é a dupla defasagem histórica desse serviço, revelada pela mutabilidade e pluralidade dos conceitos existentes e pela mutabilidade do objeto conceituado.

Eros Roberto Grau³² distingue noção e conceito, partindo da premissa segundo a qual, a significação do que seja serviço público não pode ser alcançada por um conceito. Anota, em seguida, que os conceitos são definidos de modo atemporal, portanto, imutáveis, invariáveis e imunes a ingerências externas. Já as noções não descartam o fenômeno da temporalidade, ao contrário, são receptivas a ele, permitindo um constante desenvolvimento. Para o autor, a noção jurídica é idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas, sendo, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas.

Dessas lições, infere-se que a dificuldade em conceituar o serviço público advém das mutações pelas quais estão sujeitas as atividades estatais no decorrer do tempo, porquanto o que hoje é assim considerado, futuramente poderá sofrer transformações que irão impactar a forma de prestação dos serviços públicos, o que conduz à inarredável conclusão de que o seu significado evolui no tempo. Portanto, impende compartilhar do entendimento de Fernando Herren de Aguillar³³, de que “muda aquilo que é considerado serviço público ao longo do tempo e mudam os conceitos de serviço público ao longo do tempo”.

Assim, diante do reconhecimento da doutrina majoritária, de que os serviços públicos sofrem o impacto das modificações sociais e das funções estatais e de que no seu conceito alguns elementos possuem elasticidade, como é o caso do interesse social, doravante, pode-se utilizar a terminologia conceito ou noção.

³¹ AGUILLAR, Fernando Herren de. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 114.

³² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 164.

³³ AGUILLAR, Fernando Herren de. *Controle social de serviços públicos*, p. 115.

Pois bem. A noção de serviço público se desenvolveu na França, fortalecendo-se com tamanha magnitude, que passou a fundamentar tanto o direito público como a servir de critério para a repartição de competências entre a jurisdição administrativa e o Conselho de Estado.³⁴

Os principais expoentes franceses da denominada Escola de Serviço Público, do início do século XX, foram Léon Duguit, seu fundador, e Gaston Jèze, que juntos formaram a base da noção de serviço público, que se alicerçou definitivamente no ordenamento francês. Os seus seguidores firmaram o entendimento de que o serviço público era a idéia central do direito administrativo, qual seja, a idéia de serviços aos administrados.

Léon Duguit³⁵ definia serviço público como:

[...] toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que não pode ser assegurado completamente, a não ser pela intervenção da força governante.

Em suma, afirmava que um serviço é considerado serviço público quando é organizado pelos governantes, que deve assegurar seu funcionamento ininterruptamente.³⁶

No entendimento de Gaston Jèze³⁷:

[...] dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação, regular e contínua, a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, quer dizer, um regime jurídico especial.

Portanto, toda vez que se está na presença de um serviço público, verifica-se a existência de um regime jurídico de direito público.³⁸

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 665, nota n. 4.

³⁵ DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed., Paris: E. de Boccard, 1928, t. 2, p. 61. “[...] toute activité dont l’accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l’accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale, et qu’elle est de telle nature qu’elle ne peut être réalisée complètement que par l’intervention de la force gouvernante”.

³⁶ DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, p. 61.

³⁷ JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, t. II, p. 4. “[...] decir que, em determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de derecho público, vale decir, um régimen jurídico especial”.

Jean Rivero³⁹, a propósito, faz a sua crítica aos autores franceses acima mencionados, afirmando que a também chamada Escola de Bordeaux:

[...] acreditou poder explicar todas as particularidades do direito administrativo pelas necessidades do serviço público; no entanto, cometeu o erro de não prestar atenção à exceção que acompanhava o princípio, quer dizer, a gestão privada dos serviços públicos, atribuindo assim ao princípio um alcance mais lato do que a jurisprudência lhe dava.

Denota-se, assim, que a idéia de serviço público como base do direito administrativo francês serviu para uma época em que só o Estado prestava serviço público, sendo, portanto, mais fácil a distinção entre serviços públicos e atividades privadas.

Para Alexandre Santos de Aragão⁴⁰:

O serviço público no Brasil expressa, em grande parte, a idéia francesa de serviço público, razão pela qual muitas das discussões existentes acerca do serviço público no direito brasileiro reproduzem discussões que originalmente se deram (e se dão) na França e em outros países sob sua influência cultural.

Odete Medauar⁴¹, estudando a evolução da noção de serviço público, pontifica que:

A partir de 1921, acentuando-se nos anos e décadas seguintes, começaram a surgir perturbações na identificação do serviço público, acarretadas por situações que envolviam elementos privados, tais como: gestão por particulares; serviço público realizado por normas de direito privado; Administração Pública exercendo atividades comerciais e industriais. Tais situações infirmaram a concepção da Escola de Serviço Público, levando, então, à chamada crise da noção de serviço público, nome dado à obra de Jean-Louis Corail, publicada na década de 50 do século XX. Alguns autores franceses, como Eisenmann, passaram a apregoar o fim da noção de serviço público ou da sua aposentadoria.

Não obstante a propalada crise, a noção de serviço público subsistiu para representar doravante a transformação da concepção oriunda da Escola de Serviço

³⁸ JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*, p. 4.

³⁹ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 191.

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 78.

⁴¹ MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*, p. 32.

Público, porquanto, na França, passou-se a admitir a gestão privada e a aplicação de normas do direito privado no regime jurídico do serviço público.

A década de 50 do século passado, marcada pelo início do intenso movimento estatizante, conduziu o Estado a absorver, em regime de monopólio, vários serviços públicos outrora executados pelo setor privado. Seguiu-se, a partir daí, um retrocesso no tema relativo ao serviço público.

Assim, com as transformações pelas quais passaram o Estado no decorrer do século XX, incluindo desde elementos econômicos até novos processos de aparelhamento na sua estrutura, houve a necessidade de reorganizar a função administrativa estatal, o que acabou por abalar o conceito de serviço público dado pelos autores clássicos.

A conseqüência lógica dessa evolução da atividade do Estado não foi a supressão da noção de serviço público, mas sim a sua mutação.

Na doutrina portuguesa, Marcello Caetano⁴² chama de serviço público: “[...] o modo de actuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida”.

As divergências entre os publicistas a respeito das várias concepções de serviço público somente puderam ser resolvidas pela adoção de três critérios distintos, adotados isoladamente ou em conjunto, com o intuito de definir o que vem a ser serviço público. Esses critérios são o subjetivo, o objetivo e o formal.⁴³

O critério subjetivo procurou levar em conta a pessoa prestadora do serviço público e, a partir daí, a atividade estatal seria o conjunto de pessoas e órgãos do Poder Público destinado a fornecer à coletividade os serviços a ela indispensáveis. De acordo com este critério, serviço público corresponde àquelas atividades prestadas pelo ente estatal.⁴⁴

Pelo prisma do critério objetivo, o serviço público pode ser entendido como uma atividade que abarca todas as demais atividades a cargo da Administração Pública, indispensáveis para atender às necessidades de interesse geral que ficariam prejudicadas, caso não houvesse a intervenção estatal. A noção de serviço público de Duguit, conforme consignado alhures, insere-se neste critério,

⁴² CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, t. II, p. 1.067.

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 559-562.

⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 559-562.

porquanto a sua idéia central era de uma obrigação que se impõe aos governantes.⁴⁵

A noção de serviço público, na ótica do critério formal, baseia-se no regime jurídico que rege a sua aplicação, ou seja, regime jurídico de direito público, caracterizado por regramento especial.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁶, citando Bernard Chenot, que no seu entender traduziu lapidarmente a concepção do critério formal, afirma: “Dizer que uma atividade é serviço público é dizer que está submetida ao regime de Direito Público”.

A conjugação dos três critérios mencionados, durante muito tempo foi suficiente para individualizar o serviço público, que corresponderia, então, ao complexo de atividades prestadas pelo Estado, objetivando satisfazer as necessidades de interesse geral, sob regime de direito público. Todavia, gradualmente, a partir de meados do século passado, o Estado passou a intervir em diversas áreas, causando impacto na definição clássica de serviço público, o que levou alguns publicistas a reacender novamente a discussão a respeito da crise da noção de serviço público.

Fato é que isso se deu em decorrência da delegação de atividades, pelo Estado, a pessoas de direito privado e também devido à participação do ente governamental em práticas relacionadas com a indústria e o comércio, áreas até então reservadas à iniciativa privada. Contudo, a evolução da atividade prestacional do Estado não causou o desaparecimento da noção de serviço público, ao contrário do que afirmavam alguns estudiosos, mas sim a sua transformação.

Se, por um lado, os critérios subjetivo e formal foram afetados, mediante a delegação de atividades estatais para entes privados e a prestação de alguns serviços sob regime parcialmente público, isso proporcionou uma nova visão desses mesmos critérios, mas não a sua exclusão.

Anota-se que, relativamente ao ordenamento brasileiro, os autores costumam basear-se nos critérios objetivo, subjetivo e formal para elaborar seus conceitos, alguns de forma mais ampla, outros de forma mais restrita.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 559-562.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 619, nota 11.

Assim, no Brasil, são adeptos da acepção mais ampla de serviço público José Cretella Júnior, Diógenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles, cujos conceitos serão apresentados na sequência.

José Cretella Júnior⁴⁷ ensina que serviço público é toda e qualquer atividade exercida pelo Estado, diretamente ou por quem lhe faça as vezes, com a finalidade de satisfazer necessidades públicas.

Nesse conceito, o doutrinador inclui todas as atividades do Estado, sejam elas decorrentes do exercício de funções estatais (administrativas, legislativa ou jurisdicional) ou não, defendendo claramente que o “serviço público pode ser administrativo, legislativo e judiciário”.⁴⁸

Diógenes Gasparini⁴⁹, por seu turno, assevera que os serviços públicos são as atividades prestadas pela Administração Pública ou seus delegados de comodidades materiais (fornecimento de energia elétrica e água domiciliar) e jurídicas (serviços cartorários), passíveis de utilização direta (transporte coletivo) ou indireta (segurança pública), de forma preponderante pelos administrados, sob um regime jurídico de direito público. Ficam excluídas, por consequência, as atividades exercidas pelo Legislativo e pelo Judiciário.

Compartilha, ainda, do amplo conceito, Hely Lopes Meirelles⁵⁰, para quem “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Analisando o conceito do administrativista acima citado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵¹ assevera que ele traz uma definição menos ampla do que aquela elaborada por José Cretella Júnior, porquanto ao se reportar à Administração Pública, afasta as atividades legislativa e judiciária, porém não distingue os serviços públicos de outras atividades administrativas, a exemplo do exercício do poder de polícia.

Por outro bordo, parte da doutrina opta por atribuir a serviço público sentido mais restrito. Entre os autores que perfilham este entendimento estão Celso

⁴⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. *Administração Indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 55-60.

⁴⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. *Administração Indireta brasileira*, p. 55-60.

⁴⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 296.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 332.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 99.

Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Odete Medauar, cujos conceitos também serão apontados a seguir.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁵² reconhece no serviço público a atividade prestada pelo Estado, direta ou indiretamente, que proporciona utilidade ou comodidade material capaz de atender a interesses da coletividade em geral, mas desfrutável diretamente pelos administrados, sob um regime de direito público. Sustenta o doutrinador, ainda, que o conceito de serviço público está amparado em dois elementos, quais sejam: o material e o formal.

Na continuidade da sua lição, o administrativista assevera que o elemento material é caracterizado pelo oferecimento de comodidade ou utilidade material, como fornecimento de água, luz, telefone, atividades colocadas à disposição dos administrados em geral – mas usufruíveis individualmente de *per se* – cuja titularidade o Estado assume em razão da sua importância para a sociedade em dado momento histórico. Por sua vez, o elemento formal implica a submissão do serviço público a regime jurídico administrativo e aos princípios dele decorrentes. O autor ressalta a fundamental relevância desse critério, porquanto de nada adiantaria qualificar determinada atividade como serviço público se ela pudesse ser prestada em regime de iniciativa privada, sem se ater a princípios publicistas do tipo supremacia do interesse público sobre o particular, impessoalidade, continuidade, modicidade das tarifas, entre outros.⁵³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁴ compartilha do entendimento do autor precedente com relação ao fornecimento de atividade material pelo próprio Estado ou por meio de seus delegados, no intuito de atender concretamente às necessidades coletivas, mas, por outro lado, entende ser possível o exercício do serviço público sob regime total ou parcialmente público.

No conceito de serviço público apresentado por Odete Medauar⁵⁵, denota-se que ela combate interpretação muito ampla de serviço público. Pondera a autora que é comum incluírem-se nesta expressão as atividades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, contudo, assevera que “[...] aí a expressão não se reveste de

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 665.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 669-669.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 99.

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 323-324.

sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como serviço público”.

Insta destacar, ainda, que a autora retrocitada reconhece no serviço público a atividade prestacional realizada no âmbito das atribuições da Administração Pública, qual seja, do Poder Executivo. Prossegue a sua explanação dizendo que chama atividade prestacional porque o Poder Público presta algo necessário à vida coletiva, proporcionando diretamente benefícios para os administrados (sejam prestações específicas para determinados indivíduos – água, energia elétrica e transportes urbanos – ou prestações genéricas – iluminação pública e limpeza urbana). Em contrapartida, as atividades-meio, por ela denominadas aquelas atividades instrumentais para o oferecimento de serviço público (por exemplo, arrecadação de tributos e vigilância de repartições), ficam fora desse conceito.⁵⁶

Segundo ensinamento de Eros Roberto Grau⁵⁷, o serviço público é uma atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público, porém sem exclusividade, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão e permissão, atribuindo a significação de gênero à atividade econômica, compreendida esta em duas espécies: o serviço público e a atividade econômica. O autor traça, assim, uma distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, pois compreende que o conceito de serviço público é aberto e que cumpre preenchê-lo com os dados da realidade, devendo sua significação ser resgatada da realidade social.

Dessume-se do quanto exposto até aqui, que o serviço público é passível de alteração no tempo e no espaço e que, por mais incessante que seja a busca por sua definição, é certo que o reconhecimento de certa atividade como serviço público decorre de uma escolha política inscrita no próprio texto constitucional e nas leis.⁵⁸

Assim, vê-se que não há serviço público por natureza, porquanto, seja para traçar seu conceito ou sua noção, há que se reconhecer a interferência de diversos fatores para que determinada atividade seja assim considerada.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 324-325.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 39.

⁵⁸ Dinorá Adelaide Mussetti Grotti averba que: “Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”. (*O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87).

Dessa feita, com as transformações pelas quais passou o Estado no decorrer do século XX, incluindo desde elementos econômicos até novos processos de aparelhamento na sua estrutura, houve a necessidade de reorganizar a função administrativa estatal, que abalou, indubitavelmente, o conceito de serviço público dado pelos autores clássicos.

Contudo, a consequência lógica da evolução da atividade prestacional estatal não foi o desaparecimento do serviço público, como já consignado, mas sim a sua evolução, que teve que passar por um processo de adaptação ao novo papel assumido pelo Estado a partir da última quadra do século passado.

1.5 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os estudiosos do direito administrativo formularam a classificação do serviço público, utilizando-se, para tanto, dos mais variados critérios.

Hely Lopes Meirelles⁵⁹ classifica os serviços públicos em: públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; *uti universi* e *uti singuli*. O autor entende, todavia, que devem ser considerados nessa classificação os seguintes critérios: essencialidade, adequação e os destinatários dos serviços. Denomina os serviços próprios de *uti universi* e os impróprios de *uti singuli*.

A classificação mais assente na doutrina, contudo, é aquela que divide o serviço público em próprios e impróprios, calcado no aspecto da essencialidade.

A propósito, Edmir Netto de Araújo⁶⁰ adota essa classificação. Quanto aos serviços públicos explica que, doutrinariamente, autores estrangeiros entendiam como serviços públicos próprios aqueles que o Estado assume e executa diretamente (por agentes de seus órgãos ou entidades), ou indiretamente (no regime de concessões). No tocante aos serviços públicos impróprios, comenta que a posição dos autores estrangeiros é a de incluir serviços que representem necessidades coletivas, não executadas pelo Estado, direta ou indiretamente, mas

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 333-334.

⁶⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração Indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 89.

que dependem, para o particular que os desempenhe, de regulamentação e/ou autorização do Poder Público.

José Cretella Júnior⁶¹ leciona sobre a classificação citada acima:

Serviços públicos próprios são aqueles que o Estado executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (regime de concessões). Serviços públicos impróprios são os que, embora atendendo às necessidades coletivas, como os anteriores, não são executados pelo Estado, nem direta, nem indiretamente, se bem que recebam autorização, permissão ou concessão do órgão estatal, a quem incumbe a tarefa de regulamentá-los.

No tocante a distinção de serviços públicos próprios e impróprios, esclarece o ainda autor:

Para determinar quando um serviço público deve considerar-se próprio, isto é, realizado pelo Estado, é necessário considerar o interesse jurídico relativo ao Estado, em seu conceito de necessária organização jurídico-política, e as necessidades dos habitantes, ou seja, a população, que é elemento essencial do Estado.⁶²

A Administração Pública, ao constituir um serviço público, tem a sua titularidade. Porém, poderá escolher a forma como se dará esta prestação, porquanto há serviços públicos que o Estado, forçosamente, há de executar, por si só, de forma direta, uma vez que não comportam especulação lucrativa e exigem, em algumas oportunidades, até coação física sobre os administrados, dos quais são exemplos a atividade jurídica e de segurança, bem assim a atividade do campo da ação civil, como a saúde pública.

Mario Masagão⁶³, dissertando a respeito, informa que há serviços que a Administração Pública pode preferir entregar a pessoas, físicas ou jurídicas, para geri-los, desde que preencham os requisitos exigidos para tal finalidade.

Dessa forma, os serviços públicos podem ser centralizados e descentralizados, prestados direta ou indiretamente.

Quanto à forma de prestação, o serviço público pode ser centralizado, quando é desempenhado pela Administração Direta: União, estado-membro, Distrito

⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 14. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 403-404.

⁶² CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, p. 403-404.

⁶³ MASAGÃO, Mario. *Natureza jurídica da concessão de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 23-25.

Federal e município. Dessa assertiva, extrai-se que o Estado é titular e prestador do serviço.

A centralização, no escólio de José Cretella Júnior⁶⁴, é, pois, a “convergência de serviços públicos no centro, nas mãos das pessoas jurídicas públicas políticas de existência necessária (União, Estados, Municípios), nos órgãos centrais”. A defesa do interesse público justifica a presença do Estado na prestação do serviço público.

Quanto à forma de prestação, o serviço público pode ser descentralizado, ou seja, quando o Poder Público transfere a titularidade ou a execução do serviço por meio da outorga ou da delegação a terceiros, que pode ser outra entidade ou pessoa, distinta da administração, ou seja, conforme lição de Edmir Netto de Araújo⁶⁵:

[...] desloca-se a atividade, ou tão somente o seu exercício, da Administração Pública central para outra pessoa jurídica, privada ou pública ou governamental: na nomenclatura do Decreto-lei n. 200/67, a primeira, sem sentido estrito, é a Administração Direta; a segunda refere-se à prestação de serviços de forma indireta, sob regime de concessão ou permissão.

No que tange à execução, o serviço público pode ser dividido em serviço público de execução direta e serviço público de execução indireta. O primeiro ocorre quando a pessoa responsável utiliza seus próprios recursos e meios para a prestação. São os denominados serviços em execução direta, aqueles que o responsável por seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente, por meio de órgãos ou por seus prepostos.⁶⁶ Por seu turno, o serviço público de execução indireta ocorre quando o responsável pela sua prestação transfere a terceiros esta função, devendo ser respeitadas as condições regulamentares. Para que o serviço público seja executado indiretamente, depende de sua natureza jurídica, porquanto há serviços em que não é admissível que seu executor seja substituído, como ocorre com a atividade jurisdicional e a segurança pública; e há outros que a própria outorga ou delegação proíbe que a execução seja dada a terceiro.⁶⁷

⁶⁴ CRETLLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, p. 94.

⁶⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração Indireta brasileira*, p. 25.

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 306.

⁶⁷ Diógenes Gasparini, explicando a forma de execução dos serviços públicos, afirma que: “Os serviços públicos de execução direta são aqueles oferecidos pela Administração Pública por seus órgãos e agentes”; os de execução indireta são os “oferecidos pela Administração Pública por seus

A CRFB, no que se refere à prestação de serviço público, escolheu a forma direta e indireta, diante do mandamento inserto no artigo 175, *caput*, nos seguintes termos: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Do preceito constitucional citado, ainda podem ser extraídas algumas diretrizes atinentes à prestação do serviço público. Primeiramente, deduz-se do mandamento constitucional que o regime jurídico do serviço público impõe obrigações e limites positivos e negativos de ação do Poder Público, nos três níveis diferenciados de poder – federal, estadual-distrital e municipal –, obedecendo-se o princípio federativo (art. 1º da CRFB), para a execução desses serviços e a satisfação de seus usuários.

Ainda, é possível extrair a diretriz segundo a qual o Poder Público continua sendo o titular do serviço público, regulamentando-o quanto ao seu objeto, a sua forma, a sua execução, a prestação do serviço pelo particular e as obrigações dos prestadores e dos seus usuários.

Em rigor, a prestação do serviço é o momento em que a administração age para o serviço chegar até o usuário, por intermédio da entidade pública ou por quem receba a delegação administrativa ou legislativa para tal mister. A outorga é exclusiva do executivo.

Em arremate, vale lembrar que o constituinte de 1988, além de determinar a forma de prestação do serviço público, direta ou indiretamente, centralizada ou descentralizada, não se olvidou de determinar quais os institutos que poderiam ser adotados, no caso de ser a prestação indireta, figuras clássicas⁶⁸ no modo de prestação dos serviços públicos, que são a concessão e a permissão.

órgãos e agentes”; e os de execução indireta são aqueles “prestados por terceiros” (*Direito administrativo*, p. 314-315).

⁶⁸ Não obstante o texto constitucional se referir à prestação do serviço de forma indireta por concessionários ou permissionários, encontra-se na Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões, e também nas Leis nºs. 9.472/97 e 9.427/96, que regulamentam, respectivamente, os serviços de telecomunicações e de energia elétrica, previsão do exercício destas atividades mediante o instrumento da autorização. Em outras atividades, a Administração Pública poderá recorrer aos institutos dos consórcios públicos, franquia, terceirização e arrendamento, que devido às suas especificidades não serão tratadas neste trabalho.

1.6 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos se submetem a determinados preceitos⁶⁹ e, dessa forma, têm-se princípios que além de ajudar na individualização desses serviços, buscam o seu perfeito funcionamento, sobretudo por estar presente na sua determinação o interesse público.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁷⁰ discorre a respeito desses princípios. Suas lições merecem ser transcritas:

Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Os serviços públicos, como outros institutos jurídicos, possuem princípios próprios⁷¹ que servem como balizadores das atividades do Estado ou de seus delegados e, ao mesmo tempo, garantem os direitos dos seus usuários.

Neste ponto do trabalho, pretende-se salientar os princípios inerentes aos serviços públicos em geral e, de forma especial, aqueles denominados de serviços impróprios ou *uti singuli*, por se entender que estes são passíveis de delegação à iniciativa privada.

O princípio da adequação dos serviços vem difundido em alguns dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, dispõe a CRFB, no artigo 175, parágrafo único, inciso IV, que a lei ordinária estabelecerá o detalhamento do

⁶⁹ De acordo com Hely Lopes Meirelles: “Os requisitos do serviço público ou de utilidade pública são sintetizados, modernamente, em cinco princípios que a administração deve ter presentes, para exigí-los de quem os presta: o princípio da *permanência* impõe continuidade no serviço; o da *generalidade* impõe serviço igual para todos; o da *eficiência* exige atualização do serviço; o da *modicidade* exige tarifas razoáveis; e o da *cortesia* traduz em bom tratamento para com o público. Faltando qualquer desses requisitos em um serviço público ou de utilidade pública, é dever da administração intervir para restabelecer seu regular funcionamento ou retomar sua prestação [grifo do autor]”. (*Direito administrativo brasileiro*, p. 337).

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 96.

⁷¹ Dinorá Adelaide Musetti Groti ensina que os princípios dos serviços públicos se relacionam com os fins do Estado e com os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB), bem como com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CRFB). (*Os serviços públicos na Constituição Federal de 1988*, p. 257).

serviço público adequado: “A lei disporá sobre a obrigação de manter serviço adequado”.

Pois bem. Atendendo aos reclames constitucionais, a Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) regulamentou as condições para a prestação dos serviços públicos sob o regime de concessão ou permissão. A mesma lei traz em seu bojo um conceito de serviço adequado, com destaque para os princípios que o norteiam: *litteris*: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de nas tarifas” (art. 6º, §1º)⁷².

Imperioso salientar, por pertinente, que o preceptivo acima, da Lei das Concessões, é de grande importância no encaminhamento do tema deste trabalho, pois complementa a norma do CDC, que traz em seu bojo a previsão de prestação de serviços públicos adequada, sem, contudo, definir o seu significado para fins de proteção do respectivo usuário-consumidor.

Na concepção de Dinorá Adelaide Mussetti Grotti⁷³, os princípios mais relevantes dos serviços públicos são os seguintes: continuidade, regularidade, igualdade (ou uniformidade), neutralidade, generalidade (ou universalidade), obrigatoriedade, mutabilidade (ou adaptação constante), modicidade, participação dos usuários, cortesia e eficiência e responsabilidade.

Importante anotar, em primeiro, que tendo em vista o tema deste trabalho, doravante a abordagem se encaminhará apenas para os princípios que guardam estreita relação com o seu objeto; em segundo, que as definições sobre referidos princípios, a seguir apresentadas, eis que não está contemplado no foco principal do estudo, baseia-se na doutrina de Dinorá Adelaide Mussetti Grotti.

O princípio da continuidade consiste no caráter indispensável e essencial do serviço público, o qual deve ser prestado sem interrupções. O princípio em tela será analisado, de mais detido, no último capítulo do presente trabalho, vez que está diretamente relacionado ao seu tema central.

O princípio da regularidade está intimamente relacionado à continuidade e pressupõe que os serviços devam ser prestados de acordo com as normas e

⁷² O art. 6º, inc. X, do CDC prescreve que um dos direitos básicos do consumidor é a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. O art. 22 do mesmo diploma legal determina que o Poder Público ou seus delegados são obrigados a fornecer serviços públicos adequados.

⁷³ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 255-259.

condições preestabelecidas para essa finalidade, ou de consonância com aquelas que lhes sejam aplicáveis.

O princípio da igualdade (ou uniformidade) adota critérios de razoabilidade e de proporcionalidade para estabelecer que os usuários, em situação semelhante, devem ter igual acesso à prestação dos serviços públicos. Referido acesso deve ser viabilizado a todos, mesmo àqueles usuários menos capacitados economicamente, em decorrência do caráter público e social dos serviços públicos, que não podem estar sujeitos somente às forças do mercado. Em decorrência deste princípio, encontra-se a motivação para a cobrança de tarifas diferenciadas de acordo com as condições socioeconômicas do usuário, conforme determinado no art. 13 da Lei nº 8.987/95⁷⁴.

O princípio da generalidade (ou universalidade) é corolário do princípio da igualdade. Significa que o serviço público deve atender, indistintamente, a todos os usuários que dele necessitam, independentemente de poder aquisitivo (Lei nº 8.987/95, art. 6º, §1º; Lei nº 9.074/95, art. 3º, IV).

Com relação ao princípio da modicidade, aplica-se àqueles serviços públicos remunerados por meio de tarifa. Modicidade, no entanto, significa ponderação, moderação, limite na cobrança da remuneração pela prestação dos serviços públicos. Desse modo, o princípio atribui ao prestador o dever de fixar valores que viabilizem o acesso ao serviço e sejam compatíveis com a sua natureza de caráter social.

A determinação do princípio da participação dos usuários garante a fiscalização e o controle da prestação dos serviços, com base no mandamento constitucional inserto no art. 37, §3º, inc. I.

A propósito desse princípio, o ente federativo competente para a prestação do serviço deverá dispor sobre as formas de participação mediante lei, as quais podem assumir aspectos distintos: ouvidorias, audiências públicas, consultorias públicas, entre outros.⁷⁵

⁷⁴ “Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.”

⁷⁵ A Lei nº 9.472/97, que regula os serviços de telecomunicações, prevê mecanismos de participação, controle e fiscalização (arts. 34, 42 e 45). Da mesma forma dispõe a Lei nº 9.427/96, que instituiu a ANEEL (art. 4º, §§ 1º e 3º).

De acordo com o princípio da cortesia, o agente público tem o dever de bem acolher o usuário e o público em geral. É, portanto, um princípio positivado (art. 6, §1º, da Lei nº 8.987/95), transcendendo a esfera moral.

Por fim, o princípio da eficiência, que foi introduzido na CRFB (art. 37, *caput*), por força da Emenda Constitucional nº 19/98, determina que o serviço público deve satisfazer as necessidades dos usuários de modo que os onere o mínimo possível, pautando a otimização na aplicação dos recursos públicos.

1.7 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.7.1 Os serviços públicos na Constituição Federal brasileira

O legislador constituinte de 1988 diferenciou serviço público de atividade econômica. De acordo com o estabelecido no artigo 175, vale frisar: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Cumprindo esse mandamento constitucional, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, regulamentou o citado artigo, bem como o seu parágrafo único.

A seu turno, o artigo 173 da CRFB atribui ao setor privado, precipuamente, a realização da atividade econômica, nos seguintes termos:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A partir de 1995, em decorrência das emendas das Emendas Constitucionais nºs. 5, 6 e 8 de 15/08/1995 e 9 de 09/11/1995, alguns monopólios acabaram sendo flexibilizados, no todo ou em parte, e desencadearam privatizações parciais de serviços públicos, o que veio a acarretar reflexos na interpretação do artigo 175.

José Afonso da Silva⁷⁶, com precisão, distingue atividade econômica de serviço público. A sua lição merece ser transcrita:

A atividade econômica no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa, sob a orientação de administradores da empresa privada. O serviço público é, por sua natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. O que se tem que destacar aqui e agora, é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no art. 21, XI e XII da Constituição Federal.

Entende-se, assim, a partir dos ensinamentos de autores de escol, que não se coaduna com o ordenamento brasileiro considerar o serviço público atividade econômica simplesmente, porquanto o art. 175, de forma inequívoca, atribui o serviço público ao Poder Público, podendo ser realizado pelo setor privado, mediante delegação, por meio dos institutos da concessão ou permissão. Infere-se, ademais, que o constituinte de 1988 fixou um vínculo de presença do Poder Público na atividade qualificada como serviço público, de forma mais ou menos intensa, mas sem afastá-lo completamente desta função.

Por outro bordo, verifica-se que alguns preceitos contidos no art. 170 da CRFB e destinados a nortear a atividade econômica, não se aplicam ao serviço público. É o caso da livre iniciativa, porquanto não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é informada pela livre iniciativa. A decisão de transferir a execução ao setor privado é sempre do Poder Público.

Nessa linha, tampouco se pode aplicar ao serviço público o disposto no parágrafo único do mencionado art. 170, uma vez que todos os serviços públicos prestados por particulares devem sê-lo mediante titulação, na qual está subentendido o consentimento do Poder Público, eis que expressa uma atividade submetida não às únicas leis do mercado, mas a regras de funcionamento do Estado, que impõem a este uma exigência. Anote-se que esse elemento de exigência é precioso porque é elemento de proteção de classes menos favorecidas e, em uma dimensão maior, é elemento de proteção de toda a coletividade.⁷⁷

⁷⁶ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 801-802.

⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *Serviços públicos e direito tributário*. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*, p. 35.

Por derradeiro, diante do enfoque perseguido no presente estudo relativamente ao direito do consumidor como usuário de serviço público, tal como disposto no artigo 22 do CDC, será objeto de abordagem pormenorizada no último capítulo deste trabalho.

1.7.2 A competência de cada ente federativo na prestação de serviço público

Registra-se, de plano, que a CRFB não traz em seu bojo o conceito de serviço público. No entanto, a par de estabelecer quais os serviços que considera público, dispõe a respeito da repartição de competência da sua prestação entre cada ente da federação, de forma exclusiva ou não.

Assim, União tem competência administrativa para prestar com exclusividade as atividades de comodidade e utilidade material fruível diretamente pelos particulares, conforme prevê o artigo 21 da CRFB, a saber: o serviço postal e o correio aéreo nacional (inc. X); serviços de telecomunicações (inc. XI); radiodifusão sonora de sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária; serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de estado ou território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres (inc.XII).

Os estados da federação, por seu turno, têm competência administrativa residual. A estes entes são reservadas as competências que não lhes sejam vedadas por imposição constitucional (art. 25, § 1º). Podem prestar, em conjunto com a União e com os municípios, os serviços de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros (arts. 21, XII e 30, V) e os de transporte ferroviário ou aquaviário entre municípios (art. 21, XII, d). E, ainda, de acordo com o art. 25, § 2º, é atribuição dos estados a prestação de serviços locais de gás canalizado.

Com relação aos municípios, a competência administrativa residual, outorgada pelo texto constitucional, cinge-se à prestação de serviços de interesse local, consubstanciado no transporte coletivo, de cunho essencial (art. 30, inc. V). No

que diz respeito ao Distrito Federal, abarca as competências reservadas aos estados e aos municípios (art. 32, §1º).

No tocante aos serviços de saúde e assistência pública, a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II); os serviços de oferecimento de meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. V); e os para promover os programas de moradia popular e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX), a CRFB prevê competências comuns a todas as pessoas políticas.

A lei infraconstitucional também pode instituir determinados serviços públicos.

Odete Medauar⁷⁸ cita como exemplo a Lei federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que indica os serviços de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações como serviços públicos.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁷⁹ assevera que entre os serviços que não podem ser serviços públicos e os serviços que o são obrigatoriamente existe “[...] a margem legal para definir os demais serviços públicos. Desde que não seja afrontada a orientação constitucional indicada, e o sentido corrente da locução atividade econômica, o legislador ordinário poderá criar outros serviços públicos”. E, ademais, analisa o autor:

É lógico, entretanto, que em despeito desta margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há que se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum de expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade. Por isso mesmo, não é total a liberdade do legislativo, sob pena de ser retirado qualquer conteúdo de vontade ao dispositivo da Carta Magna, tornando-a letra morta, destituída de qualquer valia e significado.⁸⁰

Diante da explanação acerca do serviço público, no capítulo seguinte, cumpre investigar como ocorre a sua delegação, por meio dos institutos da concessão e da permissão.

⁷⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 59.

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 686.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 686.

CAPÍTULO 2 – A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A delegação de serviços públicos tem fundamento no texto constitucional (art. 175)⁸¹, que determina serem a concessão e a permissão formas de delegação da execução de serviços públicos do Estado para entes da iniciativa privada.

Além disso, o legislador constituinte de 1988 determinou, no preceptivo citado, que o contrato de concessão e permissão deverá ser precedido de licitação, que é o procedimento que regula o modo de atuar da Administração Pública.

Importante mencionar que, não obstante o texto constitucional se referir à prestação dos serviços públicos de forma indireta por concessionários ou permissionários, na Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para outorgas e prorrogações das concessões e permissões, e também nas Leis nºs. 9.472/97 e 9.427/96, que regulamentam respectivamente os serviços de telecomunicações e de energia elétrica, encontra-se previsão do exercício destas atividades mediante o instrumento de autorização.

Ainda, em outras atividades prestacionais, a Administração Pública poderá recorrer aos institutos dos consórcios públicos, franquia, terceirização e arrendamento, que não serão abordados neste trabalho, já que não estão contemplados no escopo do tema escolhido, que busca, sobretudo, analisar os serviços públicos prestados por meio do instituto da concessão.

2.1 FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

No decorrer da história, o serviço público passou por muitas transformações que impactaram a sua operacionalização.

⁸¹ “Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

Para cumprir as suas funções precípuas, o Estado, personalizado nos distintos entes políticos da federação, precisou buscar novos formatos de organização. O intuito era assegurar o desenvolvimento de suas atividades prestacionais, sem descuidar da manutenção do vínculo orgânico que caracteriza a sua presença na prestação dos serviços públicos.

Ruy Cirne Lima⁸², lecionando sobre a descentralização dos serviços públicos, anota:

O crescimento da rede de serviços públicos, em proporções surpreendentes, nas últimas décadas, criou um problema, ao mesmo tempo, político e administrativo: político no que tange às restrições assim estabelecidas à liberdade individual; administrativo no que respeita à execução satisfatória dos serviços mesmos. Foi-lhe apontada a solução da descentralização. [...]

Feitas essas considerações, na próxima seção, passa-se a distinguir, então, as duas principais formas de prestação de serviços públicos: centralizada e descentralizada.

2.1.1 Prestação de forma centralizada

Caracteriza a forma de prestação centralizada aquela realizada pelos entes federativos, por meio de seus próprios órgãos. Em outras palavras, a Administração Pública Direta detém a qualidade de titular e é ao mesmo tempo a prestadora dos serviços públicos.

A Administração Direta poderá, todavia, prestar os serviços públicos de forma desconcentrada, ou seja, continua sendo a prestadora, mas por meio de um órgão que pertence à sua estrutura orgânica, dotado de especialização necessária ao oferecimento do serviço, que fica incumbido de tal mister.

Malgrado o fato de o ente político poder destacar algum órgão componente da sua estrutura organizacional para prestar determinado serviço público.

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

⁸² CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios do direito administrativo*. 7. edição, revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 404.

Marcello Caetano⁸³ não concorda com esta forma de prestação centralizada e faz a seguinte observação:

[...] essa forma de prestação – centralizada – não é adequada à prestação de cunho empresarial, característica dos serviços públicos econômicos, onde se demanda autonomia e agilidade de gestão só alcançáveis por pessoas jurídicas, não por meros órgãos.

Sobre a distribuição interna de competência e de serviço, a denominada “desconcentração”, Diogenes Gasparini⁸⁴ faz importante advertência no sentido de que não se pode confundi-la com a “descentralização”.

2.1.2 Prestação de forma descentralizada

Na prestação descentralizada, o Poder Público transfere a titularidade ou somente a execução do serviço, por meio da outorga ou delegação, à entidade da Administração Indireta ou a particular. Contudo, haverá transferência da titularidade e da execução do serviço se a entidade destinatária tiver personalidade jurídica de direito público, como ocorre com as autarquias e as fundações públicas de direito público.

Por outro bordo, se a entidade destinatária for pessoa jurídica de direito privado que integre a Administração Indireta, como ocorre com as fundações de direito privado, empresas públicas e sociedade de economia mista, ou não, como é o caso dos concessionários e permissionários de serviços públicos⁸⁵, a transferência será apenas da execução do serviço.

⁸³ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 235-237.

⁸⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 314.

⁸⁵ Não trataremos da autorização como forma de descentralização da execução de serviços públicos, porquanto compartilhamos do entendimento esposado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de que as autorizações não constituem instrumento de delegação de serviços públicos, mas sim regulação de atividade econômica. Assim explica a doutrinadora: “A autorização de serviço público (da mesma forma que a autorização e uso de bem público) é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo. Vale dizer que aquela mesma atividade que constitui serviço público propriamente dito, quando prestada diretamente pelo Poder Público ou apenas pelas concessionárias ou permissionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestada mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas [...]. Precisamente, por ser a autorização dada no interesse exclusivo do particular, não há necessidade de que sejam delegadas

Cumpra observar que nas duas hipóteses de descentralização do serviço público mencionadas haverá a presença de uma interposta pessoa entre a entidade política competente para o serviço e a figura do usuário deste mesmo serviço.

A transferência da execução do serviço público, ademais, pode ser feita por meio de lei, por contrato ou por ato administrativo, conforme entendimento que será apresentado mais adiante.

Assim, há outorga quando a transferência ocorre por lei à entidade criada por determinado ente federativo e integrante da sua Administração Indireta, seja ela autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista.

A seu turno, há delegação quando o Estado transfere, mediante contrato de concessão ou permissão, a execução do serviço a particular, mantendo, entretanto, as suas condições regulamentares e o controle da atividade prestacional.

A outorga, sendo oriunda da lei, tem, *a priori*, cunho de definitividade. A delegação, diante da sua gênese convencional e infralegal (Lei nº 8.987/95), deve ter prazo determinado desde o seu nascedouro, apesar de poder ser revogada ou modificada administrativamente. Nos dois casos, porém, o serviço continua sendo público e tão somente descentralizado.

2.2 ORIGEM DAS CONCESSÕES

Ainda que de maneira breve, há necessidade de percorrermos os principais momentos da evolução histórica do instituto da concessão, uma vez que, no dizer de Manoel Alonso Olea⁸⁶:

[...] provavelmente não existe instituição jurídica inteiramente compreensível sem uma exposição histórica de sua origem e desenvolvimento, porquanto são estes que determinam a forma como aquela instituição jurídica aparece estruturada e dão a razão de seus caracteres e peculiaridades. E mais: é o estudo histórico que dá base a definições que, de outra forma, pareceriam, se não artificiosas, pelo menos demasiadamente dogmáticas.

prerrogativas públicas. O Poder Público titular do serviço dá autorização com base no poder de polícia do Estado e, com base nesse mesmo poder, estabelece as condições em que a atividade será exercida e fiscaliza o exercício da atividade". (*Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 137-138).

⁸⁶ OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Porto Alegre: Sulina, 1969, p. 57.

Em obediência a este imperativo metodológico, é possível afirmar que a gênese do instituto das concessões remonta à Idade Média, quando os particulares começaram a prestar serviços públicos.

Alexandre Santos de Aragão⁸⁷, a respeito, pontifica:

O instituto da concessão, nas suas origens mais remotas e na Teoria Geral do Direito, remete à idéia de translação de um feixe de direitos de um sujeito, deles titular, a outro, que originariamente não tinha a possibilidade de exercer as faculdades correspondentes a tais direitos, de maneira que, com a concessão, amplia a sua esfera jurídica.

Mais adiante, o citado autor leciona:

Nas concessões de serviços públicos essa circunstância ampliativa é bem clara, já que possibilita ao concessionário o exercício de atividades públicas, não de atividades que já estão na órbita da livre iniciativa privada. Esse é o principal ponto de distinção em relação às autorizações e demais atos administrativos de polícia prévia, de fiscalização de atividades originalmente da própria esfera privada, que não possuem efeitos ampliativos da esfera jurídica.⁸⁸

Odete Medauar⁸⁹, a seu turno, afirma encontrar-se na Idade Média os antecedentes mais remotos das concessões:

[...] indicando como sendo estas à época senhoriais e reais. Especificamente sobre as senhoriais, ocorriam para transferência da administração de feudos ou para exploração de atividades em domínios pertencentes ao senhor feudal. No Século XVII, o termo concessão era utilizado para denominar atos de benevolência do soberano.

A seu turno, Rodolfo Barra⁹⁰ comenta que nessa época:

O Estado não era empresário, na realidade era repugnante que o fosse, porque significaria a traição aos postulados liberais nos quais se fundava. Assim, aparece (sob o aspecto de sua origem conceitual-jurídica, mas não necessariamente cronológico) a técnica da concessão de serviços públicos, que permite estender o campo da

⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 562-563.

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 563.

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 11-12.

⁹⁰ BARRA, Rodolfo C. *Hacia una Interpretación restrictiva del concepto de servicio público*. Buenos Aires. Editora La Ley, 1982, p. 366.

*publicatio*⁹¹, sem necessidade de ampliar desmesuradamente a presença do Estado na vida social. [Tradução nossa].

Ainda, sobre a origem das concessões, Odete Medauar⁹² relata:

Na França, no período do estado absoluto, registra-se a existência de contratos de gestão de serviços públicos, em que os representantes do Poder Público exercem poder de direção, baixam diretrizes, impõem unilateralmente acréscimos, podem rescindir o contrato. Os concessionários têm situação de sujeição, em benefício do serviço público. No séc. XVII, poucas são as garantias dadas aos concessionários. O quadro se altera no séc. XVIII, ampliando-se as garantias; já se prevêem direitos de indenização em caso de culpa da Administração, aumento de obra, rescisão unilateral sem culpa do concessionário, ocorrência de situações imprevistas.

A concessão, com as conotações atuais, existe e foi utilizada desde o século XIX, na Europa, sobretudo na França. Inicialmente, foi criada para serviços que exigiam grandes investimentos financeiros e pessoal técnico especializado, encargos estes que o Poder Público não podia assumir. As primeiras concessões destinaram-se, principalmente, a estradas de ferro, fornecimento de água, gás, eletricidade e transportes urbanos. A concessão tinha a característica da longa duração, para propiciar retorno do investimento aplicado.⁹³

No Brasil, as primeiras concessões surgiram durante o Império, em especial as ferrovias. A necessidade de sua regulamentação deu azo à edição da Lei nº 641, de 1852, que permitiu a construção e a exploração da primeira ferrovia no Brasil, ligando as províncias do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo.

Segundo Alexandre dos Santos de Aragão⁹⁴, a eletricidade aparece no final do Império. O autor ainda informa que:

No ano de 1883 surge a hidreletricidade no Brasil: mesmo não dispondo de um instrumento formal de concessão, um minerador constrói uma usina hidrelétrica no Ribeirão do Inferno, afluente do Rio Jequitinhonha, em Diamantina, Minas Gerais, para movimentar

⁹¹ Na *publicatio* (onde o Estado é titular da atividade de serviço público, com aplicação obrigatória de regime jurídico especial) é traço característico da concepção francesa de serviço público, profundamente arraigada no Brasil. Em termos opostos, nos países anglo-saxões, do *common law*, os serviços de interesse geral estão sujeitos a uma série de obrigações, mas não há *publicatio*, razão pela qual as denominadas *public utilities* não são equivalentes à noção europeia (e brasileira) de serviço público. Cf. MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. *Revista de Direito Eletrônico de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005, p. 14.

⁹² MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*, p. 12.

⁹³ MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*, p. 12.

⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 61.

duas bombas de desmorte hidrelétrico que, com jatos d'água, revolviam o terreno e propiciavam a descoberta de diamantes. No mesmo ano, os primeiros bondes elétricos começaram a circular em Niterói e em Campos. Também nessa Cidade, Campos, no Estado do Rio de Janeiro, era inaugurado o sistema de iluminação pública que, com trinta e nove lâmpadas, iluminava, pela primeira vez, uma Cidade na América do Sul.

Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar⁹⁵, discorrendo sobre a evolução do instituto da concessão, anotam:

Nos tempos do Estado-polícia, serviços essenciais eram considerados apenas a manutenção da segurança pública e a administração da Justiça. A revolução industrial, o aumento da população urbana, a Primeira Guerra Mundial, a crise de 1929, fizeram com que – mais e mais – o Estado fosse ampliando a sua atuação no meio social, passando a ser considerado como Estado-prestador de serviços, ingressando até em áreas que não lhe cabiam, necessitando da colaboração do empresário particular, ao mesmo tempo em que conservava a titularidade do serviço.

O processo de prestação de serviços públicos por particulares por meio da concessão continuou se expandindo no Brasil até a década de 1940, quando tem início o processo de estatização dos serviços públicos.⁹⁶

Apesar das vantagens trazidas pelas concessões, assiste-se ao seu declínio, com o processo de intervenção do Estado diretamente na economia, tomando para si a prestação dos serviços públicos.

Após a Segunda Guerra Mundial houve acentuada tendência estatizante e grande parte das atividades concedidas foi nacionalizada, culminando com a criação de empresas estatais, que passaram a absorver parte expressiva das concessões do setor privado. A partir daí, assiste-se ao surgimento de concessões outorgadas, não mais ao setor privado, nos moldes originários, mas a entes da Administração Pública Indireta ou descentralizada, empresas públicas e sociedades de economia mista.⁹⁷

⁹⁵ AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

⁹⁶ O instituto da concessão, no direito brasileiro, foi tratado nas Constituições de 1934 (art. 136), de 1937 (art. 146), de 1946 (art. 151), de 1967 (art. 160, I a III) e Emenda Constitucional nº.1, de 1969 (art. 167). Apesar de haver em alguns destes dispositivos constitucionais menção à legislação infraconstitucional para regular os serviços concedidos, não há notícias que tal fato tenha ocorrido, exceção feita ao Decreto-lei nº 2.300/86, que dispunha sobre as licitações e contratos da Administração Pública federal.

⁹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direitos dos serviços públicos*, p. 63-70.

A partir da década de 1980 ressurgiu o interesse pela concessão, só que em outro contexto, porém, sob a mesma justificativa que delineou o instituto no século XIX, ou seja, a execução dos serviços sem ônus financeiro para a Administração Pública.

Sobre o processo de desestatização, Alexandre Santos de Aragão⁹⁸, faz o seguinte comentário:

Com a crise do Estado de bem-estar social e os sucessivos déficits das empresas estatais, começou-se a viver, a partir da década de 80 do século passado, um retorno do pêndulo⁹⁹, um processo de desestatização com a alienação de estatais e a delegação de serviços públicos à iniciativa privada.

A respeito da retomada da transferência da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁰⁰ explica:

O instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos. Mas a concessão com o objetivo de privatizar é nova. A concessão renasceu com algumas modificações importantes, porque, no passado, em suas origens, a concessão de serviço público esteve fortemente ligada à outorga para certos empreendedores que queriam implantar o serviço monopólico.

Com a criação do Plano Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031/90, substituída posteriormente pela Lei nº 9.491/97, ficou previsto, de forma expressa, o seguinte: “ Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: [...] III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; [...]” .

Assim, com a privatização¹⁰¹ de várias empresas estatais, renasce o instituto da concessão, no bojo da tônica da redução do tamanho do Estado, com a transferência de atribuições e de encargos para o setor privado.

⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 565.

⁹⁹ Esse ir e vir da História foi descrito por Caio Tácito como retorno do pêndulo. (O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 721-733).

¹⁰⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 174.

¹⁰¹ A Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1999, trata da privatização de empresas estatais, que se processa pela venda de ações ao setor privado. Essa modalidade pode ser considerada privatização em sentido estrito. Em sentido amplo, pode ocorrer a privatização sob a roupagem de novas concessões, o que, na prática, restringe o campo de atuação do Poder Público. Os entes estatais

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A doutrina é dissonante a respeito da natureza jurídica da concessão, porquanto envolve interesses antagônicos, protagonizando, de um lado, o Estado e o interesse público, variável conforme as necessidades da coletividade, de outro, o particular que ingressa no negócio jurídico visando ao lucro, necessitando, para tanto, que lhe seja garantida segurança jurídica no intuito de obter retorno do aporte de capital investido durante a vigência da concessão.

Alexandre Santos de Aragão¹⁰² delinea as principais correntes a respeito da natureza jurídica da concessão, originárias das discussões travadas entre os doutrinadores sobre a natureza dos contratos administrativos em geral. Vejamos:

- 1) Ato Unilateral: porque todas as cláusulas da concessão seriam fixadas unilateralmente pela Administração Pública. A concordância do particular seria apenas uma condição da eficácia do ato, a exemplo do que ocorre em todo ato administrativo negocial.
- 2) Dois Atos Unilaterais: haveria o ato da Administração, fixando todas as cláusulas, e o ato do particular posterior concordando com elas.
- 3) Contrato de Direito Privado: não diferiria dos demais contratos do Direito Privado.
- 4) Contrato de Direito Público: teria uma formação bilateral, como qualquer contrato, mas seria regido por cláusulas exorbitantes típicas do Direito Administrativo.
- 5) Contrato de Direito Público e Privado: estaria sujeito parcialmente a ambas as searas do Direito. Quanto às cláusulas exorbitantes seria de Direito Público, em relação às garantias econômicas da concessionária seria de Direito Privado.
- 6) Teoria Mista: a concessão seria um ato unilateral¹⁰³ no que respeita às cláusulas regulamentares e um contrato em relação ao equilíbrio econômico-financeiro.

encarregados do serviço público privatizado têm reduzido seu objeto ou podem até mesmo ser extintos pela perda de objeto se não forem transformados em órgãos regulatórios ou fiscalizatórios da atividade particular.

¹⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 566-567.

¹⁰³ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello consigna que “[...] inexistente contrato administrativo; apenas alguns atos administrativos são complementados por contratos a respeito da equação econômico-financeira, que a eles se referem”. (*Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I, p. 611-612). Para Celso Antonio Bandeira de Mello: “Concessão é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar e de um ato-condição. O Estado fixa unilateralmente as condições a serem observadas pelo concessionário, que a

Malgrado a discussão doutrinária apontada pelo autor retrocitado, com suporte na lição de Hely Lopes Meirelles¹⁰⁴, entendemos que, hodiernamente, não se discute que a natureza jurídica da concessão de serviço público é a de “contrato administrativo”¹⁰⁵, bilateral, comutativo, remunerado e realizado *intuitu personae*”.

Muito embora o contrato de concessão não traga em seu bojo todas as condições pelas quais o serviço público será regido, elas poderão ser encontradas em leis ou regulamentos. Observe-se que a avença se perfaz com a concordância de ambas as partes contratantes – ente político concedente e concessionário –, que assumem o compromisso de zelar pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro, necessário à manutenção do negócio jurídico.

2.4 CONCEITO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Etimologicamente, a palavra “conceder”, da qual deriva concessão, significa permitir, facultar, dar, entregar, outorgar, admitir por hipótese, convir, anuir, concordar, isto é, a aquiescência de alguém que detém o poder ou o direito sobre algo (titularidade), para ação de outrem.¹⁰⁶

elas voluntariamente adere, com a finalidade de obtenção de lucro, uma vez assegurada a garantia econômico-financeira”. (Curso de Direito Administrativo, 26º ed. Ed. Malheiros: São Paulo, 2009. P. 696)

¹⁰⁴ LOPES, Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 263-264.

¹⁰⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que: “A concessão de serviço é um contrato administrativo pelo qual a administração delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”. (*Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77). Odete Medauar, por sua vez, perfilha o seguinte entendimento: “A concessão formaliza-se por instrumento contratual, sendo, portanto, um tipo de contrato administrativo. Assim, os preceitos gerais sobre os contratos administrativos aplicam-se a essa figura”. (*Concessão de serviço público*, p. 15). Marçal Justen Filho, por seu turno, apregoa: “A concessão comum de serviço público (denominada comum com a criação das chamadas parcerias público-privadas) é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento”. (*Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 623).

¹⁰⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração Indireta brasileira*. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 27.

A concessão¹⁰⁷ de serviço público é o modo de gestão de um serviço no qual uma pessoa de direito público (concedente) encarrega uma pessoa de direito privado (concessionário), por meio de um contrato, para gerir o serviço durante um período de tempo, por sua conta e risco, assumindo todos os encargos, mediante o direito de ser remunerado através de prestações pagas pelos usuários dos serviços públicos colocados à sua disposição.

Georges Vedel e Pierre Delvové¹⁰⁸, sobre a concessão, ensinam:

A concessão de serviços públicos se baseia em duas idéias antitéticas cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão, quais sejam, de um lado a idéia de um serviço público que deve funcionar de acordo com o interesse geral e sob a autoridade da administração; de outro, uma empresa capitalista, para quem interessa obter o máximo de benefícios. [Tradução nossa].

Renato Alessi¹⁰⁹ afirma que, na Itália, admite-se a existência de contratos regidos pelo direito privado, quando estejam em causa interesses patrimoniais do Estado, secundários, portanto, e não interesses públicos primários.

No Brasil, o conceito legal de concessões e permissões de serviços públicos é previsto no artigo 2º, II, da Lei nº. 8.987/95. De acordo com este dispositivo legal, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; [...].

Infere-se, assim, do conceito legal de concessão, as suas principais características, quais sejam: a) há um Poder Público concedente; b) a concessionária é pessoa jurídica ou consórcio de empresas que executa o serviço

¹⁰⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que, “[...] no curso de sua evolução, foi-se firmando a idéia de que o contrato de concessão, por ter por objeto a execução de um serviço público e visar, portanto, o interesse geral, deve ser essencialmente mutável e flexível, de modo a assegurar a continuidade na prestação do serviço”. (*Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 97).

¹⁰⁸ VEDEL, Georges; DELVOVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 12. ed. Paris: PUF, 1992, p. 712. – no original – “*La concession des services publics repose sur deux idées antithétiques qui constituent la totalité de la théorie du contrat de concession, à savoir, d’une part l’idée d’un service public qui doit fonctionner en conformité avec l’intérêt général et sous l’autorité du gouvernement; l’autre, un entreprise capitaliste, qui est interesse à obtenir Le maximum d’avantages*”.

¹⁰⁹ ALESSI, Renato. *Sistema listituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Dott. A.Giuffrè, 1971. v. 1, p. 329. – no original – “in Itália si accetta che ci sono dei contratti regolati per i diritti privati,

por sua conta e risco, por prazo determinado; c) a concessionária recebe remuneração diretamente do usuário, mediante pagamento de tarifas¹¹⁰, pelo serviço prestado; d) as normas de realização dos serviços são fixadas pelo concedente; e e) a concessão se formaliza por um instrumento contratual, sendo, portanto, uma espécie de contrato administrativo, o que autoriza a aplicação dos seus preceitos àquele instituto de delegação de serviços públicos.

Para regulamentar e dar cumprimento ao disposto no artigo 175 da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com as modificações apresentadas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, disciplinando o regime de concessão e permissão de serviços e obras públicas.

Por último, com o advento da Lei nº 8.987/95, fortalece-se a importância dos regimes de concessão e permissão, como instrumentos indispensáveis à parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, no objetivo de buscar a melhoria da prestação dos serviços públicos.

2.5 CONTRATO DE CONCESSÃO

Contrato de concessão é tema necessário à compreensão da delegação dos serviços públicos à iniciativa privada, que, no mais das vezes, formaliza-se por meio do contrato, indubitavelmente na modalidade de contrato administrativo.

Pois bem. Neste ponto impende analisar o contrato de concessão, justo para compreender melhor as razões que fundamentam a transferência da execução dos serviços públicos ao setor privado.

questo succede quando sono coinvolti diritti patrimoniali dello Stato, secondari dunque e no diritti publici primari”.

¹¹⁰ José dos Santos Carvalho Filho faz a seguinte ponderação: “A Constituição em vigor, diversamente da anterior, limitou-se a dizer que a lei reguladora das concessões deverá disciplinar a política tarifária (art. 175, parágrafo único, III). A despeito da simplicidade da expressão, não se pode deixar de reconhecer que o concessionário tem o direito subjetivo à fixação das tarifas em montante suficiente para ser devidamente prestado o serviço. A fixação das tarifas é o verdadeiro molde do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Exatamente por isso é necessária a sua revisão periódica para compatibilizá-la aos custos do serviço, às necessidades de expansão, aquisição do equipamento e ao próprio lucro do concessionário”. (*Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 413-414).

Alexandre Santos de Aragão¹¹¹ consigna que o contrato de concessão é o instrumento que define o serviço concedido, delimita a sua área, determina a forma e o tempo da sua exploração e estabelece os direitos e obrigações das partes e dos usuários do serviço.

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, no seu art. 23, estabelece as cláusulas necessárias aos contratos de concessão.

Alexandre Santos de Aragão¹¹², após acurada análise da citada lei, delinea as principais características dos contratos de concessão:

a) A tarifa a ser cobrada dos usuários¹¹³, via de regra, a principal fonte de remuneração da concessionária, é fixada durante o processo de licitação (art. 9º, Lei nº 8.987/95), de acordo com as normas prefixadas no edital, que pode inclusive predeterminá-las, deixando a competição apenas nos aspectos da técnica e/ou do valor da outorga (art. 15, Lei nº 8.987/95). Ao longo do contrato, manter-se-á também a prerrogativa do poder concedente reajustar e rever as tarifas de acordo com o estipulado no contrato.

b) A concessão não deve ser celebrada com caráter de exclusividade, salvo em caso de inviabilidade técnica ou econômica (art. 116, Lei nº 8.987/95). A regra é de extrema importância, já que inverte a lógica tradicional de os serviços públicos serem prestados em regime de exclusividade. Atualmente, o exclusivo é a exceção, devendo sempre ser cabalmente justificado inclusive à luz do princípio da proporcionalidade, no sentido de que cada restrição à pluralidade de concessionários só será legítima se, entre os meios adequados para realizar as finalidades do serviço público, for a menos restritiva da concorrência.

c) A Lei n. 8.987/95 não fixa prazo máximo para os contratos de concessão, mas eles devem ter prazos determinados, sendo inconstitucional a sua prorrogação diretamente por lei, e, ainda que feita pela Administração, exige-se que a prorrogação atenda a requisitos objetivos prefixados ou simplesmente seja instrumento de recomposição da equação econômico-financeira. A perenização ou perpetuidade da concessão equivale a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão.

Desse quadro delineado pelo citado autor, infere-se que o contrato de concessão, conforme a lei, é um documento escrito, que encerra a delegação do

¹¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 577.

¹¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 577-578.

¹¹³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro consigna que o usuário tem direito à prestação do serviço; se este lhe for indevidamente negado, pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação pelo concessionário; é comum ocorrerem casos de interrupção na prestação de serviços como os de luz, água, gás, quando o usuário interrompe o pagamento; mesmo nestas circunstâncias, existe jurisprudência não unânime no sentido de que o serviço, sendo essencial não pode ser suspenso,

poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e os deveres das partes e dos usuários do serviço público e, como é cediço, deve ser sempre precedido de licitação.

A propósito da extinção do contrato de concessão, Marçal Justen Filho¹¹⁴ faz a seguinte observação:

A natureza jurídica da concessão envolve a temporariedade do vínculo. Por isso, a destinação da concessão é extinguir-se, com o desaparecimento da relação jurídica entre as partes. Mas a extinção nem sempre reflete esse curso normal dos fatos, em que a relação jurídica atinge seu termo e se exaure automaticamente. Há outros casos, em que o término se produz antes do termo final contratual, em virtude de motivos específicos.

O contrato de concessão¹¹⁵ pode chegar a seu termo final por diversas maneiras, oportunidade em que cessam todos os seus efeitos no tocante a prestação do serviço público pelo concessionário.

O art. 35 da Lei nº 8.987/95¹¹⁶ preceitua as hipóteses de extinção da concessão: advento do termo contratual, encampação¹¹⁷, caducidade¹¹⁸, rescisão, anulação, falência e extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular.

cabendo ao concessionário cobrar do usuário as prestações devidas, usando das ações judiciais cabíveis. (*Direito administrativo brasileiro*, p. 295-296).

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões*. 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009, p. 568.

¹¹⁵ Vera Monteiro averba que: “A tradicional concessão de serviço público, entre nós regulada pela Lei nº 8.987/95, também é tida como uma avença que se submete à teoria clássica do contrato administrativo, incidindo sobre ela o regime de direito público porque: (a) a determinação exata do objeto é feita posteriormente à sua celebração, por atos administrativos unilaterais; (b) as pretensões da Administração se materializam em decisões autoexecutórias; e (c) é intangível o equilíbrio da equação econômico-financeira inicialmente estabelecido”. (*Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44).

¹¹⁶ O dispositivo tem a redação adiante reproduzida: “Extingue-se a concessão por: I – advento do termo contratual; II – encampação; III – caducidade; IV – rescisão; V – anulação e V – falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. §1º. Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato. §2º. Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários. §3º. A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis”.

¹¹⁷ A encampação é o nome dado pela doutrina à rescisão unilateral da concessão, antes do prazo estabelecido e equivale à retomada da execução do serviço pelo poder concedente, quando a concessão se revelar contrária ao interesse público, com o ressarcimento do concessionário. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 296).

¹¹⁸ Caducidade ou decadência é a modalidade de encerramento da concessão, por ato do concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do

Cumpra destacar, ainda, que em qualquer dos casos de extinção elencados no art. 35 da mencionada Lei nº 8.987/95, o poder concedente pode incorporar os bens do concessionário necessários à prestação do serviço público, desde que haja a devida indenização (art. 36), procedimento este denominado de reversão, cujo fundamento encontra suporte no princípio da continuidade do serviço público.

2.6 PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A Constituição Federal trata da permissão nos artigos 175 e 21, XI e XII, e a equipara à espécie de delegação de serviços públicos, ao lado da concessão, determinando que ambas devam ser precedidas de licitação.

A Lei nº 8.987/05 cuida da permissão de serviço público nos artigos 2º, IV, e 40, que segue, no que lhe for aplicável, os demais dispositivos que tratam da concessão.

O instituto da permissão é ato precário e unilateral¹¹⁹, mediante o qual o Poder Público transfere a prestação de serviço público. A permissão caracteriza-se por ser remunerada mediante tarifa e ter natureza *intuitu personae*.

Alexandre Santos de Aragão¹²⁰, discorrendo sobre a natureza jurídica da permissão, afirma que:

Após a promulgação da Constituição de 1988, antes mesmo da Lei nº 8.987/95, começou a se sustentar, contrariando a doutrina clássica, que a permissão de serviço público não seria mais um ato administrativo, mas sim um contrato, já que o art. 175 da Constituição trata as concessões e permissões de serviços públicos indiscriminadamente, dentro da mesma acepção contratual. Com isso, a permissão teria passado a ser, tal como a concessão, um contrato.

concessionário. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 743).

¹¹⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello considera imprecisão técnica do legislador constituinte de 1988 conferir à permissão a natureza jurídica contratual. O autor ainda critica o legislador infraconstitucional da Lei nº 8.987/95, que teria dispensado ao instituto tratamento grotesco e teratológico. (*Curso de direito administrativo*, p. 753).

¹²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 720.

Não obstante o mandamento constitucional, pode-se afirmar que teria havido impropriedade da lei, uma vez que o traço distintivo entre os dois institutos seria a natureza jurídica, de cunho contratual para a concessão e de caráter precário para a permissão.

Compartilha desse raciocínio Alaor Caffé Alves¹²¹:

A permissão, que envolve o permitente e a permissionária, é um ato administrativo – e não um contrato – e, como tal, ele é apenas de poder de império, unilateral. Apenas permite com a adesão do permissionário, mas, de resto, refere-se apenas à ação imperativa do titular do serviço. Só pode fazê-lo de forma precária, transitória e na escala das dimensões de urgência. Se uma empresa concessionária de serviço público não o está realizando adequadamente, pode o Estado entregá-lo provisoriamente a uma permissionária, até que tenha condições de novamente fazê-lo de forma mais articulada e extensa. Tudo se faz através de licitação, por exigência constitucional, o que inflexibiliza o instituto. A meu ver, a permissão deveria ser feita sem essa licitação, mas [a licitação] é o que a Constituição estabelece em seu artigo 175.

Entendimento diverso aponta que o texto constitucional deve ser interpretado literalmente, o que conduziria à inarredável conclusão de que a partir da Constituição Federal de 1988, a permissão teria alçado a natureza jurídica de contrato administrativo.

Nesse sentido, é a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho¹²²:

Basta verificar que o art. 175, *caput*, e parágrafo único, inciso I da Carta Magna, alterou a natureza jurídica da permissão, outorgando-lhe cunho contratual e eliminando, em princípio, qualquer distinção que pudesse ser feita entre esta e a concessão. Mesmo uma leitura gramatical do texto, evidencia as profundas alterações produzidas na natureza jurídica da permissão. Como dito, conceituada pela doutrina, como resultante de um 'ato administrativo unilateral, discricionário e precário', a permissão, instrumentalizada por contrato de natureza especial, passou a ter, no Brasil, cunho bilateral, sendo incontroverso que a subordinação de sua existência à licitação impõe, para sua outorga, procedimento administrativo eminentemente vinculado sob o prisma constitucional, pois a alteração produzida é visceral.

A Lei nº 8.987/95, editada para regulamentar a norma constitucional, parece que pôs fim à discussão travada entre os administrativistas a respeito da

¹²¹ ALVES, Alaor Caffé. Privatização dos serviços públicos. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 45/46, jan./dez. 1996, p. 21.

¹²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*. São Paulo, Ed. Associação dos Advogados de São Paulo, n. 107, ano XXIX, dez. 2009, p.158-159.

natureza jurídica da permissão. É que a citada lei, no art. 40, fixou que esta forma de delegação de serviço público se formaliza mediante contrato de adesão, pondo em relevo o caráter bilateral do instituto, peculiar à figura do contrato. Mesmo assim, causou espécie a alguns doutrinadores a opção feita pelo legislador infraconstitucional, como analisa José dos Santos Carvalho Filho¹²³:

A opção se nos afigurou infeliz e só aumentou a confusão entre os estudiosos e os administradores públicos, porque, na prática, desapareceu a diferença entre tais delegações. Como já foi dito, outrora qualificamos a permissão como ato administrativo, mas, tendo em vista o absurdo adotado pela lei, somos forçados a nos render à caracterização nela estabelecida, qual seja, a de contrato administrativo de adesão. O direito é lógica e precisão científica, e nada lhe é mais devastador do que a incongruência e a irrazoabilidade. Em suma, temos que a natureza jurídica da permissão de serviço público, *ex vi legis*, é a de contrato administrativo de adesão.

As peculiaridades trazidas pelos dispositivos da Lei nº 8.987/05 para as permissões, comparativamente às concessões de serviços públicos, na lição de Alexandre Santos de Aragão¹²⁴, são as seguintes:

- a) o permissionário pode ser pessoa física;
- b) não há referência expressa à necessidade de possuir prazo determinado (não quer dizer que as permissões possam se dar por prazo indeterminado);
- c) não demandam necessariamente a modalidade licitatória da concorrência, devendo o procedimento cabível ser determinado nos termos da escala de valores do art. 23 da Lei nº 8.666/93 (há também a possibilidade de adoção do leilão, nos termos da legislação do Programa Nacional de Desestatização – Lei nº 9.491/97);
- d) são qualificadas como contratos de adesão;
- e) são precárias e revogáveis;¹²⁵
- f) não há previsão de permissões de obras públicas.

Assim, cumpre afirmar que à permissão, devido à sua natureza contratual conferida pelo legislador constituinte, aplicam-se-lhe as regras e as garantias instituídas para a concessão.

Por derradeiro, ao ensejo de finalização desta seção, oportuna se mostra a seguinte advertência de Romeu Felipe Bacellar Filho¹²⁶:

¹²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 450-451.

¹²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 719.

Significativa é a constatação de que a delegação, como repasse, como terceirização da atividade, não lhe retira a caracterização de 'serviço público', sendo plausível que, em caso de má prestação, desvirtuamento dos objetivos ou inadimplência do agente delegado, o Poder Público disponha de um verdadeiro arsenal para a retomada das atividades. De suma importância, pois, que os sistemas de controle, fiscalização e normatização das atividades – por meio das Agências Reguladoras – funcionem a contento, isto é, com eficiência.

Destarte, compartilhamos do pensamento do autor acima, relativamente ao papel das agências reguladoras frente aos delegatários de serviços públicos, notadamente na proteção dos usuários destes serviços, tema que será abordado com maior detença no capítulo destinado às aquelas agências.

¹²⁵ O legislador, ao estabelecer, na Lei nº 8.987/95, que a permissão é precária e revogável, usou estes termos com o intuito de deixar claro que a extinção das permissões, ainda que antes do prazo estabelecido, não gera direito a indenização contra o Estado.

¹²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*, p. 159-160.

PARTE II

OS SERVIÇOS PÚBLICOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CAPÍTULO 1 – SERVIÇOS PÚBLICOS E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

1.1 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ESCORÇO HISTÓRICO, POSTULADOS BÁSICOS E PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

1.1.1 Sociedade de consumo e Código de Defesa do Consumidor

Propedeuticamente, antes da abordagem do surgimento do CDC, cumpre rememorar a gênese do movimento consumerista, que remonta ao início do desenvolvimento dos mercados de consumo e sua expansão, nos quais se verificou a necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos de defesa dos consumidores.

Estudando a origem da sociedade de consumo¹²⁷, Neil MacKendrick¹²⁸ credita o seu surgimento à Revolução Industrial, que teria desencadeado a revolução do consumidor, ocorrida na Inglaterra no século XVIII. Nas palavras do autor:

A revolução do consumo foi o lado da demanda análogo ao da oferta proporcionada pela Revolução Industrial. Todas as classes participaram desta revolução, caracterizada por uma nova prosperidade e novas técnicas de produção e de marketing. A revolução do consumidor é decisiva na história da experiência humana. [Tradução nossa].

¹²⁷ Expressão alcunhada por Jean Baudrillard. (*La société de consommation*. Paris: Denoël, 1970, p. 152).

¹²⁸ MACKENDRICK, Neil. *The consumer society*. Bloomington: Indiana University Press, 1982, p. 38. “Both the industrial ad consumer revolutions took place in the United Kingdom during 18th century. The consumer revolution was analog to the new products availability created by the industrial one. All the social classes had a major participation in this revolution that was market by a new age of prosperity, new production methods and marketing. The Consumer revolution is decisive in human experience”.

Assim, é certo afirmar que a sociedade de consumo surgiu entre os séculos XVIII e XIX. Todavia, com relação às primeiras entidades de defesa dos consumidores, a história é mais recente, uma vez que apareceram somente no início do século XX e as primeiras leis de cunho protetivo após a década de 1920. Nos denominados países de primeiro mundo, a proteção aos consumidores começou de forma incipiente no começo do século XX, aflorou após a Segunda Guerra Mundial, com o crescimento da sociedade de consumo, firmando-se somente no último quartel do século XX.¹²⁹

Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz¹³⁰, estudando o movimento consumerista, asseveram que: “Os anos 1970 e 1980 testemunharam a eclosão e a multiplicação de organizações de defesa e regras protetivas, tanto na França como nos países vizinhos” [Tradução nossa].

A seu turno, na doutrina portuguesa, Carlos Ferreira de Almeida pontifica que os anos 1970 foram de suma importância para a formação de um movimento de defesa do consumidor:

A qualidade de vida – de que a proteção dos consumidores é o aspecto material mais relevante – constitui a finalidade do desenvolvimento, tema e razão de ser de algumas organizações internacionais de incidência econômica. Naturalmente que os problemas dos consumidores haveriam de preocupar as instituições européias que, em especial, nos primeiros anos da década de 70 assumiram a liderança das intenções desenvolvimentistas.¹³¹

No escólio de Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz¹³², a proteção dos consumidores é o resultado do fato de ter havido, após a Segunda Guerra Mundial, um enorme desenvolvimento da chamada sociedade de consumo, como nunca visto. Conforme noticiam os autores:

¹²⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*, Ed. Atlas: São Paulo, 2009, 12-13.

¹³⁰ AULOY, Jean Calais; STEINMETZ Frank. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 2. “*Quelques années plus tard, les pays d’Europe occidentale ont eux aussi pris conscience des dangers courus par les consommateurs. Les années 1970 et 1980 ont vu l’éclosion et la multiplication, en France comme dans les pays voisins, d’organismes de défense et de règles protectrices*”.

¹³¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos do consumidor*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 35.

¹³² AULOY, Jean Calais; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*, p. 1. “*C’est à partir des années 1960 que les consommateurs posèrent, à leur tour, un problème de société. Cette époque correspond pourtant à un développement économique sans précédent, qui multiplie les biens et les services proposés aux consommateurs. Mais elle correspond aussi à l’accroissement de la taille des entreprises, à la complexité plus grande des produits et des services, au développement du crédit, de la publicité et du marketing. Par là s’accroît le déséquilibre entre les partenaires économiques: les professionnels se trouvent de plus en plus en position de force vis-à-vis des consommateurs*”.

É a partir dos anos 1960, que os consumidores tornam-se, por sua vez, um problema social. Esta época corresponde, no entanto, a um desenvolvimento econômico sem precedente, que multiplica os bens e serviços oferecidos aos consumidores. Mas ela corresponde também ao crescimento da estrutura das empresas, à maior complexidade de produtos e serviços, ao desenvolvimento do crédito, do *marketing*. Por este fato cresce o desequilíbrio entre os parceiros econômicos: em relação aos consumidores, os profissionais se encontram cada vez mais em posição superior. [Tradução nossa].

Newton de Lucca¹³³ também descreve este período:

É mais ou menos a partir das décadas de 50 e 60 do século XX, com o crescimento impressionante das macro-empresas e com a sofisticação dos produtos e dos métodos de produção, que a grotesca idéia da 'ditadura do consumidor' foi paulatinamente sendo posta a nu, tornando-se claro e incontroverso que os consumidores estavam mais para 'escravos' do que, evidentemente, para suseranos.

No ocidente capitalista, os Estados Unidos foram o país que liderou as significativas mudanças atinentes à disciplina das relações de consumo. Especialmente no ano de 1962, a discussão se avultou, quando o então Presidente John F. Kennedy encaminhou mensagem¹³⁴ ao Congresso, contendo disposições específicas, no intuito de promover a proteção dos interesses do consumidor. Esta atitude acabou consagrando o direito à segurança, à informação, o direito de ser ouvido e o direito de escolher como direitos básicos do indivíduo, considerado a parte mais vulnerável do liame jurídico-consumerista.¹³⁵

A proteção jurídica alçada pelo consumidor adveio da percepção dos efeitos do modo de desenvolvimento dos mercados de consumo e passou a constituir tema de interesse supranacional, contando com efetivo auxílio e participação de expressivo número de nações, apoio que culminou com a aprovação

¹³³ LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Edipro, 2000, p. 20.

¹³⁴ Esta mensagem parte de uma constatação que se tornou símbolo para todo o movimento. Disse, à época, o Presidente John F. Kennedy, em mensagem ao Congresso dos Estados Unidos: "Consumidores, por definição, somos todos nós. Eles são os maiores grupos econômicos na economia, afetando e sendo afetados por quase toda decisão econômica pública ou privada. Os consumidores respondem por dois terços de tudo gasto na economia. Mas eles são o único grupo importante na economia que não são efetivamente organizados, cuja opinião freqüentemente não é ouvida" [Tradução nossa]. Cf. PUBLIC PAPERS OF THE PRESIDENTS. *Special Message to the Congresso on Protecting the Consumer*. March 15, 1962, p. 235. "Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard".

da Resolução nº 2.542 (11/12/1969), ao ser proclamada a Declaração das Nações Unidas para o progresso e desenvolvimento social.¹³⁶

Em 1973, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) avança mais no sentido do reconhecimento expresso dos direitos fundamentais e universais do consumidor.¹³⁷

Oportuna, assim, é a observação de Gabriel A. Stiglitz e Rubén S. Stiglitz¹³⁸:

Histórica e universalmente, o movimento de proteção jurídica do consumidor inicia seu desenvolvimento através da formulação de diversas declarações de direitos fundamentais dos consumidores. É o primeiro resultado de uma evolução superadora das concepções do direito tradicional. Mas a declaração dos direitos do consumidor, por si, não passa de constituir apenas um marco para o desenvolvimento de um verdadeiro sistema de proteção, que requer adicionalmente a formulação de normas especiais, protetoras, preventivas, efetivas e coletivas, e de políticas governamentais concretas e particularmente dirigida aos consumidores com maiores carências econômicas e sociais. [Tradução nossa].

Em 1985, por meio da Resolução nº 39/248/85¹³⁹, a ONU fixou algumas normas protetivas do consumidor, denotando especial atenção ao tema, pois reconheceu de forma explícita a existência de desequilíbrios econômicos e

¹³⁵ SIDOU, Oton, *Proteção ao Consumidor*, Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1977, p. 13.

¹³⁶ ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª. ed., Ed. Saraiva, 2010, 21.

¹³⁷ ALMEIDA, João Batista. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª. ed., Ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 21.

¹³⁸ STIGLITZ, Gabriel A; STIGLITZ Rubén S. *Derechos y defense del consumidor*. Buenos Aires: La Rocca, 1994, p. 25. "*Histórica y universalmente, el movimiento de protección jurídica del consumidor inicia su desarrollo a través de la formulación de diversas declaraciones de los derechos fundamentales de los consumidores. Es el primer resultado de una evolución superadora de las concepciones del derecho tradicional. Pero la declaración de los derechos del consumidor, por sí, no pasa de constituir apenas un marco para el desenvolvimiento de un verdadero sistema de protección, que requiere adicionalmente la formulación de normas especiales, protectoras, preventivas, efectivas y colectivas, y de políticas gubernamentales concretas y particularmente dirigidas a los consumidores con mayores carencias económicas y sociales*".

¹³⁹ João Batista de Almeida leciona que a Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu expressamente que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo. Assevera que tais normas, de acordo com a ONU, teriam os seguintes objetivos: "a) auxiliar países a atingir ou manter uma proteção adequada para a sua população consumidora; b) oferecer padrões de consumo e distribuição que preencham as necessidades e os desejos dos consumidores; c) incentivar altos níveis de conduta ética, para aqueles envolvidos na produção e distribuição de bens e serviços para os consumidores; d) auxiliar países a diminuir práticas comerciais abusivas usando de todos os meios, tanto em nível nacional como internacional, que estejam prejudicando os consumidores; e) ajudar no desenvolvimento de grupos independentes e consumidores; f) promover a cooperação internacional na área de proteção ao consumidor; e g) incentivar o desenvolvimento das condições de mercado que ofereçam aos consumidores maior escolha, com preços mais baixos. (Res. 39/248/85, item 1)". (*Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21).

educacionais que, de uma forma ou de outra, atingem os consumidores, mormente pela inevitável vulnerabilidade frente ao fornecedor. Ademais, observe-se que nesta resolução encontra-se a origem dos direitos básicos do consumidor.¹⁴⁰

Acrescente-se que a mencionada Resolução nº 39/248/85, além de representar um grande avanço para a defesa do consumidor, tem caráter principiológico, na medida em que, a partir da sua vigência, os dirigentes estatais têm o compromisso de desenvolver e manter uma política adequada ao atendimento das necessidades do consumidor, como por exemplo, facilitar o acesso às informações corretas a respeito dos produtos, com a finalidade de capacitá-los a fazer escolhas de acordo com seu efetivo desejo individual.¹⁴¹

A esse respeito, João Batista de Almeida¹⁴² faz a seguinte ponderação:

O elogiável trabalho da ONU não constitui, todavia, iniciativa isolada e pioneira, mas resultado de constante verificação dos problemas que afligiam os consumidores e de como se processavam os mecanismos de proteção nos países, notadamente os da Europa. Antes mesmo da manifestação da ONU, diversos países já cuidavam do tema, quer elaborando legislação pertinente quer criando órgãos que pudessem garantir efetivamente a sua proteção.

A temática relativa à defesa dos consumidores se fez presente também na Europa, praticamente em todos os países, conforme relata Othon Sidou¹⁴³:

A partir de 1971, o Comitê Europeu de Cooperação Jurídica, por intermédio de um Subcomitê de Proteção Legal ao Consumidor, realizou ampla investigação sobre o assunto, chegando à conclusão de que todos os países demonstraram estar dele cuidando legislativa e administrativamente, havendo organizações privadas e órgãos públicos legitimados a atuarem em juízo em defesa dos consumidores. Com o surgimento da Comunidade Européia o direito comunitário europeu conheceu as Diretrizes 84/450 (publicidade) e

¹⁴⁰ João Batista de Almeida leciona que a Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu expressamente que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo. Assevera que tais normas, de acordo com a ONU, teriam os seguintes objetivos: “a) auxiliar países a atingir ou manter uma proteção adequada para a sua população consumidora; b) oferecer padrões de consumo e distribuição que preencham as necessidades e os desejos dos consumidores; c) incentivar altos níveis de conduta ética, para aqueles envolvidos na produção e distribuição de bens e serviços para os consumidores; d) auxiliar países a diminuir práticas comerciais abusivas usando de todos os meios, tanto em nível nacional como internacional, que estejam prejudicando os consumidores; e) ajudar no desenvolvimento de grupos independentes e consumidores; f) promover a cooperação internacional na área de proteção ao consumidor; e g) incentivar o desenvolvimento das condições de mercado que ofereçam aos consumidores maior escolha, com preços mais baixos. (Res. 39/248/85, item 1)”. (*Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21).

¹⁴¹ ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 21.

¹⁴² ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*, p. 23.

¹⁴³ SIDOU, Othon. *Proteção ao consumidor*. São Paulo: Forense, 1977, p. 55.

85/347 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo), fontes de inspiração do Código Brasileiro.

O Brasil, a seu turno, já sofria o impacto da intervenção do Estado nas relações privadas, de forma que, o conceito clássico de contrato não mais se coadunava com a realidade cambiante. Admitia-se, paulatinamente, o esvaziamento do Código Civil de 1916, com o advento de uma série de transformações legislativas.

Adalberto Pasqualotto¹⁴⁴ descreve o impacto dessas mudanças:

Assim, no direito de família, refletindo mudanças dos costumes. Também a concentração urbana, ditando a necessidade de sucessivas leis especiais de inquilinato. No setor habitacional, um complexo sistema foi estruturado para proporcionar acesso à casa própria, com articulação de diversos negócios jurídicos, desde a incorporação imobiliária até o financiamento aquisitivo através do mútuo bancário, além dos seguros com função de garantia do mutuante e quitação em favor dos beneficiários do mutuário.

Destarte, a consolidação da sociedade capitalista¹⁴⁵, a partir da criação de um mercado de bens de consumo, deu azo aos primeiros movimentos organizados de fornecedores e consumidores, porquanto as normas de cunho individualista já não mais ofereciam respostas e soluções aos problemas da nova sociedade massificada¹⁴⁶, em que a produção em larga escala e a concorrência¹⁴⁷ criavam, por meio da informação e da publicidade, necessidades inéditas aos indivíduos.

Na avaliação de Mauro Cappelletti¹⁴⁸:

¹⁴⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: _____; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellano (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetria*. São Paulo: RT, 2005, p. 131, 132.

¹⁴⁵ Capitalismo é o sistema econômico que se caracteriza pela propriedade privada dos bens de produção.

¹⁴⁶ Também denominada de técnica, pós-industrial, de informação, de comunicação, de consumo entre outros qualificativos. A sociedade de consumo, aspecto relevante da sociedade de massas, fundamentada na relação jurídica de consumo, apresenta quatro características básicas: a) anonimato de seus atores; b) a complexidade e a variabilidade de seus bens; c) o papel essencial do marketing e do crédito; d) a velocidade de suas transações. Cf. VASCONCELLOS, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 349).

¹⁴⁷ Newton de Lucca assevera que a concorrência é a competição entre diversos agentes econômicos que atuam no mercado. (*Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 193).

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista Forense*. Editora Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 310, ano 1990, p. 53. O artigo publicado na citada revista alude à tradução da conferência proferida em 21.09.1990, no encerramento do II Congresso Internacional de Direito do Consumidor.

[...] uma sábia política de proteção dos consumidores, longe de ser instrumento de distorção do mercado, constitui, com a política tendente a assegurar a livre concorrência, instrumento hoje imprescindível para garantir a efetiva liberdade do mercado. Com efeito, uma sábia política de proteção dos consumidores tende a restabelecer o equilíbrio perdido, restituindo ao consumidor aquela efetiva capacidade de escolha que serve, precisamente, de guia e de estímulo para o produtor, assegurando, assim, no interesse comum, a eficiência da economia.

No Brasil, a mudança legislativa tão almejada quanto necessária, somente foi sentida a partir da promulgação da Constituição Federal, no ano de 1988, eis que, até então, apenas a legislação infraconstitucional¹⁴⁹ e a jurisprudência cuidavam das modificações mais importantes atinentes à defesa do consumidor, distanciando-se cada vez mais das disposições do Código Civil de 1916.

O constituinte de 1988¹⁵⁰, na esteira do consenso mundial de que os consumidores deveriam merecer proteção constitucional, trilhando o caminho traçado pelos outros países¹⁵¹, de prever em seus ordenamentos jurídicos a tutela dos consumidores¹⁵², erigiu a defesa do consumidor ao patamar de princípio

¹⁴⁹ Em 1978, surgiu, em âmbito estadual, o primeiro órgão de defesa do consumidor, o Procon – Grupo Executivo de Proteção e Orientação ao Consumidor de São Paulo, criado pela Lei nº 1.903, de 1978. Em âmbito federal, só em 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (Decreto nº 91.469). A partir daí passos importantes foram dados. Em 24/7/1985, foi promulgada a Lei nº 7.347, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, além de outros bens tutelados, iniciando, dessa forma, a tutela jurisdicional dos interesses difusos em nosso país. Na mesma data foi assinado o Decreto federal nº 91.469, alterado pelo de nº 94.508, de 23-6-1987, criando o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDF), que tinha como função assessorar o Presidente da República na formulação e condução da política nacional de defesa do consumidor, com competência bastante extensa, mas sem poder coercitivo. Tal órgão colegiado foi extinto no início do Governo Collor de Melo e substituído por outro singular, o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, subordinado à SNDE, na estrutura do Ministério da Justiça. Ganhou-se em termos de agilidade e de uniformidade de procedimento em relação à área de defesa econômica; perdeu-se em representatividade no que se refere à participação dos órgãos estaduais e municipais, das entidades privativas de defesa do consumidor e da sociedade civil. (Conar, OAB, Confederação do empresariado: indústria, agricultura e comércio), que integravam o extinto Conselho). Cf. ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*, p. 26-27.

¹⁵⁰ A Constituição brasileira adota o modelo, designado por Canotilho, de constituição dirigente. Observa o autor, que nela se encontra um programa de ações e linhas de orientação dirigidos ao Estado, com vista a desenvolver a função social. Porém, deve-se esclarecer que, atualmente, com a reforma do Estado imposta pelos governos, há necessidade de rever o conceito de constituição dirigente CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 201.

¹⁵¹ Newton de Lucca explica que são poucos os países que inseriram na Constituição disposições em favor dos consumidores. Na Europa, Portugal e Espanha o fizeram expressamente. Na América do Sul, o Peru e o Brasil. (*Direito do consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas*, p. 173).

¹⁵² Ronaldo Porto Macedo Jr. consigna que: “A história do direito do consumidor está associada diretamente ao surgimento dos mercados de massa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, período em que houve uma expansão no consumo de bens duráveis jamais vista na história do capitalismo. Especialmente neste período, viu-se desenvolver, de maneira bastante generalizada entre as economias capitalistas mundiais, a ‘sociedade de consumo’ nos padrões pioneiramente estabelecidos nos Estados Unidos e rapidamente acompanhada pelas demais sociedades capitalistas

constitucional. Assim, a proteção do consumidor alçou a condição de direito fundamental (CRFB, art. 5º, XXXII) e princípio da ordem econômica (CRFB, art. 170, inciso V).

No título destinado à Ordem Econômica, a defesa do consumidor é apresentada com uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia (CRFB, art. 170, V).

A esse respeito, Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi¹⁵³ assevera que:

A Constituição Federal editada em 1988 e em vigor privilegiou uma economia de contornos ainda liberais, mas acentuou, em contraposição, possibilidades de intervenção do Estado e da sociedade civil, para regular não somente as relações econômicas, pressupondo tornar efetivas as garantias básicas nela previstas.

Dentro desse regramento constitucional, a defesa do consumidor insere-se nas prestações positivas oponíveis em face do Estado de feição nitidamente social.¹⁵⁴

Atendendo, assim, o mandamento constitucional disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no dia 12.09.1990, foi publicado o CDC, consubstanciado na Lei nº 8.078/90. Devido à magnitude que havia alcançado a questão consumerista, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal, foi constituída, pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, a comissão com o objetivo de apresentar Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, já previsto pela Assembléia Constituinte.¹⁵⁵

Referida comissão, a par de cuidar das especificidades nacionais, buscou na legislação estrangeira as vigas mestras para a elaboração do diploma consumerista. A maior influência foi encontrada na França, no *Project de Code de La Consommation*, mas também podem ser mencionadas influências da Espanha (*Ley*

avanzadas. É próprio, pois, afirmar que a sociedade de consumo compõe o ambiente no interior do qual irá se desenvolver o direito do consumidor". (*Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 207).

¹⁵³ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 55.

¹⁵⁴ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e a defesa do consumidor*, p. 300.

¹⁵⁵ Acerca dos detalhamentos sobre os membros que compunham a comissão, bem como dos sucessivos trabalhos realizados e toda a tramitação legislativa: FILOMENO, José Geraldo Brito GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; NERY JÚNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do

General para La Defensa de los Consumidores y Usuarios, Lei nº 26/1984), de Portugal (Lei nº 29/81, de 22.08.1976), do México (Lei Federal de *Protección al Consumidor*, de 05.02.1976), de Quebec (*Loi sur Protection Du Consommateur*, promulgada em 1979) e dos Estados Unidos da América (*Federal Trade Commission Act, Consumer Product Safety Act, Truth in Lending Act, Fair Credit Reporting Act e Fair Debt Collection Practices Act*).¹⁵⁶

Igualmente importantes na formulação do aspecto legal para o controle das cláusulas gerais de contratação do CDC foram as legislações de Portugal (*Decreto-Lei nº 446/85*, de 25 de outubro) e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 09 de dezembro de 1976).¹⁵⁷

Dessa feita, o CDC inaugura o regime baseado fundamentalmente na desigualdade entre fornecedor e consumidor, reconhecendo este último como o elo mais fraco da relação contratual, repleto de mecanismos de busca do equilíbrio de força entre estes contratantes.

Na precisa explicação de Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi¹⁵⁸:

Um dos poucos sistemas normativos que se pode dizer ter surgido em face dos reclamos da sociedade civil foi o Código de Defesa do Consumidor. A edição de tal diploma legal importa a imposição de limites ao campo volitivo das partes, o reconhecimento de uma hipossuficiência jurídica do consumidor, deslocando-se para o campo efetivo dos interesses difusos e coletivos, uma relação base que era tratada de forma indiscriminada pelo regramento do direito privado.

Destarte, o legislador consumerista além de preservar os direitos dos consumidores, como forma inequívoca de avanço social e econômico, não se olvidou de impulsionar a economia, sendo indiscutível que um mercado isento de desvios de condutas incentiva o consumo seguro e, por conseguinte, a própria economia e os avanços tecnológicos.¹⁵⁹

Consumidor comentado pelos autores de Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 1-6.

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 10.

¹⁵⁷ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, p. 10

¹⁵⁸ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade Abusiva: incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 53.

¹⁵⁹ PASSOS, Daniel de Lima. A responsabilidade dos órgãos públicos nas relações de consumo. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (orgs.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatin, 2009, p. 163-164.

Nelson Nery Júnior¹⁶⁰ assevera que o CDC não veio para punir o empresário, mas para dotar o consumidor de maior poder de negociação diante da patologia da relação de consumo.

Dessas lições, infere-se que o reequilíbrio da relação de consumo é o novo paradigma do diploma consumerista.

1.1.2 O Código de Defesa do Consumidor como microssistema

Os postulados básicos que decorrem das normas do CDC são de duas ordens: sistema autônomo e caráter multidisciplinar.

O primeiro postulado alude que o CDC é um microssistema jurídico, isto é, um sistema autônomo e independente, com princípios que lhe são próprios, destinados a atender determinada situação jurídica.

A propósito desse postulado, Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi¹⁶¹ adverte:

O Código do Consumidor não veio à luz para completar qualquer sistema já existente, mas sim para implementar um direito já constitucionalmente concedido, mas carente de uma instrumentalização mais completa e adequada. A consequência é, como já se frisou neste trabalho, a criação de um *microssistema* que contém uma coerência interna lógica, que não há como ser mitigada [grifo nosso].

Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos¹⁶² confirmam o caráter microssistêmico do CDC e apontam dois aspectos básicos:

- a) o Direito do Consumidor não constitui desdobramento dos subsistemas do Direito Público ou do Direito Privado, mas possui parâmetros e princípios específicos, distintos dos que orientam tais províncias do Direito;
- b) o Código de Defesa do Consumidor, na medida em que consagra as regras básicas do microssistema, possui caráter principiológico, servindo, portanto, de norma geral em relação às leis que regulam relações de consumo setorializadas (v.g. assistência médica ou

¹⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 3, set.dez. 1992, p. 44-77, p. 46.

¹⁶¹ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação à violência*, p. 69.

¹⁶² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

relações aeronáuticas). Assim, havendo contradição entre o Código e a lei setorial, aplica-se aquele, afastando-se a incidência da lei.

O segundo postulado diz respeito ao seu caráter multidisciplinar, já que versa sobre direito civil, direito penal, direito administrativo e direito processual. Contudo, todas essas matérias inseridas no CDC enfocam a relação de consumo, razão pela qual o seu microssistema prevalece sobre os demais sistemas.¹⁶³

No tocante a multidisciplinariedade do direito das relações de consumo, Jean Calais-Auloy e Frank Stenmetz¹⁶⁴ anotam:

Há algum tempo, a natureza das regras estudadas era o único critério da classificação das disciplinas jurídicas, distinguindo-se o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Processual, dentre outros. Porém, a essa classificação tradicional os juristas superpõem uma outra, fundada sobre a função da regra jurídica e que não é isolada da primeira, mas sim perpendicular a ela, razão pela qual cada disciplina da segunda categoria (como o Direito do Trabalho, o Direito da Concorrência, o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor) invoca as diversas disciplinas da primeira. [Tradução nossa].

É justamente nesse sentido que os autores franceses reconhecem a pluridisciplinaridade do direito do consumidor, que não é uma matéria heterogênea, mas apenas impulsionado pela necessidade de proteger os consumidores contra as forças daqueles que detêm o poder econômico.

Na esteira desse raciocínio, João Batista de Almeida¹⁶⁵ consigna que o CDC é um microssistema jurídico interdisciplinar, que prevalece sobre os demais sistemas, eis que “[...] formado por normas jurídicas, num mesmo corpo legislativo, todas elas coordenadas entre si, tendo por objetivo a defesa do consumidor nos planos legal e material. A lei consumerista é composta de 119 artigos e constitui um sistema”.

¹⁶³ FILOMENO, José Geraldo Brito; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto, NERY JÚNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 20.

¹⁶⁴ AULOY, Jean Calais; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*, p. 14. “*Longtemps, la nature des règles étudiées a été le seul critère de classification des disciplines juridiques: droit civil, droit commercial, droit pénal, droit judiciaire, droit administrative. A cette classification traditionnelle, les juristes superposent aujourd’hui une autre classification, fondée sur la fonction de la règle juridique. Le droit du travail a constitué sans doute le premier exemple de ces disciplines nouvelles; le droit de la concurrence, le droit de la distribution, le droit de l’environnement, le droit de la consommation relèvent de la même classification fonctionnelle. Cette classification est en quelque sorte perpendiculaire à la première: chaque discipline de la seconde catégorie recoupe les diverses disciplines de la première catégorie.*”

E, prossegue o autor, asseverando que:

Tal coordenação é essencial, pois, do contrário, não há falar em sistema. Vê-se que o CDC primeiro enuncia os direitos básicos do consumidor (art. 6º), em seguida enuncia as normas que o fornecedor deverá observar para garantir a qualidade de produtos e serviços, mais a prevenção e a reparação dos danos (arts. 8º, 9º e 10).¹⁶⁶

Por fim, afirma que o microssistema estabelece a responsabilidade civil por fatos e vícios decorrentes do produto ou do serviço (arts. 12 a 28) e que sua “[...] sequência lógico-normativa para garantir a qualidade, a prevenção e a reparação, sempre com o objetivo de oferecer proteção ao consumidor”.¹⁶⁷

1.1.3 O caráter cogente das normas do Código de Defesa do Consumidor

Nos termos do artigo 1º do diploma consumerista: “Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias”.

Quando o CDC adota este postulado normas de ordem pública quer dizer que suas normas são cogentes, ou seja, inderrogáveis por vontade das partes.

José Geraldo Brito Filomeno¹⁶⁸, ao abordar o assunto, faz a seguinte observação:

O caráter cogente, todavia, fica bem marcado, sobretudo na Seção II do Capítulo VI ainda do Título I, quando se trata das chamadas ‘cláusulas abusivas’, fulminadas de nulidade (cf. art. 51 do Código), ou então já antes, nos arts. 39 a 41, que versam sobre as ‘práticas abusivas’.

Do ponto de vista prático, quer dizer que, em demandas judiciais, o juiz deve apreciar a aplicação das normas do CDC *ex officio*.

¹⁶⁵ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37-38.

¹⁶⁶ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 38.

¹⁶⁷ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 38.

¹⁶⁸ FILOMENO, José Gerardo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 27.

Nelson Nery Júnior explica que “sobre elas [as normas do CDC] não se aplica a preclusão e as questões que delas podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição”.¹⁶⁹

Sobre o termo ‘interesse social’ inserido no art. 1º do diploma consumerista, José Geraldo Brito Filomeno¹⁷⁰ pontua:

[...] tenha-se em conta que o Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo.

Nelson Nery Júnior¹⁷¹ destaca importante conseqüência implícita às normas de interesse social. Nas palavras do doutrinador:

Ser de interesse social significa, em termos práticos, que o Ministério Público tem participação obrigatória em todas as ações sobre lides do consumidor (art. 127, *caput*, CF), e que se encontra legitimado para defender, em juízo, os direitos individuais homogêneos do consumidor, pois como são de interesse social *ex lege* (art. 1º, CDC) essa defesa atende sua finalidade institucional (art. 127, *caput*, CF), com o autoriza o art. 129, IX, CF.

Esses postulados eleitos pelo legislador consumerista, indispensáveis à mudança de mentalidade que se pretendia à época, exigiu do Poder Judiciário e do Ministério Público abandono aos institutos ortodoxos do direito e adaptação à modernidade que se apresentava.

De acordo com Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz¹⁷²:

A vigência da lei de defesa do consumidor termina de consolidar a presença de um sistema de proteção jurídica, que anteriormente estava fundada somente em normas substantivas e adjetivas gerais, não dirigidas direta e especificamente ao amparo dos consumidores (Códigos Civil, Comercial e Processual, leis de abastecimento, lealdade comercial e defesa da competência etc).

¹⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 52.

¹⁷⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 27.

¹⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 52.

¹⁷² STIGLITZ Gabriel A; STIGLITZ, Rubén S. *Derecho y defensa del consumidor*. Argentina: La Rocca, 1994, p. 70. “Esta ley de defensa del consumidor termina de consolidar la presencia de un sistema de protección jurídica que, anteriormente, estaba fundado sólo en normas sustantivas y adjetivas generales, no dirigidas directa y específicamente el amparo de los consumidores (Códigos Civil, de Comercio y Procesal, leyes de abastecimiento, lealtad comercial y defensa de la competencia, etcétera)”.

Prestes a completar vinte anos do advento do CDC, pode-se afirmar que ao longo de quase duas décadas o legislador consumerista conseguiu atingir seus objetivos, entre eles os que aludem à defesa dos direitos do consumidor e ao equilíbrio das relações de consumo.

1.1.4 Princípios jurídicos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor

Os princípios, de acordo com o escólio de Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁷³, são vetores, “verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico”, o que explica a prevalência do princípio da defesa do consumidor. Esta norma jurídica, que está em posição de superioridade e tem eficácia imediata, inserida nas Constituições advindas da fase cunhada de pós-positivista, mormente para mitigar a desigualdade material existente na relação de consumo, objetiva dar guarida àquela parte considerada mais fraca e vulnerável: o consumidor.

Os princípios gerais do CDC estão enumerados nos artigos 1º a 7º, sendo todo o restante das normas a projeção desses princípios gerais, isto é, uma espécie de pormenorização daqueles princípios, de modo a fazê-los efetivos e operacionalizá-los.¹⁷⁴

O artigo 4º do mesmo diploma legal delinea os principais objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, concretizados no atendimento das necessidades dos consumidores: o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo. Denota-se, assim, o caráter principiológico conferido a este dispositivo da legislação consumerista.

Sobre o preceptivo legal anteriormente citado, José Reinaldo de Lima Lopes¹⁷⁵ analisa:

[...] o primeiro princípio parece totalmente desvinculado dos outros, senão de todos, pois ao contrário de todas as ações previstas de

¹⁷³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Curso de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

¹⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson, p.51.

¹⁷⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor: princípios. In: PAQUALOTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellano (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetria*. São Paulo: RT, 2005, p. 109.

modo muito genérico com finalidades igualmente genéricas (harmonizar relações, melhorar a quantidade do mercado, dos bens, dos serviços etc.), o reconhecimento da vulnerabilidade é um princípio de caráter eminentemente normativo. Ele pode ser considerado um critério geral de interpretação, mais do que uma presunção, uma definição constitutiva do consumidor [...]. Os outros incisos do artigo 4º falam de coisas distintas: falam de objetivos a alcançar e de programas.

No entendimento de Eros Roberto Grau¹⁷⁶, o artigo 4º da lei em comento evidencia três princípios: a) princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; b) princípio da harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo; e c) princípio da coibição e repressão eficiente de todos os abusos.

No tocante ao art. 5º do CDC, José Reinaldo de Lima Lopes¹⁷⁷ assevera que o preceptivo legal não tem caráter principiológico e que “[...] de fato o art. 5º é uma lista exemplificativa do que o Poder Público pode fazer para ‘atender as necessidades dos consumidores’ mencionados no art. 4º”. O autor comenta ainda que o art. 6º cuida de um elenco de direitos básicos do consumidor, que é repercussão do princípio da vulnerabilidade. Com relação ao princípio da boa-fé, ele o identifica nos incisos II, III e IV do art. 6º.¹⁷⁸

Para Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁷⁹, os princípios fundamentais do CDC estão insculpidos nos artigos 1º, 4º, 6º e 7º: Na sua análise:

A Lei nº 8078/90 estabelece, então, como dito, princípios que se irradiam pelo próprio texto nos diversos capítulos e seções e que estão firmados nos arts. 1º, 4º, 6º e 7º. São eles o do protecionismo e imperativo de ordem pública e interesse social, que permite, por exemplo, que o magistrado aplique as regras legais *ex officio* (art. 1º); o da vulnerabilidade (art. 4º, I); o da hipossuficiência (art. 6º, VIII); o do equilíbrio e da boa-fé objetiva (art. 4º, III); o dever de informar (art. 6º, III); o da revisão das cláusulas contrárias (art. 6º, V); o da conservação do contrato (art. 6º, V); o da equivalência (art. 4º, III, c/c o art. 6º, II); o da transparência (art. 4º, *caput*) e o da solidariedade (parágrafo único do art. 7º).

¹⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, RT, São Paulo, n. 05, jan./mar. 1993, p. 188.

¹⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor: princípio. In: PAQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellano (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetria*, p. 57.

¹⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor: princípio. In: PAQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellano (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetria*, p. 58.

¹⁷⁹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

Nelson Nery Júnior¹⁸⁰, ao tratar da principiologia do CDC, divide os princípios em categorias, conforme segue:

- I - princípios constitucionais da ordem econômica: princípio da defesa do consumidor e da livre iniciativa;
- II - o princípio constitucional da isonomia;
- III - princípios reguladores da responsabilidade civil no CDC: princípio da responsabilidade objetiva, princípio da indenização integral e princípio da solidariedade;
- IV - princípios relativos aos contratos no CDC: princípio da boa-fé, princípio da conservação do contrato, princípio da interpretação contratual mais favorável ao consumidor e princípio da proibição das cláusulas abusivas;
- V - princípios da publicidade: princípio da identificação da mensagem publicitária; princípio da vinculação contratual da publicidade, princípio da veracidade, princípio da não abusividade da publicidade, princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor e princípio da correção do desvio publicitário.

Denota-se, assim, que não há unanimidade entre os autores a respeito de quais e quantos são os princípios contidos no CDC. Por essa razão, para o desenvolvimento do estudo foram selecionados apenas os princípios que guardam estreita relação com o objeto desta dissertação.

1.1.5 Princípios informativos do Código de Defesa do Consumidor aplicados aos serviços públicos

1.1.5.1 Princípio da vulnerabilidade

De acordo com Valério Dal Pai Moraes¹⁸¹: “O princípio da vulnerabilidade foi pela primeira vez positivado no direito brasileiro no art. 4º, I, do CDC, constituindo-se em norma base de todo o sistema de defesa da relação de consumo”.

Dispõe o art. 4º, I, do diploma consumerista que:

¹⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson, p. 50-65.

¹⁸¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Compatibilidade entre princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n. 57, jan./mar. 2006, p. 104.

Art. 4º. A Política Nacional de 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 de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...].

O princípio da vulnerabilidade identifica-se com o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, I, CRFB¹⁸², porquanto, uma vez reconhecido o consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo, este princípio tem a função de conferir tratamento desigual às partes que são efetivamente desiguais.

A esse respeito, Fabio Ulhoa Coelho¹⁸³ assevera que:

A igualdade das partes traduz-se pela idéia de que a Lei deve assegurar aos menos providos de recursos econômicos as condições necessárias para entabularem entendimentos com os mais providos. O tratamento isonômico das pessoas privadas consiste, na atualidade, na outorga de privilégios e no reconhecimento de preferências aos economicamente mais fracos, com vistas a dotá-los de meios indispensáveis para a negociação em condições equitativas. Nas relações de consumo, o consumidor se encontra em situação de vulnerabilidade.

Mais adiante, o mencionado autor leciona que a vulnerabilidade pode ser diferenciada em três aspectos:

- a. vulnerabilidade técnica: o consumidor não tem conhecimentos referentes ao produto e serviço para que possa verificar a correção das informações reveladas pelo fornecedor;
- b. vulnerabilidade jurídica: o consumidor não tem conhecimento sobre contornos jurídicos do negócio e suas conseqüências econômicas para que possa estabelecer um diálogo com fornecedor a respeito das condições propostas;
- c. vulnerabilidade sócio-econômica: o consumidor não tem as mesmas condições sociais e econômicas que tem o fornecedor.¹⁸⁴

¹⁸² O art. 5º da CRFB tem a seguinte redação: “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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

¹⁸³ COELHO, Fabio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 144.

¹⁸⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*, p.144.

Ada Pelegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁸⁵ explicam o contexto histórico que justifica a adoção do princípio da vulnerabilidade:

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, 'dita as regras'. O direito não pode ficar alheio a tal fenômeno. [...] É com os olhos postos nessa vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica.

Ainda, a respeito do princípio da vulnerabilidade do consumidor, João Batista de Almeida¹⁸⁶ faz a seguinte observação:

Hoje há consenso universal acerca da vulnerabilidade do consumidor. Não se questiona mais sobre esse ponto. Em todos os países do mundo ocidental já há esse reconhecimento. E a ONU já se pronunciou claramente a respeito do assunto: na Resolução nº 39/248, de 10 de abril de 1985¹⁸⁷, reconheceu que os consumidores se depararam com desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder aquisitivo, o que conflita com o direito de acesso a produtos e serviços seguros e inofensivos. Parece indubitável que a expressão 'desequilíbrio' usada na resolução tem o significado de hipossuficiência e, pois, vulnerabilidade.

Corroborando com a identificação da vulnerabilidade do consumidor, Roberto Senise Lisboa¹⁸⁸, é categórico ao afirmar que: "Para identificar a vulnerabilidade do consumidor não é necessário submeter o caso ao critério da razoabilidade, pois o Código de Defesa do Consumidor presumiu *iure et de iure* sua existência em uma relação de consumo".

Cumprido destacar, por pertinente, a diferença que a vulnerabilidade guarda em relação à hipossuficiência. A vulnerabilidade se refere a conceito de direito material, atrelado a todos os consumidores. A hipossuficiência diz respeito a aspecto processual da defesa do consumidor, particularizadamente. Portanto, todo

¹⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 6-7.

¹⁸⁶ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 25-26.

¹⁸⁷ Trata-se da Resolução nº 39/248, de 10 de abril de 1985, sobre Proteção ao Consumidor, adotada pela Assembléia Geral da ONU, na 39ª Seção.

¹⁸⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85.

consumidor é inexoravelmente vulnerável no mercado de consumo, não importando seu poder econômico, enquanto que nem todo consumidor é hipossuficiente.

Também quadra mencionar que o próprio CDC trata de maneira diferente as figuras da vulnerabilidade e da hipossuficiência. No art. 4º, inciso I, reconhece a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, uma vez que é o fornecedor quem possui todas as informações e o conhecimento técnico acerca do produto ou serviço. Já o art. 6º, inciso VIII, cuida do aspecto processual da defesa do consumidor, de modo particular.

Olga Maria do Val¹⁸⁹ também se manifesta acerca do tema:

[...] a vulnerabilidade do consumidor é, nas palavras de João Batista de Almeida, a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre que se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indudioso que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ela sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico.

O princípio da vulnerabilidade é, portanto, o fundamento da legislação de proteção ao consumidor, que legitima a adoção de instrumentos de proibição ou limitação de certas práticas no mercado, de modo a permitir o reequilíbrio entre as partes na relação de consumo.

1.1.5.2 Princípio do dever governamental

O princípio do dever governamental encontra-se inserto no art. 4º, inciso II, do CDC, autorizando a intervenção do Estado, com o objetivo de propiciar a efetiva tutela do consumidor.

Nos termos do art. 4º, inciso II, do diploma consumerista:

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

¹⁸⁹ VAL, Olga Maria do. Política Nacional das Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, nº 11, jul./set. 1994, p. 78.

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

O preceptivo legal acima transcrito deixa patente que a intervenção do Estado na política das relações de consumo tem o objetivo de garantir aos consumidores o acesso a produtos e serviços, com qualidade e adequação, porquanto objetos da relação de consumo.

A esse respeito, Elaine Cardoso de Matos Novais¹⁹⁰ consigna que:

A atuação do Estado no sentido de viabilizar a proteção do consumidor decorre do próprio princípio constitucional encartado no artigo 5º, inciso XXXII, no qual se ampara a criação de órgãos públicos voltados para a defesa e orientação do consumidor, como o Procon e o Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor ligado ao Ministério da Justiça. O Estado também deve incentivar a criação de associações e a participação organizada e representativa da sociedade, com o objetivo de proteger os direitos dos consumidores, dos quais são exemplos a Adecon (Associação de Defesa dos Consumidores do Rio Grande do Sul) e o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor).

Ainda, sobre o princípio do dever governamental, Arruda Alvim¹⁹¹ assinala:

O princípio do dever governamental decorre não só do inc. II do art. 4º do CDC, mas também, do preceituado nos incs. VI (relativo à coibição e repressão de todos os abusos praticados no mercado de consumo) e VI (prevê a melhoria e racionalização dos serviços públicos). Observam, então, que o dever governamental deve ser visto sob dois prismas distintos: o primeiro engloba o dever do Estado na qualidade de organizador da sociedade, responsável em prover o consumidor dos mecanismos capazes de viabilizar sua defesa; já no segundo, o Estado é visto propriamente como fornecedor, sendo-lhe exigida a melhoria e a racionalização dos serviços públicos.

De outro bordo, a ação governamental também pode se concretizar com a presença do Estado no mercado de consumo, quer seja na qualidade de fornecedor

¹⁹⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *O Estado-fornecedor de serviços nas relações de consumo: aplicação do CDC aos serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 100-101.

de serviços, ou como consumidor, pois não se pode olvidar que o Estado possa ser inserido na relação de consumo, embora não seja comum, uma vez que a vulnerabilidade não se restringe à menor capacidade econômica, podendo manifestar-se sob a forma técnica ou científica. Mas, qualquer que venha a ser a posição assumida pelo Estado no mercado de consumo, deve ele respeitar as normas de proteção ao consumidor.¹⁹²

1.1.5.3 Princípio da boa-fé objetiva

O CDC positivou o princípio da boa-fé objetiva como regra de conduta (art. 4º, III) e como cláusula geral (art. 51, IV), trazendo em todo o seu corpo de normas deveres anexos às relações contratuais, como o dever de informar, o dever de cooperação e o dever de cuidado.¹⁹³

Nesse sentido, o CDC dispõe, nos artigos citados, que:

Art. 4º A Política Nacional de 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 de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III – 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** [grifo nosso].

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

[...]

¹⁹¹ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46.

¹⁹² ELAINE CARDOSO DE MATOS NOVAIS, 101.

¹⁹³ Cláudia Lima Marques leciona que o dever de cooperação implica o dever de não dificultar o acesso do consumidor a seus direitos, de redigir adequadamente os contratos e de negociar as dívidas da parte contratual mais fraca. Já o dever de cuidado é a obrigação de preservar a integridade pessoal e patrimonial do co-contratante. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.185-186).

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

É imperioso salientar que esta boa-fé preconizada pelo CDC é a boa-fé objetiva e não a subjetiva. A boa-fé subjetiva distingue-se da boa-fé objetiva por um elemento que é a imposição do dever de conduta a alguém. É bem verdade que a confiança é característica comum à boa-fé subjetiva e objetiva, mas este dado não é suficiente para equipará-las.

Renata Domingos Barbosa Balbino¹⁹⁴ assegura que a boa-fé objetiva possui sentido negativo, que se traduz na proibição de agir com deslealdade em relação à outra parte contratante e, ainda, sentido positivo, que é a obrigação das partes de se portarem de forma cooperativa, visando ao adequado cumprimento do contrato. É, na verdade, padrão de comportamento. Os sujeitos devem buscar a harmonização de seus interesses opostos, observando a regra ética que os impede de agir com deslealdade, buscando vantagens desarrazoadas e frustrando as expectativas da outra parte.

A regra da boa-fé objetiva não requer a averiguação de existência da astúcia ou ardil do sujeito. Ela deve averiguar, no momento histórico e o contexto sociocultural para definir, objetivamente, quais padrões adequados de conduta normalmente poderiam ser exigidos dos sujeitos e quais os efeitos deveriam ser esperados pelos contratantes. Desse modo, é possível estabelecer objetivamente o que se deve esperar de cada uma das partes.¹⁹⁵

Ronaldo Porto Macedo Junior¹⁹⁶ adverte acerca da dificuldade em conceituar a boa-fé:

O conceito de boa-fé, contudo, é dos mais controvertidos dentro do direito privado atual, comportando diversas definições, o que torna um conceito muitas vezes problemático. Dentre os significados possíveis mais comuns há os de razoabilidade, lealdade, justiça, 'fair conduct', 'reasonable standards of fair dealing', decência, comportamento decente, sentido ético comum, solidariedade, lealdade e padrões comuns de justiça.

¹⁹⁴ BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no Novo Código Civil. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 68, dez. 2002, p. 112.

¹⁹⁵ CRUZ e TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Teoria geral da boa-fé objetiva. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 68, dez. 2002, p. 102.

¹⁹⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 184.

Luiz Antonio Rizzato Nunes¹⁹⁷ define a boa-fé objetiva como modelo ou padrão de conduta, pautado na correção e na honestidade:

[...] é o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio nas relações econômicas. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não será para o outro.

A lição de Claudia Lima Marques¹⁹⁸ a respeito da boa-fé objetiva aponta no seguinte sentido:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Roberto Senise Lisboa¹⁹⁹, por seu lado, assevera que “a boa-fé objetiva constitui o fundamento do direito de informação e de todos os deveres secundários decorrentes das relações negociais, como o dever de lealdade, de cooperação mútua e de assistência técnica”.

A adoção da cláusula geral de boa-fé pelo CDC, ainda que de modo implícito, implica a sua inserção em todas as relações jurídicas de consumo, independentemente de sua inscrição no instrumento contratual. Assim, ela implica o dever das partes de agirem com lealdade não apenas na fase contratual, mas desde as tratativas preliminares até a fase imediatamente posterior ao cumprimento integral das prestações contratuais.

No escólio de Elaine Cardoso de Matos Novais²⁰⁰, é com base na boa-fé que o art. 51, IV, do CDC determina serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam

¹⁹⁷ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Curso de direito do consumidor, p. 127-128.

¹⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 182.

¹⁹⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 104.

²⁰⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *O Estado-fornecedor de serviços na relação de consumo: aplicação do CDC aos serviços públicos*. Curitiba: Juruá, p. 106.

obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Ainda, além da função de paradigma de conduta para as partes, a boa-fé objetiva, enquanto cláusula geral, é um instrumento objetivo de apreensão da realidade pelo juiz.²⁰¹

Judith Martins-Costa²⁰² consigna que a solução a ser dada ao caso tem caráter jurídico e não moral, advindo sua juridicidade do fato de remeter e submeter a solução do caso concreto à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerado este de modo aberto.

1.1.5.4 Princípio da informação

O princípio da informação encontra-se positivado no art. 6º, inc. III, do CDC, nos seguintes termos:

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 apresentem.

O princípio em questão é considerado como preceito fundamental das relações de consumo, em decorrência da sua disposição no ar. 4º, inc. IV, do mesmo diploma legal, porquanto o acesso à informação é pressuposto inafastável para que o consumidor realize suas escolhas de forma consciente, ao ter conhecimento prévio do produto e do serviço posto no mercado de consumo.

A esse respeito, Cláudia Lima Marques²⁰³ assevera que “o dever de informar é um importante dever anexo que deve ser visualizado na fase pré-

²⁰¹ MARQUES, Claudia Lima, *Contratos...*, p. 187.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 413.

²⁰³ MARQUES, Claudia Lima Marques, *Contratos*, p.129.

contratual”. Por esta razão que o art. 31 do CDC²⁰⁴ enfoca a necessidade de assegurar ao consumidor informações corretas, claras, precisas e seguras.

Antonio Carlos Efig²⁰⁵, a seu turno, consigna que:

Várias são as possibilidades de o princípio da informação ser interpretado com vistas na efetivação dos interesses do consumidor. Além da informação com cunho obrigacional, destinada a conscientizar os consumidores acerca de seus direitos, ela pode ser entendida também como direito de obter informações sobre produtos e serviços colocados no mercado, bem como informações específicas capazes de influenciar relações de consumo coligadas, a exemplo daquelas contidas em bancos de dados e cadastro de consumidores.

O direito à informação está inserido na Constituição Federal (art. 5º, incs. XIV²⁰⁶ e XXXIII²⁰⁷), mas, de acordo com o escólio de Luiz Antonio Rizzato Nunes²⁰⁸, no âmbito constitucional, o direito de ser informado é menos amplo do que no sistema infraconstitucional de defesa do consumidor. E, prossegue o autor, na sua explanação sobre o dever de informar:

Basicamente, o texto magno estabelece o dever de informar que têm os órgãos públicos. No que tange ao dever de informar das pessoas em geral e das jurídicas com natureza jurídica privada, é o Código de Defesa do Consumidor que estabelece tal obrigatoriedade ao fornecedor. Tendo em vista que a Lei nº 8.078 nasce, como vimos, das determinações constitucionais que obrigam a que seja feita a defesa do consumidor, implantada em meio e uma série de princípios, todos interpretados e aplicáveis de forma harmônica, não resta dúvida de que o dever de informar só podia ser imposto ao fornecedor.²⁰⁹

Assim, se não for obedecida a premissa da informação clara e objetiva em favor do consumidor, o fornecedor não estará agindo com harmonia,

²⁰⁴ O art. 31 do CDC tem a seguinte redação: “A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

²⁰⁵ EFING, Antonio Carlos. *Banco de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91.

²⁰⁶ O inc. XIV do art. 5º da CRFB tem a seguinte redação: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

²⁰⁷ O inc. XXXIII do art. 5º da CRFB tem a seguinte redação: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo em 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”.

²⁰⁸ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 52-53.

²⁰⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato, *Comentários*, p. 58.

transparência nem com boa-fé objetiva, tão exigida para que o serviço ou o produto não sejam evitados de vícios e abusividades, tanto na fase pré-contratual quanto na fase contratual propriamente dita.

1.1.5.5 Princípio da adequação e melhoria dos serviços públicos

O CDC prevê o princípio da adequação e melhoria dos serviços públicos no art. 6º, inc. X. Essa é a sua redação: “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos”.

O princípio em comento remete ao art. 3º do mesmo diploma legal²¹⁰, em cujo dispositivo o legislador houve por bem incluir as pessoas jurídicas de direito público como fornecedoras, deixando patente que esta atividade estatal sujeita-se à legislação consumerista.

Da redação do citado dispositivo, extrai-se que o CDC regulamenta também a atividade de prestação de serviços públicos, sendo, portanto, um mecanismo de grande importância na proteção dos usuários desses serviços, juntamente com as disposições contidas no seu art. 22. Fato é que é dever dos órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

João Batista de Almeida²¹¹, sobre esse princípio, discorre:

Dentro do raciocínio de que o Estado também pode ser fornecedor e, pois, prestador de serviço público (CDC, art. 3º), e os serviços públicos prestados pelas entidades oficiais, permissionárias ou concessionárias, também devem ser eficientes e seguros, o que não mostra a realidade nacional, mormente nos campos de saúde e transporte, foi altamente oportuna a inclusão desse item no rol dos direitos do consumidor. Ao mesmo tempo em que se reconhece a deficiência e a precariedade dos serviços públicos, recomenda-se ao Estado que o faça de forma adequada e eficaz (art. 6º, X). A propósito, o próprio texto constitucional indica que o Poder Público

²¹⁰ O art. 3º do CDC traz a seguinte redação: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

²¹¹ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 37.

expedirá lei assegurando os direitos dos usuários, que são os consumidores de serviços (CF, art. 175, II).

Com relação às disposições do art. 22 da legislação consumerista, é necessário lembrar que não nos deteremos, aqui, sobre a questão que este princípio suscita, porquanto será objeto de estudo no último capítulo desta dissertação.

Assim, tecidas as considerações de relevo a respeito do CDC, podemos concluir que este diploma legal também regulamenta a atividade de prestação de serviços públicos, sendo, portanto, um instrumento de grande valia para a proteção dos usuários desses serviços.

CAPÍTULO 2 – RELAÇÃO DE CONSUMO: SUJEITOS E OBJETO

2.1 RELAÇÃO DE CONSUMO

O CDC regula a relação jurídica de consumo, aquela na qual estão envolvidos, como sujeito ativo, o fornecedor, e como sujeito passivo, o consumidor. A seu turno, como objeto, encontram-se os produtos e os serviços; e, como finalidade, a aquisição destes pelo consumidor, seu último destinatário.

A relação jurídica de consumo compreende o ciclo de produção e distribuição de produtos ou serviços, não se limitando à existência de vínculo obrigacional entre as partes, de sorte que o último integrante da cadeia de fornecimento – o destinatário final do produto ou serviço – pode responsabilizar o primeiro elemento, sem que haja entre eles uma relação contratual própria.

Na lição de Nelson Nery Júnior²¹²:

O CDC não trata de ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ou ‘negócio jurídico de consumo’, mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões. São elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e os serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviços como ‘destinatário final’ (art. 2º, *caput*, última parte, CDC).

O autor ainda aduz que: “A circulação dos produtos e serviços havida entre o consumidor e o fornecedor enseja a formação da relação de consumo, objeto do regulamento do CDC. As demais relações jurídicas (civis, comerciais, trabalhistas etc.) não são reguladas pelo CDC”.²¹³

Por conseguinte, devido à importância da caracterização da relação de consumo entre fornecedores de serviços públicos de um lado e de consumidores, usuários desses serviços de outro, para o tema desenvolvido neste trabalho,

²¹² NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 505.

²¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 3, set/dez 1992, p. 46.

doravante, analisaremos os seus elementos integrantes, com o objetivo de bem compreender a incidência do microsistema do CDC.

2.2 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

2.2.1 Consumidor no Código de Defesa do Consumidor

O conceito de consumidor está inserido no art. 2º do CDC, sendo objeto de muitas controvérsias desde o advento deste diploma legal no cenário jurídico. Dispõe, assim, o art. 2º, *in verbis*: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A definição adotada pelo CDC não é tão simples quanto possa parecer a uma análise perfunctória, porquanto suscita a indagação do que vem a ser destinatário final.

A esse respeito, Thierry Bourgoignie²¹⁴ faz a seguinte ponderação:

[...] dizer que usar produto ou serviço a título privado, ou como destinatário final, não significa que ele seja necessariamente utilizado pelo adquirente, podendo ser usado por algum membro da família ou outra pessoa qualquer. Do mesmo modo, o uso privado não implica uso não-lucrativo, pois os consumidores podem depositar seus dinheiro no banco e obterem rendimentos ou podem comprar obras de arte e vê-las valorizar-se.

No tocante ao significado do termo destinatário final, a doutrina repartiu-se em duas correntes: finalista²¹⁵ e maximalista²¹⁶. A corrente finalista firma o

²¹⁴ BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 2, 1992, p. 28-29. [Tradução de Ana Lúcia Amaral, Procuradora da República, em São Paulo]. Este texto foi excertado do livro *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles: Story Scientia, 1988, e depois revisto, modificado e atualizado pelo autor, especialmente para a revista.

²¹⁵ A linha de precedentes adotada pelas Quarta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça vão ao encontro da denominada teoria finalista ou subjetiva, restringindo a exegese do art. 2º do CDC ao destinatário final fático e também econômico do bem ou serviço, dos quais são exemplos os seguintes julgados: STJ. Resp. 218.505/MG. Rel. Min. Barros Monteiro. T4, unânime. DJ: 14/02/2000; STJ. Resp. 264.126/RS. Rel. Min. Barros Monteiro. T4, unânime. DJ: 27/08/2000; STJ. Resp. 475.220/GO. Rel. Min. Paulo Medina. T6, unânime. DJ: 15/09/2003.

²¹⁶ A Primeira e a Terceira Turmas do Superior Tribunal de Justiça adotam os pressupostos da denominada teoria objetiva ou maximalista, considerando-se consumidor o destinatário final fático do

entendimento de que o consumidor não pode ser mais um intermediário dentro da cadeia produtiva, sendo condição *sine qua non* a sua qualidade de destinatário final de produtos ou serviços. Por outro lado, os maximalistas interpretam o art. 2º do CDC extensivamente, para que suas normas sejam aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado de consumo.

Claudia Lima Marques²¹⁷, adepta da corrente finalista, pontua:

Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inc. I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão destinatário final do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º. Essa 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.

Para a corrente maximalista, o art. 2º do CDC deve ser interpretado de maneira extensiva, pouco importando se a pessoa física ou jurídica adquire o produto ou utiliza o serviço com a finalidade de obter lucro.

Claudia Lima Marques²¹⁸ também discorre a respeito dessa corrente:

[...] os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. [...]

Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra o algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o

bem ou serviço, ainda que venha a utilizá-lo no exercício profissional ou de empresa, dos quais são exemplos os seguintes julgados: STJ. Resp. 286.441/RS. Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro. Rel. p/AC. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3, maioria. DJ 03/02/2003; STJ. Resp. 488.274/MG. Rel. Ministra Nancy Andrighi, unânime. DJ: 23/06/2003; STJ. Resp. 468.148/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3, unânime. DJ: 28/10/2003; STJ. Resp. 445.854/MS. Rel. Min. Castro filho. T3, unânime. DJ: 19/12/2003.

²¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 303-304.

²¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 304-305.

Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.

A expressão “destinatário fático”, utilizada pela doutrina maximalista, é assim definida por Adalberto Pasqualotto²¹⁹: “[...] seria o adquirente ou usuário que retira o bem de circulação, independentemente da finalidade que particularmente vai atribuir-lhe. Realiza, portanto, o fato da retirada do bem de circulação.

A doutrina finalista, como visto, restringe a interpretação do conceito trazido pelo art. 2º do CDC. Ao sustentar que o CDC tem por objetivo tutelar de maneira especial o grupo da sociedade que é mais vulnerável, os finalistas, para definir o consumidor, partem da expressão “destinatário econômico”.

Adalberto Pasqualotto²²⁰ também explica a abrangência da expressão:

[...] na expressão destinatário econômico só é compreendido o consumidor que se encontra na etapa derradeira da atividade econômica. Esta corrente aproveita conceitos da teoria econômica, segundo a qual as atividades econômicas compreendem produção, circulação, distribuição e consumo. Portanto, só seria protegido pelo CDC o destinatário final da produção, um consumidor *stricto sensu*.

Para os adeptos da doutrina finalista, o consumidor seria aquele que adquire bens ou utiliza serviços “em proveito próprio, satisfazendo uma necessidade pessoal e não para revenda ou então para acrescentá-lo à cadeia produtiva”.²²¹

Depreende-se, portanto, do cotejo das duas teorias²²², que ambas apresentam pequenos pontos de afinidades.

²¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor: princípios. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellano (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetria*, p. 135.

²²⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 135.

²²¹ CARPENA, Heloísa. Afinal quem é o consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Padma, n. 19, jul./set. 2004, p. 33.

²²² Mesmo reconhecendo o domínio da teoria subjetiva ou finalista, o Superior Tribunal de Justiça flexibiliza este entendimento metodológico, ao reconhecer que em situações especiais deve ser abrandado o critério subjetivo do conceito de consumidor para admitir a aplicação do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável técnica, jurídica ou economicamente, de forma presumidamente ou não. Claudia Lima Marques consigna que depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para tal a atuação do STJ. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Essa nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e

A propósito, Heloísa Carpena²²³ assevera:

Embora todos admitam a possibilidade de a pessoa jurídica ser consumidora, divergem quanto às hipóteses em que ostentará tal qualificação. Para os maximalistas, sempre que se posicionar no fim do ciclo econômico do bem ou serviço, isto é, quando for aquele que o retira do mercado; para os finalistas, em princípio, a empresa não é consumidora, comportando exceções à regra. Acordam quanto ao revendedor, que não se utiliza do produto ou serviço, situação que não oferece qualquer dificuldade, restando, porém, o problema do consumidor profissional, o qual pode destinar a aquisição para o próprio processo produtivo ou, mais amplamente, para sua atividade. O que delimita o âmbito de aplicação da própria lei é a idéia de vulnerabilidade, que é o cerne do conceito de consumidor e princípio que orienta seguramente a interpretação da expressão destinatário final.

José Geraldo Brito Filomeno entende que, pela própria filosofia do CDC, a pessoa jurídica não deveria, em princípio, ser colocada como consumidora de produtos e serviços, mas, tendo o CDC o feito, a “interpretação deve ser objetiva e caso a caso”. Sobre o assunto, o autor pontua:

Embora em princípio, repita-se, não se conceba a pessoa jurídica como consumidora, a realidade é que o próprio texto legal sob análise assim dispõe. Falo, todavia, de maneira limitada, não apenas em decorrência do princípio da vulnerabilidade da pessoa jurídica consumidora, tal como a pessoa física, como também pela utilização não profissional dos produtos e serviços.²²⁴

Gabriel A. Stiglitz e Rubén S. Stiglitz²²⁵ comungam da opinião do autor anteriormente citado, consignando que a pessoa jurídica foi admitida como consumidora de bens e serviços pela lei argentina e aduzem que “[...] isto significa dizer que não será aquela que adquire a título oneroso bens e serviços para integrá-los ao mercado em um processo econômico não esgotado, como não será aquela que adquire, por sua vez, para comercializá-los”.

atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso ocorre porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o da vulnerabilidade. (MARQUES, Claudia Lima, Manual de Direito do Consumidor, 2. ed., Ed. RT, São Paulo, 2009, pp. 72-73).

²²³ CARPENNA, Heloísa. Afinal quem é o consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Padma, n. 19, p. 29/48, jul/set. 2004, p. 33.

²²⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 35-36.

²²⁵ STIGLITZ, Gabriel A; SITGLITZ S. Rubén. *Derechos y defensa de los consumidores*, p. 121. “Ello significa, por dar un ejemplo, que no lo será la que adquiera a título oneroso bienes o servicios para integrarlos al mercado a un proceso económico no agotado, como lo será la que los adquiera, a su vez, para comercializarlos”.

A linha de raciocínio desses autores está em consonância com terceira teoria²²⁶ que Cláudia Lima Marques denomina de “finalismo aprofundado” ou da “interpretação finalista aprofundada”, cujo fundamento escora-se não só na noção de consumidor final imediato, mas também na vulnerabilidade *in concreto*. Essa é a teoria de meio, que vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça²²⁷ e que não deixa de perquirir acerca do uso profissional ou não do bem ou serviço, apenas em caráter excepcional e à vista da vulnerabilidade concreta o profissional passa a ser considerado consumidor.

Logo, diante do exposto, parece que a definição mais adequada é a de que o consumidor é aquele que adquire bens ou utiliza serviços em proveito próprio, satisfazendo necessidade pessoal, e não aquele que utiliza o bem ou serviço para continuar a produzir. Em rigor, caberá sempre avaliar, no caso de pessoa jurídica consumidora, se a vulnerabilidade está presente naquela situação jurídica, pois, em se tratando de pessoas jurídicas em pé de igualdade, a relação deverá ser regida pelo Código Civil.²²⁸

Além do conceito do padrão ou *standard* (art. 2º, caput), o CDC contém mais três conceitos de consumidor, assim identificados:

- a) coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único);
- b) as vítimas do acidente de consumo (art. 17), a fim de que possam valer-se dos mecanismos e instrumentos do CDC na defesa de seus direitos;
- c) aquele que estiver exposto às práticas comerciais (publicidade, oferta, cláusulas gerais dos contratos, práticas comerciais abusivas etc.) (art. 29).

²²⁶ “A partir de 2003, com a entrada em vigor do CC/2002, parece estar aparecendo uma terceira teoria, subdivisão da primeira – que aqui passo a denominar de ‘finalismo aprofundado’ – na jurisprudência, em especial no STJ, demonstrando ao mesmo tempo extremo domínio da interpretação finalista e do CDC, mas com razoabilidade e prudência, interpretando a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º do CDC de forma diferenciada e mista”. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 347-351.

²²⁷ O Superior Tribunal de Justiça excepciona a aplicação do CDC, quando o sujeito é uma grande empresa que consome, por exemplo, energia: “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”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nº. 916.939-MG. Rel. Min. Denise Arruda, j. 04.11.2008. <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2010.

²²⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 37.

As categorias retromencionadas dizem respeito aos conceitos de consumidor por equiparação, abrangidos pelo CDC.

Marco Antonio Zanellato²²⁹ discorre sobre essas categorias:

[...] o legislador consumerista, assessorado por proeminentes juristas, deu-se conta de que só o conceito padrão de consumidor, nitidamente inspirado na lei espanhola de defesa do consumidor, não seria suficiente para garantir a aplicação do CDC a todas as situações derivadas de violação de suas normas. Por isso, inteligentemente, alargando esse conceito, introduziu no Projeto do Código os chamados conceitos de consumidor por equiparação, que se encontram consubstanciados nas normas do artigo 2º, par. ún. [sic], art. 17 e art. 29, todos do CDC.

O conceito estampado no art. 2º, parágrafo único, reflete a dimensão coletiva das relações de consumo, tornando possível a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cujas definições encontram-se no parágrafo único do art. 81 do CDC²³⁰, que não serão apresentadas neste trabalho, porquanto não compõem o seu objetivo.

Já o artigo 17 equipara a consumidor o terceiro que se torna vítima de evento danoso causado por determinado produto ou serviço.

Claudia Lima Marques²³¹ esclarece que: “[...] basta ser ‘vítima’ de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC”.

Infere-se, assim, que as vítimas tratadas no art. 17 são meros expectadores que foram atingidos pelo acidente de consumo.

Dispõe o art. 29 que: “Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

²²⁹ ZANELATTO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n. 45, jan./mar. 2003, p. 173.

²³⁰ O art. 81 do CDC tem a seguinte redação: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em Juízo individualmente, ou a título coletivo. Consumidor. Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin²³² discorre a respeito da norma em comento:

Como no art. 2º, as pessoas aqui referidas podem ser determináveis ou não. É indiferente que estejam essas pessoas identificadas individualmente ou, ao revés, façam parte de uma coletividade indeterminada ou composta só de pessoas físicas ou só de pessoas jurídicas, ou até, de pessoas jurídicas e de pessoas físicas. O único requisito é que estejam expostas às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código.

Para Marco Antonio Zanellato, a equiparação feita pelo dispositivo legal transcrito é extremamente ampla e, por isso, o art. 29 não pode ser interpretado de forma isolada, mas sim sistematicamente.²³³

Cláudia Lima Marques²³⁴, ao comentar o art. 29, relata que o STJ vem adotando a linha do finalismo aprofundado, conforme já exposto, além de exigir a prova da vulnerabilidade e da destinação final e privilegiar realmente aqueles consumidores-equiparados, que se encontram em situação fática de vulnerabilidade.

Imperioso frisar, por oportuno, que em relação aos serviços públicos, podem ser equiparados a consumidores os usuários de determinados serviços públicos, em vista de se encontrar nestes todos os elementos caracterizadores daqueles, por força do art. 2º do CDC.

2.2.2 Fornecedor no Código de Defesa do Consumidor

A definição de fornecedor encontra-se inserta no art. 3º do CDC, nos seguintes termos:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção,

²³¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 79-84.

²³² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 264.

²³³ ZANELATTO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 175.

²³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 305.

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1º. Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das prestações de caráter trabalhista.

O CDC adotou a definição ampla de fornecedor, abrangendo todo agente que pratica alguma atividade no mercado de consumo.

A respeito da amplitude do conceito de fornecedor, José Geraldo Brito Filomeno²³⁵ assevera:

[...] para Plácido e Silva, 'fornecedor', derivado do francês *fournir*, *fournisseur*, é todo comerciante ou estabelecimento que abastece, ou fornece, habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessárias a seu consumo.

Nesse sentido, por conseguinte, é que são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado e consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título [...].

Tem-se, por conseguinte, que fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil, de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.

O *caput* do art. 3º é bem genérico e procura abranger todo e qualquer modelo de pessoa jurídica: pública ou privada, nacional ou estrangeira, com ou sem sede no país, sociedades anônimas, sociedades por quota de responsabilidade limitada, sociedades civis com ou sem fins lucrativos, fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, autarquias, órgãos as Administração Direta, entre outros.

Malgrado a amplitude do conceito de fornecedor que o CDC apresenta, é preciso que se observe um elemento fundamental, qual seja a atividade desenvolvida pelo sujeito.

Dessa forma, conforme sugere a definição transcrita acima, formulada por José Geraldo Brito Filomeno, só é objeto da relação de consumo a atividade regular, desenvolvida habitualmente pelo fornecedor, seja essa atividade de produção,

²³⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 47.

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

No tocante ao fornecimento de serviços especificamente, sobretudo serviços públicos, tema a ser abordado no próximo capítulo deste trabalho, o CDC exige o requisito da remuneração.

Ao tratar do tema, Cláudia Lima Marques²³⁶ explica que:

[...] a expressão utilizada pelo art. 3º do CDC para incluir os serviços de consumo, 'mediante remuneração', é sábia, adaptada ao mundo atual, onde tudo pode parecer 'gratuito' (o consumidor idoso, por exemplo, não paga o transporte urbano), mas é sabidamente remunerado e não uma atividade de cortesia ou benesse, logo, é suficientemente abrangente. Em verdade, significa uma troca intencional entre a clássica classificação dos negócios como 'onerosos' e gratuitos por remunerados e não remunerados. Parece-me que a opção pela expressão 'remunerado' significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ela paga indiretamente o 'benefício gratuito' que está recebendo.

Essas considerações e outras atinentes à questão da remuneração serão abordadas no momento da análise da aplicabilidade do CDC à prestação de serviços públicos. Por enquanto, é certo afirmar que havendo habitualidade e remuneração, ainda que indireta, o prestador enquadra-se no conceito de fornecedor do CDC e, portanto, a relação será regrada pelo diploma consumerista.

2.3 O OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO: PRODUTO E SERVIÇO

Denomina-se relação de consumo aquela caracterizada pela presença de fornecedor e consumidor, tendo como objeto a aquisição de produto(s) ou a utilização de serviço(s) pelo consumidor.

Produtos, por sua vez, aludem a quaisquer bens colocados no mercado de consumo.

²³⁶ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, p. 83.

A respeito da definição de produto trazida pelo CDC, José Geraldo Brito Filomeno²³⁷ adverte:

O §1º do art. 3º do mencionado Código fala em 'produto', definindo-o como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Melhor, entretanto, no nosso entendimento, seria falar-se em 'bens' e não 'produtos', mesmo porque, como notório, o primeiro termo é bem mais *abrangente* do que o segundo, aconselhando tal nomenclatura, aliás, boa técnica, bem como a economia política. [grifo do autor].

E, ainda, prossegue o autor em sua explanação:

Desta forma, e até para efeitos práticos, dir-se-ia que, para fins do Código de Defesa do Consumidor, produto (entenda-se 'bens') é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.²³⁸

Ao lado do produto, o serviço também assume a posição de objeto da relação jurídica de consumo, correspondendo à atividade, à prestação inserida no mercado de consumo e destinada a propiciar uma vantagem para o consumidor.

Diferentemente do que acontece com os produtos, que não precisam ser remunerados, o CDC estabeleceu como requisito essencial para a caracterização dos serviços a remuneração.

Claudia Lima Marques²³⁹ afirma que “a remuneração do serviço é o único elemento caracterizador e não a profissionalidade de quem o presta, deixando patente a indispensabilidade desse requisito”.

Acerca da necessidade de remuneração direta ou indireta, a doutrina não chega a um consenso, questão esta que será abordada oportunamente neste trabalho.

Dessa feita, finda a análise sobre sujeitos e objeto da relação de consumo, no capítulo seguinte esta relação será enfocada quando da explanação a respeito da aplicação do CDC aos serviços públicos.

²³⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 51.

²³⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 52.

²³⁹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MAQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82.

CAPÍTULO 3 – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição Federal, em seu art. 175, estabeleceu o dever inescusável ao Estado de promover a prestação de serviços públicos, com a obrigação de fornecê-los adequadamente, nos seguintes termos:

Art. 175 - 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.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:
[...]
IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Destarte, é cediço que a atividade da Administração Pública deve ser orientada e direcionada de acordo com os princípios que lhe são vinculantes, dos quais podemos destacar a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e ressalte-se, a eficiência, consoante o art. 37 da CRFB.

Para colocar esses princípios em prática, o § 3º do citado art. 37 estabeleceu que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública Direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços.

A colocação dos serviços públicos no sistema do CDC não foi determinada unicamente pelo fato de o legislador consumerista ter considerado as pessoas jurídicas de direito público como fornecedoras desses serviços. Longe disso, porquanto nos termos do art. 173, *caput*, da CRFB, o Poder Público pode desenvolver atividade econômica, ainda que em caráter excepcional, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, ou de monopólio, de acordo com o art. 177 do permissivo constitucional.

Ademais, importante ressaltar que o fato de a defesa do consumidor ter alçado à categoria de um dos princípios da ordem econômica, expresso no artigo 170, V, da CRFB, reforça a aplicabilidade do CDC aos serviços públicos, traduzidos no mais das vezes em desenvolvimento de atividades econômicas, quer pela administração direta e indireta quer por empresas privadas na qualidade de delegatárias.

Por fim, cumpre observar que o cidadão, enquanto usuário de serviço público, além da proteção constitucional, passou a receber tratamento legal também enquanto consumidor, tendo sua defesa abarcada pelo CDC.

3.2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O CDC, em vários artigos, cuida dos serviços públicos, de forma que resta inequívoco que se submetem à legislação consumerista²⁴⁰. Porém, o diploma legal não estabelece qual a abrangência do seu significado nas relações de consumo, não distingue sobre quais serviços públicos haveria a sua incidência, tampouco em que medida a eles se aplica.

Destarte, tendo em conta o caráter multidisciplinar do CDC, conforme consignamos em outro ponto deste trabalho, a busca do auxílio do direito administrativo para a conceituação do serviço público, obtenção de suas noções fundamentais e, ainda, a forma pela qual são prestados, foi de grande importância para o desenvolvimento da presente pesquisa. Essas informações são primordiais para a compreensão dos serviços públicos como objeto da relação de consumo, bem como para estabelecer o alcance da proteção do seu usuário-consumidor.

Portanto, na ausência do conceito de serviço público no CDC, infere-se que não há óbice algum em buscá-lo no direito administrativo, o que só fortalece o cunho de juridicidade de referido conceito.

²⁴⁰ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido da aplicação do CDC aos serviços de interesse geral: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações mantidas entre usuário e concessionária de serviço público, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.987/95. Agravo regimental improvido” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag.1022587-RS. Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21.08.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

Tecidas essas considerações de relevo, cumpre, doravante, abordar quais os dispositivos que tratam dos serviços públicos no CDC, para, posteriormente, analisar se a legislação consumerista incidiria sobre todo e qualquer serviço público.

A Lei nº 8.078/90, em seu artigo 3º, *caput*, estabelece que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados que produzam, montem, criem, construam, transformem, importem, exportem, distribuam ou comercializem produtos ou prestem serviços.

José Geraldo Brito Filomeno²⁴¹, comentando esse dispositivo legal, afirma que: “O fornecedor pode ser público ou privado, entendendo-se no primeiro caso o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos”.

O legislador consumerista optou por colocar as pessoas jurídicas de direito público e privado na relação de possíveis fornecedores, deixando patente que a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, ou ainda por meio de seus delegatários, quando prestar serviços públicos, ficará sujeita obrigatoriamente ao disciplinamento do CDC.

O artigo 4º da lei em comento, que cuida da Política Nacional das Relações de Consumo, estabelece seus objetivos traduzidos no atendimento à necessidade dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, assim como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos, entre outros requisitos, o da racionalidade e melhoria dos serviços públicos (inc. VII).

O preceptivo legal acima, a par de estabelecer princípios de defesa do consumidor, avança no sentido de indicar os preceitos balizadores das relações de consumo entre fornecedores e consumidores.

No tocante a racionalidade e melhoria dos serviços públicos, objetivo a ser perseguido pela Política Nacional das Relações de Consumo, como visto acima, cumpre consignar que, tal qual à iniciativa privada, a Administração Pública e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos devem primar por

²⁴¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 47.

oferecê-los aos usuários com garantia de segurança, proteção à saúde, qualidade e adequação, isto porque o interesse subjacente é da coletividade como um todo.

Considerado como norma de cunho principiológico, conforme destacado anteriormente, o art. 6º, inciso X, do CDC, determina que é direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Comentando o dispositivo em questão, Luiz Antônio Rizzatto Nunes²⁴² afirma que:

O legislador quis dizer que não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. O serviço tem de ser realmente eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade concreta. O significado de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona.

E, ainda, prossegue o autor, asseverando que:

A eficiência é um *plus* necessário da adequação. O indivíduo recebe serviço público eficiente quando a necessidade para qual este foi criado é suprida concretamente. É isso o que o princípio constitucional da eficiência previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal pretende. E é isso o que dispõe a Lei nº 8.078.²⁴³

Resta, pois, indene de dúvida, que os serviços públicos são objeto de relação de consumo, o que fica mais evidenciado ainda no art. 22 da legislação consumerista, que dispõe sobre a obrigação dos órgãos públicos da administração direta e indireta, das concessionárias e permissionárias, e sob qualquer outra forma de empreendimento, de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Importante consignar que, devido à grande importância do preceptivo legal retrocitado na proteção do consumidor-usuário dos serviços públicos, corolário dos demais dispositivos do CDC que cuidam desses serviços, teceremos maiores considerações a seu respeito no último capítulo deste trabalho.

Ainda, cumpre destacar que o parágrafo único do art. 22 do CDC determina que, em caso de descumprimento dessa obrigação, as pessoas jurídicas serão obrigadas a cumpri-la, bem como reparar os danos causados em decorrência da má prestação do serviço público.

²⁴² RIZZATTO NUNES, Luis Antônio. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 156.

²⁴³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 156.

A esse respeito, mais uma vez oportuna é a lição de Luiz Antônio Rizzatto Nunes²⁴⁴:

O legislador inseriu a norma no contexto do art. 22 apenas, mais uma vez, para deixar patente a responsabilidade do prestador do serviço público. O intuito foi evitar que surgisse algum tipo de argumento pretendendo elidir a responsabilidade do prestador. Nesse aspecto fez bem o legislador, uma vez que, como vimos, mesmo com o texto expresso do *caput* do art. 22, existem fornecedores de serviços públicos que pretendem sustentar o insustentável: que não estão submetidos às regras da Lei nº 8.078/90. Assim, apenas para declarar, consigne-se que o prestador do serviço público está submetido exatamente a todas as mesmas normas que recaem sobre o prestador do serviço privado.

Na esteira da abordagem dos dispositivos do CDC que tratam do serviço público, cumpre invocar o disposto no artigo 59, §1º, que cuida das sanções administrativas e impõe pena de cassação da concessão à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual. Esse preceptivo legal vem confirmar que as empresas privadas prestadoras de serviço público sujeitam-se às disposições legais que regulam a defesa do consumidor, notadamente aquelas que coíbem o cometimento de infrações, que têm como objetivo a proteção da parte vulnerável da relação de consumo.

Denota-se, dessa explanação, que o legislador consumerista cuidou de proteger o consumidor de serviços públicos em vários de seus dispositivos legais, garantindo sobremaneira a continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais, uma vez que estão intrinsecamente relacionados ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB)²⁴⁵.

3.3 APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A inclusão dos serviços públicos no disciplinamento do CDC, bem como a submissão de seus prestadores, quer pelas empresas privadas na qualidade de

²⁴⁴ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 340-341.

delegatárias quer pela Administração Direta e indireta, fornecedores que são daqueles serviços, representa um grande avanço trazido pela legislação consumerista.

Alexandre Santos de Aragão²⁴⁶, discorrendo sobre o tema em comento, assevera que:

[...] não há dúvida quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - CDC aos serviços públicos, em razão de dispositivos expressos nesse sentido: por um lado, o art. 7º, *caput*, da Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos – Lei nº 8.987/95 – faz remissão genérica à aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos; por outro lado, o CDC os contempla expressamente nos arts. 4º, II (referência à melhoria dos serviços públicos como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo); 6º, X, (prestação adequada dos serviços públicos como direito dos consumidores); e 22 (obrigação do Estado e de seus delegatários pela prestação de serviços adequados).

E arremata com a seguinte afirmação:

A aplicação do Direito dos Consumidores aos serviços públicos é uma decorrência fundamental do movimento de liberalização econômica da década de oitenta e seguintes. Apenas um serviço liberalizado, sujeito à lógica econômica da concorrência, haver-se-ia de cogitar da aplicação, em maior ou menor escala, do direito comum de proteção dos consumidores.²⁴⁷

Luiz Antônio Rizzatto Nunes²⁴⁸, por sua vez, consigna que:

[...] estão compreendidos na ampla regulação da lei consumerista os serviços públicos, sem ressalvas. Se se levar em consideração que as duas exceções para não-abrangência do CDC no que respeita aos serviços (sem efetiva remuneração e custo; os de caráter trabalhista), ter-se-á de concluir que praticamente todos os serviços públicos estão protegidos pela Lei nº 8.078/90).

Em rigor, estando o serviço público incluído no rol dos serviços por força do art. 3º, § 2º, do CDC²⁴⁹, certo é que ele será objeto das relações de consumo. A mesma certeza não encontra eco na doutrina, no tocante à questão relativa à

²⁴⁵ O art. 1º, III, da CRFB tem a seguinte redação: “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: III – a dignidade da pessoa humana”.

²⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 519.

²⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 502.

²⁴⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 124.

natureza jurídica da contraprestação que o consumidor-usuário final de serviços públicos oferece ao fornecedor, pela atividade divisível colocada no mercado de consumo, conforme se estudará adiante.

3.4 O REQUISITO DA REMUNERAÇÃO COMO CRITÉRIO DE APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Uma vez estabelecida a premissa de que o serviço é elemento da relação de consumo, por força do art. 3º, § 2º, do CDC, conforme já consignado, doravante cabe abordar a questão relativa à sua contraprestação, sob a forma de remuneração.

A esse respeito há dissenso na doutrina e dois são os entendimentos: o primeiro refere que a contraprestação pelo serviço público prestado pode ser feita tanto de forma direta, como indireta; o segundo apregoa que somente sobre os serviços remunerados de forma direta haveria a incidência da legislação consumerista.

A par disso, pode-se dizer que haveria, então, a incidência do CDC a todo e qualquer serviço público, tanto naqueles casos em que a remuneração é realizada diretamente pelo consumidor, como ocorre, por exemplo, nos serviços de energia elétrica, ou de forma indireta, nos casos em que o serviço público é subsidiado por meio de outros recursos transferidos ao Estado, provenientes das fontes tributárias.

Com relação aos serviços remunerados de forma indireta, também denominados serviços públicos *uti universi*, estes têm por escopo proporcionar utilidades à coletividade e não a beneficiários individualmente. Exemplos de serviços *uti universi* são os serviços de saúde, educação, consulares, segurança pública e justiça.

Com base nessa definição, parte da doutrina não admite a gratuidade de alguns serviços públicos para efeito da incidência da legislação consumerista, admitindo, no entanto, que podem ser remunerados de forma direta ou indireta.

²⁴⁹ Artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante *remuneração*, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista [grifo nosso]”.

Compartilha do entendimento acima o administrativista argentino, Héctor Jorge Escola²⁵⁰ quando afirma que: “Em princípio, todos os serviços públicos são, de alguma maneira, retribuídos, já que seus usuários ou beneficiários pagam por sua prestação alguma compensação, seja sob a forma de um imposto, uma taxa ou um preço”.

A seu turno, Luiz Antônio Rizzatto Nunes²⁵¹ assevera que:

O fato de o serviço público não ser pago diretamente ou sequer ser cobrado não retira a abrangência do CDC, pois nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantidos e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação de tributos.

Rodrigo Priolli de Oliveira²⁵², apregoando a aplicação do CDC a todos os serviços públicos para fins de remuneração, registra:

A Lei nº 8.078/90 não faz nenhuma distinção entre serviços públicos, de modo que a concepção administrativista dessa atividade estatal deve ser afastada, com o intuito de conferir maior abrangência possível ao CDC, dada sua importância como ferramenta apta a garantir a cidadania. Logo, os serviços públicos próprios e impróprios ensejam relação de consumo, autorizando a incidência do CDC.

Ainda, no escólio do mesmo autor, justificando o seu posicionamento, tem-se o seguinte comentário:

A lei de proteção ao consumidor retira de seu raio de incidência apenas as relações trabalhistas e impõe ao Estado o dever de prestar serviços públicos adequados, eficientes, seguros e contínuos. Por essa razão, concluo que quando o cidadão pleiteia judicialmente a qualidade do serviço público ele não pode ser submetido a uma discussão doutrinária sobre o serviço demandado, para dizer se ele é consumidor ou se é contribuinte, devendo ser alcançado pelas previsões do CDC.²⁵³

Há autores que defendem o entendimento de que só existe remuneração pelo serviço público prestado quando a contraprestação é oferecida diretamente

²⁵⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma. 1990, v. 1, p. 464. “Doctrinalmente, se há señalado que en principio todos los servicios públicos son, de alguna manera, retribuídos, ya que los usuarios o beneficiários de ellos pagan por su prestación alguna compensación, ya sea bajo la forma de un impuesto, una tasa o un precio”.

²⁵¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 124.

²⁵² OLIVEIRA FILHO, Rodrigo Priolli. *Relação de consumo: serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Altamira, 2004, p. 160.

²⁵³ OLIVEIRA FILHO, Rodrigo Priolli. *Relação de consumo: serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Altamira, 2004, p. 160.

pelo consumidor. Por este prisma, ficam excluídos da incidência do CDC aqueles serviços subsidiados por meio da arrecadação de tributos.

Nesse sentido é o ensinamento de José Geraldo Brito Filomeno²⁵⁴, que diferencia as figuras de consumidor e contribuinte, leciona:

O Poder Público, como produtor de bens e ou prestador de serviços, remunerados, não mediante a atividade tributária em geral (impostos, taxas e contribuições de melhoria), mas por tarifa ou 'preço público', se sujeita às normas ora estatuídas, em todos os sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do novo Código do Consumidor, sendo, aliás, categórico no seu art. 22.

Com efeito, vale registrar que o citado doutrinador, um dos autores do Anteprojeto do CDC, quando esteve à frente das Promotorias de Justiça do Consumidor no Estado de São Paulo, foi o responsável pela edição da Súmula nº 6, resultante de estudos do Centro de Apoio Operacional de referidos órgãos, que traduz sua opinião a respeito da remuneração dos serviços públicos, vejamos:

Serviço público. Objeto de proteção pelo Código do Consumidor – 'uti singuli'. São objeto de tutela pelo Código de Defesa do Consumidor, e de atribuição das Promotorias de Justiça do Consumidor, os serviços públicos prestados 'uti singuli' e mediante retribuição por tarifa ou preço público, quer pelo Poder Público diretamente, quer por concessionárias ou permissionárias, sobretudo para os efeitos do seu art. 22. Não os são, porém, os serviços prestados 'uti universi' como decorrência da atividade precípua do Poder Público e retribuído por taxa ou pela contribuição a título de tributos em geral. Nesse caso, tais serviços poderão ser objeto de inquérito civil e ação civil pública pelo Ministério Público, mas por intermédio do setor de defesa dos direitos do cidadão.²⁵⁵

Como visto, uma parte da doutrina perfilha o entendimento de que a remuneração compreende a retribuição direta e indireta, enquanto outra apenas a direta. A maioria dos doutrinadores, no entanto, aceita qualquer vantagem ou proveito direto ou indireto como capaz de caracterizar a remuneração apontada no art. 3º, § 2º, do diploma consumerista.

²⁵⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 53.

²⁵⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Promotorias de Justiça do Consumidor: atuação prática*. São Paulo: Editora Associação Paulista do Ministério Público de São Paulo, 1997, p. 67.

Assim, no escólio de Claudia Lima Marques²⁵⁶: “Os serviços remunerados não significam serviços onerosos, avançando o CDC para aí incluir os serviços remunerados indiretamente”.

3.5 A REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: TAXA OU TARIFA

Tecidas considerações a respeito da remuneração dos serviços públicos, pode-se firmar o entendimento de que somente aqueles remunerados de forma direta estariam agasalhados pela legislação consumerista, ou seja, os serviços *uti singuli*, isto porque refutamos a tese de que a prestação de serviços *uti universi* esteja sujeita às normas do CDC.

Doravante, então, procuraremos analisar a natureza jurídica da remuneração dessa contraprestação, se taxa ou tarifa, capaz de autorizar a incidência do CDC, já advertindo que, sobre esta questão, também há dissenso na doutrina.

Pois bem. Para atingir esse desiderato, em decorrência da multidisciplinaridade do direito das relações de consumo, já consignada anteriormente, e da especialidade do tema analisado, buscaremos auxílio no direito tributário.

Com relação à taxa, espécie do gênero “tributo”, assim preceitua o art. 145 da CRFB:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - **taxas**, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de **serviços públicos específicos e divisíveis**, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (grifo nosso).

O art. 77 do Código Tributário Nacional (CTN) reitera o preceito constitucional para delimitar o campo de incidência da taxa:

²⁵⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 486.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Por derradeiro, o art. 79 do mesmo Código, que remete ao preceptivo acima, dispõe sobre os atributos dos serviços públicos remunerados por meio de taxa:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:
 I – utilizados pelo contribuinte:
 a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
 b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
 II – específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública;
 III – divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos usuários.

Denota-se, assim, que a principal característica da taxa é a sua compulsoriedade, eis que a obrigação pelo seu pagamento decorre de disposição legal, independentemente da vontade do contribuinte.

Ainda, o caráter compulsório da taxa é inerente à exação fiscal denominada tributo, que o art. 3º do CTN conceitua nos seguintes termos: “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Quanto à tarifa, impende verificar o disposto no art. 175, parágrafo único, inciso III, da CRFB:

Art. 175. 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.
 Parágrafo único. A lei disporá sobre:
 [...]

 III – política tarifária;
 [...].

Do cotejo realizado entre o dispositivo 145, inciso II, do CTN e o art. 175, parágrafo único, inciso III, da CRFB, desume-se o seguinte: (i) sendo o serviço público prestado diretamente pelo Estado, por meio da Administração Direta ou

Indireta, a forma de remuneração será necessariamente a taxa; (ii) quando o Estado delega a prestação do serviço público, a forma de remuneração será a tarifa.

Destarte, a delegação de serviços públicos deverá ser precedida de lei municipal, estadual, distrital ou federal, de acordo com o disposto no art. 2º da Lei nº 9.074/95, que alterou alguns dispositivos da Lei nº 8.987/95. Assim, em decorrência de dispositivo de lei, a tarifa passa a ser a forma de remuneração do serviço público delegado à iniciativa privada.²⁵⁷

A propósito, José Cretella Júnior²⁵⁸ define tarifa (ou preço público) nos seguintes termos:

É o pagamento pelo usuário de serviços que embora exercidos pelo Estado não lhe são, em tese, privativos. A tarifa é o que se denomina, em direito financeiro, de preço público, não sendo nem taxa nem imposto. Entre os elementos formadores da receita pública, há um novo elemento que não é tributo nem preço privado, conciliando o critério do interesse público com um sentido econômico: é o preço público.

Tarifa seria, pois, a remuneração dos serviços públicos prestados pelo Estado ou por seus delegados, mas regidos por normas de direito privado, em decorrência de seu cunho facultativo, com predomínio do elemento volitivo e instrumentalizado por um contrato, de onde decorre a incidência do CDC, porquanto caracterizada a relação de consumo.

Por conseguinte, a diferença fundamental entre taxa e tarifa consiste, então, no caráter facultativo desta e a na obrigatoriedade daquela. Esse entendimento está pacificado na jurisprudência, conforme se depreende do Enunciado 545 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), *litteris*: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente

²⁵⁷ Nesse sentido decidiu o STJ: “[...] Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde e educação etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 3. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados pelos órgãos da Administração Pública Indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. 4. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que diferencia da taxa, esta, remuneração do serviços público próprio [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 754.784/PR. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 13.9.2005. <<http://www.stj.gov.br>>

²⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 363.

daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Na doutrina há quem afirma inexistir confusão entre taxa e tarifa. Sacha Calmon Navarro Coêlho²⁵⁹, a propósito, compartilha desse entendimento e didaticamente explica:

[...] a) o preço decorreria do livre encontro de vontades (contrato). A taxa – espécie tributária – proviria da ‘vontade da lei’ (tributo). O primeiro é autônomo, a segunda heterônoma; b) no preço predomina a ‘facultatividade’, na taxa – tributo – a ‘compulsoriedade’; c) no preço de origem sempre contratual haveria a possibilidade de desfazimento do pactuado e, ainda, antes disso, a cobrança só é possível após a cobrança do usuário. Na taxa, ao revés, predominaria a vontade da lei, e a obrigação, às vezes existindo a simples disponibilidade do serviço, só seria elidível pela revogação da norma legal, irrelevante o querer do obrigado; d) o preço seria *ex contractu*, por suposto, e a taxa – tributo – *ex lege*; e) em consequência, o preço reger-se-ia pelos preceitos do Direito Privado, com influxos aqui e acolá, do Direito Administrativo (preços públicos), e a taxa reger-se-ia pelas regras do Direito Público e, portanto, estaria sujeita aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade e anualidade; f) os preços seriam *jus gestionis* e as taxas *jus imperii*; g) os preços, por isso que contratuais, sinalagmáticos, não comportariam ‘extrafiscalidade’, esta típica da ação governamental, via tributos (inclusive taxas), tese de resto polêmica no respeitante às taxas, nos contrafortes do próprio Direito Tributário, em razão da natureza contraprestacional destas; h) os preços seriam adequados para remunerar atividades estatais delegáveis, impróprias, ao passo que as taxas seriam utilizáveis para remunerar serviços estatais ‘próprios’, indelegáveis, tipo ‘polícia’, ‘justiça’, ‘fisco’, etc; i) os preços estariam livres do controle congressual, possuindo maior elasticidade. As taxas, ao contrário, porque seriam tributos, estariam sujeitas ao controle do Legislativo, daí a maior rigidez do seu regime.

A uniformidade de entendimento acerca da natureza jurídica da taxa e da tarifa, bem como da diferença que existe entre elas, não acompanha a questão relativa ao meio de remuneração dos serviços públicos, quer sejam eles prestados diretamente pelo Estado quer por intermédio de seus delegatários.

Observa-se, a respeito dessa questão, certa divisão de opiniões, haja vista, de um lado, a percepção de que os serviços públicos devem, necessariamente, ser financiados por taxas, de outro, que apenas a tarifa seria a forma correta de remuneração destes serviços.

²⁵⁹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 418-419.

Regina Helena Costa²⁶⁰, discorrendo sobre tributação e consumo, filia-se à corrente doutrinária segundo a qual a natureza jurídica da remuneração que financia o serviço público, embora prestada pelo concessionário ou permissionário, é de taxa e não de tarifa. Extraíndo o fundamento da CRFB, explica que: “A remuneração pela prestação de serviços públicos, específicos e divisíveis, prestados pelo contribuinte ou postos à sua disposição, é feita mediante taxa, na precisa dicção do art. 145, inc. II, da Constituição da República”. E, prossegue, justificando o seu posicionamento:

Não se desconhece a polêmica em torno da tese segundo a qual a tarifa constitui uma possibilidade de remuneração pela prestação de serviço público, sendo faculdade do legislador adotar a tarifa ou a taxa para tal finalidade. Todavia, adotamos o entendimento segundo o qual a Lei Maior estabeleceu uma única forma para tanto, que é a taxa, sendo a tarifa uma autêntica distorção, na medida em que, mediante a sua instituição, pretende-se submeter a remuneração pela prestação de um serviço público a regras próprias do direito privado, procedimento não autorizado constitucionalmente, a teor do art. 145, inc. II, da CF.²⁶¹

Inobstante a peculiaridade de sua posição a respeito da natureza jurídica da remuneração do serviço público, a autora citada entende que a contraprestação que o consumidor paga ao fornecedor pode ser feita de forma direta ou indireta, para que fique configurada a relação de consumo e sobre ela incida a legislação consumerista.

Roque Antonio Carrazza²⁶², por sua vez, entende que o serviço público é bem indisponível que surge por imperativo de lei para atender, conforme determina o texto constitucional, ao interesse público. É, portanto, *res extra commercium* e não pode ser negociado. Para o autor, com ou sem o pagamento de taxa, o Estado não pode deixar de prestá-lo.

Geraldo Ataliba Nogueira²⁶³ perfilha esse entendimento quando assevera que:

²⁶⁰ COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 21, jan./mar. 1997, p. 102.

²⁶¹ COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 102.

²⁶² CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 557.

²⁶³ NOGUEIRA, Geraldo Ataliba. SABESP. Serviço público e eelegação a empresa estatal. Imunidade a impostos. Regime de taxas. *RDP*. São Paulo, Editora Revista de Direito Público, 92/70-95, 1989, p. 29.

O serviço público não se vende. Não se compra. Presta-o o Estado, porque a lei o constrange (esgoto, licença para construir etc.). [...] Admitir sua remunerabilidade por preço implicaria supor que são utilidades (materiais ou imateriais) disponíveis, *res in commercio*, produzidos por livre vontade do órgão ou entidade que os 'vende', em regime de mercado, em concorrência, atual ou virtual, com particulares.

Em sentido oposto, outra corrente doutrinária adota o entendimento de que a remuneração dos serviços públicos pode ser feita por meio de taxa ou tarifa.

Aliomar Baleeiro²⁶⁴, adepto dessa corrente, analisa:

A taxa não tem por base um contrato, seja de direito privado, seja de direito público. Ela, como todo tributo, é obrigação 'ex lege'. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objeto de concessão a este.

Francisco Bilac Moreira Pinto²⁶⁵, concordando com o entendimento do autor retrocitado, afirma que:

O preço é uma receita pública de natureza contratual, não obrigatória, e que, como o seu próprio nome indica, somente pode ser instituído como remuneração de um serviço ou de um bem vendido pelo Estado, atendida sempre a equivalência das prestações recíprocas. Inexistindo, na espécie, qualquer prestação por parte do Estado, em retribuição do pagamento, preço não pode ser.

Diante dos argumentos apresentados pelas duas correntes doutrinárias apresentadas, verifica-se que a última delas demonstra maior coerência com o sistema jurídico brasileiro, especialmente quanto à natureza contratual que exsurge da avença entre delegados prestadores de serviços públicos e usuários.

Assim, é possível concluir que a tarifa é a forma de remuneração típica de uma relação contratual em que uma das partes é o Estado, por meio de seus delegados, tendo por objeto o serviço público. Porém, não se pode perder de vista que esta relação deve ser regida pelo princípio basilar dos contratos, qual seja a autonomia da vontade das partes. Como é cediço, esta liberdade contratual é relativa, porquanto, além do fato de que a avença no mais das vezes traz a característica de contratos de adesão, ainda encontra restrições relativamente aos princípios afetos ao direito administrativo.

²⁶⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 545.

Retomando o averbado linhas atrás, cumpre destacar que o art. 175, parágrafo único, inciso III, da CRFB é claro ao prever que o serviço público será remunerado por tarifa, quando autoriza a lei dispor sobre a política tarifária dos serviços concedidos ou permitidos. Conforme mencionado em outro ponto deste trabalho, cumprindo o preceito constitucional, foi editada a Lei nº 8.987/95 (arts. 9 a 13)²⁶⁶, que regula a exploração dos serviços públicos por meio de concessão ou permissão, estabelecendo critérios da política tarifária.

Conclui-se, ademais, que o argumento sustentado por alguns autores de que todo serviço público só pode ser remunerado por taxa colide com o preceito constitucional e com a lei infraconstitucional que o regulamenta. Fato é que as taxas estão sujeitas às limitações dos princípios constitucionais tributários²⁶⁷, enquanto as tarifas desfrutam de flexibilidade e podem ser estabelecidas ou modificadas por ato normativo da autoridade competente, não se sujeitando ao controle do processo legislativo.²⁶⁸

A estipulação do valor da tarifa, em outras palavras, dispensa fixação em lei e, a esse respeito, vale transcrever a lição de Dinorá Adelaide Mussetti Grotti²⁶⁹:

²⁶⁵ PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 254.

²⁶⁶ “Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§1º. A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (redação dada pela Lei nº. 9.648/98).

§2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§3º. Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Art. 12 (Vetado)

Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.”

²⁶⁷ Alguns princípios constitucionais aplicam-se a todos os tributos, como, por exemplo, o princípio da legalidade (art. 150, I, CF) e da anterioridade (art. 150, III, b, CF).

²⁶⁸ Alguns princípios constitucionais aplicam-se a todos os tributos, como, por exemplo, o princípio da legalidade (art. 150, I, CF) e da anterioridade (art. 150, III, b, CF).

²⁶⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 239.

“[...] faz-se na via administrativa, e pressupõe a possibilidade de sua alteração, a qualquer tempo, como instrumento da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo, assegurada pelo art. 37, XXI, da Lei Magna”.

Outrossim, uma das questões mais controvertidas dentro da distinção entre taxa e tarifa é saber quais serviços são remunerados por aquela ou por esta, o que nos remete ao preciso entendimento de Célio Armando Janczeski²⁷⁰:

Taxa de morador servido por rede pública de água, havendo lei administrativa antecedente, obrigando utilização compulsória (CTN, art. 79, I, 'b'), é possível de ser cobrada pela mera disponibilidade do serviço. Mesmo que alegue estar utilizando água de poço próprio, o contribuinte será obrigado ao pagamento (regime jurídico das taxas), pela simples disponibilidade do serviço, desde que regular e em funcionamento. É que neste caso, haverá serviço utilizado pelo contribuinte, mesmo que potencialmente, posto à disposição, com possibilidade de se medir em que proporção cada um se utiliza. Mesmo considerado serviço público coletivo, sua utilização é particularizada. Não havendo utilização obrigatória determinada por lei, a remuneração do serviço de abastecimento de água será preço público, sem índole tributária.

Assim, se a remuneração de determinado serviço público tem como característica a compulsoriedade, isto é, se a ordem jurídica obriga a utilização do serviço público por parte do usuário, não permitindo o atendimento por outros meios, a sua remuneração será por meio de taxa. Por outro bordo, se o Poder Público tem liberdade para fixar a tarifa, o usuário deverá ter liberdade para utilizar ou não o serviço correspondente. E este último entendimento é o que deve prevalecer.

3.6 INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS REMUNERADOS POR MEIO DE TAXA

Superada a discussão sobre a viabilidade de determinados serviços públicos serem remunerados por meio de tarifa, surge outra controvérsia a respeito da aplicação ou não do CDC aos serviços públicos remunerados por meio de taxa.

A doutrina não é unânime sobre esta questão e, assim, podemos encontrar duas correntes: uma que defende a aplicação do CDC somente aos

²⁷⁰ JANCZESKI, Célio Armando. *Taxas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 39-40.

serviços remunerados por meio de tarifa e outra que admite a incidência da legislação consumerista aos serviços públicos remunerados por meio de taxa ou tarifa.

Claudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes²⁷¹, adeptos da primeira corrente, excluem, pois, a incidência do CDC a todos os serviços remunerados por taxa, ao considerarem que, sendo cidadão tolhido no seu direito de escolha, não se pode enquadrá-lo como consumidor.

A respeito do direito de escolha, os mesmos autores remetem ao art. 6º do CDC, como um dos direitos básicos do consumidor:

[...] não é possível reconhecer a condição de consumidor, ou seja, àquele que paga, usa, se utiliza de um produto ou serviço para satisfação de uma necessidade sua, quando sequer é outorgado a ele o direito de manifestar concordância no sentido de que, de fato, possui aquela necessidade específica. Assim, caso não deseje mais de receber o serviço de telefonia, o consumidor simplesmente deixa de pagar, pois é um preço público, e o serviço será sustado. O mesmo não ocorre com um serviço público remunerado por taxa. Caso deixe de pagar, a prestação da atividade continuará e o contribuinte será acionado para saldar seu débito, situação esta que feriria frontalmente os ditames do art. 6º do CDC.²⁷²

Ainda, abonando a primeira corrente, Claudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes²⁷³ afirmam que a taxa é uma imposição do Poder Público e que, por isso, não contém o caráter de voluntariedade encontrado no ato de pagar o preço, seja público ou privado, mesmo quando não haja fruição efetiva do serviço. Mencionam o art. 145, inciso II, da CRFB e o art. 77 do CTN para explicar que na cobrança de taxa o legislador se refere ao sujeito passivo da relação tributária como contribuinte e não como consumidor.

José Geraldo Brito Filomeno²⁷⁴, a seu turno, perfilha o mesmo entendimento. Ao comentar o art. 3º, § 2º, do CDC, anota:

Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os 'tributos', em geral, ou 'taxas' e 'contribuições de melhoria',

²⁷¹ BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.121.

²⁷² BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 118.

²⁷³ BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 114-115.

²⁷⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 53.

especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária.

Não há de confundir, por outro lado, referidos tributos como 'tarifas', estas, sim, inseridas no contexto dos 'serviços' ou, mais particularmente, 'preço público', pelos 'serviços' prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.

O que se pretende dizer é que o 'contribuinte' não se confunde com o 'consumidor', já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida na prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.

Por outro bordo, para redargüir, encontra-se a corrente doutrinária que, embora defenda a aplicação do CDC aos serviços públicos impróprios ou *uti singuli*, entende que podem ser remunerados por meio de taxa ou tarifa.

Nesse sentido são as considerações de Adalberto Pasqualotto²⁷⁵:

[...] os serviços públicos próprios ou *uti universi* prestados pelo Estado no uso de seu poder de império e que são mantidos pelos tributos gerais, como serviços de segurança, preservação da saúde e iluminação pública, não são abrangidos pelo CDC, haja vista faltarlhes o requisito da remuneração específica. Em contrapartida, os serviços públicos impróprios, prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão, estão sob a tutela do CDC, porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas.

Maria Antonieta Zanardo Donato²⁷⁶, demonstrando a mesma linha de raciocínio, consigna que: "Os serviços públicos relativos à função do Estado, peculiares ao Poder Público, não se encontram abarcados pela legislação consumerista, a qual regula somente os serviços públicos remunerados, mediante taxa ou tarifa".

Claudia Lima Marques, na apresentação da obra de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes²⁷⁷, é taxativa ao desconsiderar que o requisito da liberdade formal de escolha seja uma condição para a definição de consumidor *stricto sensu*. Isso porque, em matéria contratual, é comum, principalmente no que se refere aos contratos de adesão, a limitação à liberdade contratual do consumidor

²⁷⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 1, 1992, p. 145.

²⁷⁶ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 123-125.

²⁷⁷ BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, p.14-16.

(liberdade de escolha do parceiro e do conteúdo das cláusulas) e, muitas vezes, a total exclusão da liberdade.

Em abono do quanto sustenta, a autora procura valer-se dos fundamentos de ordem social para justificar a expansão da cobertura do CDC aos usuários de serviços públicos remunerados por meio de taxa, dada a sua situação de vulnerabilidade perante o Estado.²⁷⁸

Contudo, malgrado o esforço de Claudia Lima Marques, não compartilhamos da sua opinião ante o entendimento de que, quando o Estado presta serviços *uti universi* para suprir as necessidades da coletividade não se sujeita à legislação consumerista, situação em que não se configura relação de consumo, porquanto, pela ótica do CDC, encontra-se ausente o requisito da remuneração específica.

Ademais, cumpre refutar o argumento de que a inaplicabilidade do CDC aos serviços remunerados por meio de taxa prejudicaria o contribuinte, pois o deixaria desamparado diante da sua vulnerabilidade perante o Estado. Sem embargo, o ente estatal e os prestadores de serviços públicos, neste caso, estariam sujeitos à norma de responsabilidade civil estatuída no art. 37, § 6º, da CRFB, questão sobre a qual não teceremos maiores considerações, porquanto não é objeto do presente estudo.

Imperioso ressaltar que, nas relações em que o usuário de serviço público não esteja guarnecido pelo CDC, terá a proteção normativa da Lei nº 8.987/95, que estabelece no artigo 7º²⁷⁹ quais são os seus direitos e obrigações.

Assim, ao ensejo da finalização deste capítulo, concluímos que os serviços públicos abrangidos pelo CDC dizem respeito àquelas atividades comerciais e industriais prestadas pela Administração Pública Direta ou indireta, ou por intermédio de concessionários ou permissionários, cuja remuneração é realizada

²⁷⁸ BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 14-16.

²⁷⁹ O artigo 7º da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) tem a seguinte redação: “Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I – receber serviço adequado; II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre os vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente (Redação dada pela Lei nº. 9.648, de 1998); IV – levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI – contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços”.

mediante tarifa²⁸⁰. Excluída fica, portanto, a aplicabilidade do CDC aos serviços públicos remunerados por meio de taxa, porquanto não há como se confundir relação de consumo com relação jurídica tributária, dado o caráter compulsório do tributo.

²⁸⁰ O Superior Tribunal de Justiça já deixou consignado que os serviços públicos delegados são remunerados mediante o pagamento de tarifa ou preço público. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 213799/SP. T2. Relatora Min. Eliana Calmon. Julgado em: 06/05/2004. DJ: 23/08/2004, p. 178.

PARTE III

DEFESA DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO

CAPÍTULO 1 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1 ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A gênese das agências reguladoras pode ser encontrada no direito anglo saxão, em período anterior à instituição das primeiras *public utilities*²⁸¹, quando o governo britânico e as colônias americanas passaram a regular²⁸² certos preços e serviços. No entanto, foi somente em 1820 que o Congresso dos Estados Unidos outorgou à cidade de Washington o direito de regular o preço do pão, do serviço de limpeza de chaminé e de amarra nos cais.²⁸³

Francisco Campos²⁸⁴ relata que a cidade de Rhode Island criou, em 1839, uma comissão reguladora, no que foi seguida por New Hampshire (1844) e por Connecticut (1853). Essas comissões, de cunho acessório e com poderes de investigação dos fatos, exerciam jurisdição apenas no tocante às indústrias de construção de estradas de ferro, cuidando tão somente dos níveis de segurança, porquanto não lhes competia o controle das tarifas.

Contudo, as primeiras agências reguladoras estaduais firmaram-se logo após o início do movimento *Granger*.²⁸⁵ Do período que se inicia, em 1871 até 1874, nos estados de Illinois, Iowa, Minnesota e Wisconsin, foram estabelecidas comissões com autoridade de fixar tarifas máximas para prevenir discriminações e evitar a formação de cartéis entre empresas concorrentes nas estradas de ferro. No final de

²⁸¹ A denominação *public utility* no modelo norte-americano refere-se às empresas de serviços públicos ou à própria atividade de serviço público.

²⁸² A regulação dos serviços públicos tem sua origem no *common law* britânico. Cf. CINCUNEGUI, Juan De Dios. Fundamentos legales de la regulación y el control de los servicios públicos. *La Ley*. Buenos Aires, t. 1995-D, 1995, p. 1.267.

²⁸³ CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949, p. 138-141.

²⁸⁴ CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*, p. 138-141.

²⁸⁵ O *Granger Movement* foi um movimento de opinião, promovido por fazendeiros do meio-oeste norte-americano, contra os abusos das estradas de ferro em 1870, que resultou na intervenção dos

1887, as leis *Granger* foram derogadas, exceto em Illinois, onde as comissões já haviam fixado padrões que foram seguidos por outros estados norte-americanos.²⁸⁶

A partir de 1907, os Estados Unidos começam a expandir o controle da regulação por meio das comissões.

Francisco Campos²⁸⁷ delinea bem este período:

O último processo de controle é o realizado mediante comissões. É o usado nos Estados Unidos. Esse processo teve aí o seu início em 1907. Em período anterior, o único serviço público submetido ao controle de comissões era o de estrada de ferro, havendo em grande número de Estados comissões especiais para este fim, ou *Railroad Commissions*. Em 1907, alguns Estados estenderam a jurisdição dessas comissões a todos os negócios ou serviços que nos Estados Unidos se designam *quasi public*, e tais comissões passaram a denominar-se *Public Utilities Commissions*.

Primeiramente, os Estados de Wisconsin e New York criaram *Public Utilities Commissions*, com funções de controle sobre os serviços de produção e distribuição de utilidades públicas; logo em seguida, o Estado de Georgia estendeu a competência de sua *Railroad Commission* ao controle das outras empresas de serviços públicos. [...]

Assim se dilatou por todo o território americano a instituição de *Public Utilities Commissions*, de maneira que em Estados americanos tinham comissões especiais destinadas ao controle dos serviços públicos explorados ou administrados por companhias ou corporações.

Assim, paulatinamente, estendeu-se por todo o território americano a instituição de *Public Utilities Commissions*, de sorte que em 1929, dos quarenta e sete estados em que haviam comissões de utilidades públicas, apenas sete delas não tinham jurisdição sobre a indústria. A função dessas comissões estendeu-se aos serviços públicos sob gestão privada, entre os quais companhias de ônibus, de telégrafo, de telefone, gás e eletricidade.²⁸⁸

Denota-se, desse breve esboço a respeito do nascimento e da evolução das agências reguladoras²⁸⁹, que surgiram atreladas à proteção dos direitos dos

legislativos estaduais, por uma ação direta, mediante verdadeiro torrencial de leis e regulamentos fixando preços e detalhes do serviço.

²⁸⁶ CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*, p. 138-140.

²⁸⁷ CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*, p. 138-140.

²⁸⁸ CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*, p. 138-140.

²⁸⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estudando o tema, comenta que nos Estados Unidos toda organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo em nosso direito), a tal ponto que se afirma que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências. Consigna ainda que, no sistema europeu-continental, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e

indivíduos diante dos abusos perpetrados pelas empresas privadas, que forneciam serviços de suma importância para a coletividade. Este modelo acabou se expandindo²⁹⁰, notadamente devido às transformações sociais, econômicas e políticas pelas quais vêm passando os países nas últimas décadas, no intuito de obterem uma administração técnica mais independente e apartada das ingerências políticas.

O Brasil²⁹¹, a seu turno, buscando inspiração nos modelos alienígenas e adaptando-os ao nosso ordenamento administrativo, acabou trilhando o mesmo caminho, quando o legislador pátrio incluiu na lei das concessões e permissões de serviços públicos (Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 30, parágrafo único) e posteriormente no texto constitucional, por força da Emenda Constitucional n° 8 de 15 de agosto de ²⁹²1995, a criação de um órgão regulador (art. 21, XI)²⁹³, com funções fiscalizadoras, controladoras e regulamentadoras.

entidades que compõem a Administração Indireta. A autora considera que esse modelo serviu de inspiração ao direito brasileiro na criação das agências. (Direito administrativo, p. 463).

²⁹⁰ Diversos países buscaram inspiração na experiência norte-americana, passando a adotar a figura dos entes reguladores. De acordo com dados do Ministério do Planejamento e Gestão, os países que possuem agências reguladoras são os seguintes: Estados Unidos, Canadá, Argentina, Dinamarca, Holanda, Brasil, Alemanha, Suíça e China.

²⁹¹ Plínio Branco, ao tecer comentários sobre as regulamentações por meio de comissões de serviços públicos, bem antes do advento da Constituição de 1988, alerta sobre o fato de que no Brasil não passou de uma pseudo regulamentação, fracassando, principalmente em relação aos serviços de produção, transmissão e distribuição de luz e força, serviços de transportes urbanos de passageiros, serviços telefônicos e de distribuição de gás. A Constituição Federal de 1937 previa a adoção de comissões para a regulamentação desses serviços, com funções administrativas, jurisdicionais e normativas, não cabendo recurso de suas decisões para os tribunais ordinários ou autoridades administrativas. O texto constitucional outorgou às comissões toda função jurisdicional nos assuntos que forem atribuídos à sua competência, com a vedação de que sobre eles se manifestassem os tribunais ordinários. Ao concluir o estudo, o autor comenta que todos os que “[...] estudam os problemas ligados à regulamentação dos serviços de utilidade pública sabem perfeitamente que, nos Estados Unidos, a prática de quase 40 anos tem demonstrado que a ação do Judiciário tem sido perturbadora e as comissões obrigadas ao esforço vão de concretizar os critérios econômicos da Suprema Corte, com a sua regra do *fair value* desarrazoada e impraticável” (*Diretrizes modernas para a concessão de serviços de utilidade pública*. São Paulo, Prefeitura Municipal de São Paulo, 1949, pp. 44-47).

²⁹² CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*, p. 138-141.

²⁹³ Oportuno esclarecer que até 1995 o inciso XI do art. 21 da CRFB determinava a exploração pela União, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, dos serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado, por meio da rede pública de telecomunicações. Foi a Emenda Constitucional n° 8, de 1995, proposta pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, que deu a redação atual, permitindo a entrada do capital privado nas atividades de telecomunicações do país. Manteve, entretanto, o regime de concessão da União, de modo a garantir o controle do Estado sobre o sistema de telecomunicações. Referida emenda também previu a criação de um órgão regulador, ente da Administração Indireta detendo o controle regulamentar e a fiscalização das atividades do setor de telecomunicações. Após a aprovação da Emenda Constitucional n° 8/95, foi editada a Lei n° 9.295/96, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a exploração do serviço móvel celular, de serviço limitado e de serviço de transportes de sinais de telecomunicações por satélite, a utilização da rede

1.2 A TRANSFORMAÇÃO DO PAPEL DO ESTADO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

A atuação do Estado brasileiro na economia remonta a meados do século passado, em que o Brasil contava com uma iniciativa privada incipiente e recorria à importação de produtos industrializados dos países desenvolvidos.

O agigantamento do Estado brasileiro, contudo, ocorreu a partir da década de 1960, principalmente após o Regime Militar de 1964, e no decorrer de toda a década de 1970, ocasião em que, de acordo com Luis Roberto Barroso²⁹⁴, foram criadas mais de 300 empresas estatais: Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás, entre outras.

Assim, durante o período de governo dos militares, de quase 25 anos, o Brasil tornou-se um país com fortes tendências estatizantes. A retomada da democracia, no início da década de 1980, abriu espaço à crítica ao modelo burocrático de administração militar, evidenciando a necessidade de uma reforma do Estado. A esse respeito Dinorá Adelaide Musetti Grotti²⁹⁵, pontifica:

O primeiro passo de inversão da tendência expansionista da Administração Pública brasileira já se manifesta no final da década de 70, precisamente em julho de 1979, quando o Decreto 83.740 adota o Programa Nacional de Desburocratização que, a partir de 1981, define a política restritiva na criação de novas entidades paraestatais e estabelece as primeiras diretrizes de transferências de empresas públicas para o setor privado. Em 1985, o Decreto 91.991 aperfeiçoa o programa com a criação do Conselho Interministerial da Privatização, ao qual sucede, em 1988, o Conselho Interministerial de privatização, ao qual sucede, em 1988, o Conselho Federal de desestatização, nos termos do Decreto 95.886.

O painel histórico que antecede à criação das agências reguladoras se destaca pelas reformas econômicas que envolveram três transformações estruturais.

pública de telecomunicações para a prestação de serviço de valor adicionado e estabeleceu conceitos específicos da área de comunicações que são de grande importância para a compreensão da lei e de outras portarias emitidas pelo Ministério das Comunicações. Com a aprovação da Lei nº 9.472/97, que criou a Anatel e deu nova estrutura ao setor de telecomunicações, a Lei nº 9.295/96 foi derogada. Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 150.

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 110.

²⁹⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 149.

De acordo com Luís Roberto Barroso²⁹⁶, essas transformações:

[...] se complementam, mas não se confundem. São elas: (i) a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, que teve lugar com a Emenda Constitucional n° 6, de 15/08/1995; (ii) a flexibilização dos monopólios estatais, com as Emendas Constitucionais n°s 5, 8 de 15/08/1995 e 9 de 09/11/1995, que passaram a permitir a exploração pela iniciativa privada dos serviços de gás canalizado, telecomunicações, radiodifusão sonora de sons e imagens, e petróleo; (iii) privatização, que prescindiu de alteração do texto constitucional, instituída pela Lei n° 8.031 de 12/04/1990 – Lei do Programa Nacional de Privatização, posteriormente substituída pela Lei n° 9.491, de 09/09/1997

As justificativas apresentadas pela mencionada lei para a privatização de empresas públicas possibilitaram a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades exploradas pelo setor público. Também contribuíram para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Essa nova visão do papel do Estado adota a descentralização como estratégia e impõe: a diminuição de seu tamanho, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; e o aumento da governabilidade.²⁹⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹⁸, discorrendo sobre o assunto sublinha que:

A idéia de privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas adotadas com o fim de reduzir a presença do Estado, compreendendo: a) desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais à empresa estatal; c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado, através de acordos de variados tipos; d) a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização ou

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Agências Reguladoras*, p. 110.

²⁹⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 150.

²⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, p. 17-19.

desnacionalização, com a venda de empresas estatais ao setor privado.

Com a transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado²⁹⁹, que antes eram prestados por empresas estatais, surge a necessidade de regulamentar tais atividades para proteger devidamente os interesses da coletividade de administrados.

No Brasil, as agências reguladoras surgem na década de 1990, quando o Estado adota uma postura de regulador do mercado, por encontrar-se impossibilitado de continuar prestando os serviços públicos de forma eficiente, razão que o fez descentralizar suas atividades, outorgando-as à iniciativa privada. Neste contexto é que foram criadas as agências, mormente com a finalidade de fiscalizar a atuação das empresas no mercado brasileiro, zelando pelo cumprimento dos termos dos contratos de concessão.

Alexandre Mazza³⁰⁰, estudando a origem das agências reguladoras, relata:

O modelo das agências reguladoras foi adotado no Brasil como conseqüência de alterações no Texto Constitucional destinadas a abrir a economia e o mercado brasileiros à ação do capital estrangeiro - representado pelas empresas e grupos transnacionais -, abertura esta francamente estimulada pelos Estados Unidos e pelos demais países desenvolvidos, e intermediada por instituições internacionais de crédito como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Os alvos principais desse processo foram a exploração de recursos naturais e a prestação de serviços públicos, áreas até então protegidas constitucionalmente contra a ação de entidades estrangeiras e que consistiam nos setores mais atraentes do ponto de vista econômico.

No mesmo sentido, analisa Gustavo Binjenbojm³⁰¹:

²⁹⁹ “Os serviços públicos que eram prestados pelo Estado, diretamente ou por intermédio de empresas públicas ou de economia mista, passaram a ser concedidos a empresas com o capital exclusiva ou preponderantemente privado. Nesses casos, ocorreu, sobretudo, a alienação pelo Estado do controle acionário que possuía sobre as empresas concessionárias que executavam determinados serviços públicos, notadamente na área de energia elétrica e telecomunicações”. Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor*, Conferências do 5º. Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 36, out./nov. 2000, p. 171.

³⁰⁰ MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

³⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. *Agências regulatórias independentes, separação de poderes e processo democrático. Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 101.

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos de 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das *regras do jogo* nas relações dos investidores com o Poder Público [grifo do autor].

Conforme noticia Alexandre de Santos Aragão³⁰², a partir de 1996 são criadas as agências setoriais de regulação, dotadas de considerável autonomia frente à Administração Pública centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*. As agências reguladoras estão vinculadas a uma particular concepção político-ideológica, que visa a impedir influências políticas sobre a regulação e a disciplina de certas atividades administrativas.

Maria D'assunção Costa Menezello³⁰³ pontifica que:

O surgimento das agências reguladoras em nossa estrutura legal deve-se a uma adequação às tendências mundiais que caminham no sentido de implantar o denominado 'Estado Mínimo', o qual não presta mais serviços para repassá-los à iniciativa privada por meio de contratos que detêm o poder de regular com a finalidade de alcançar a eficiência administrativa, permitindo maior atuação dos agentes econômicos e dos usuários na regulação da prestação dos serviços públicos e na fiscalização das atividades econômicas consideradas de interesse público, retirando do Estado sua execução direta.

A citada autora prossegue explanando que as agências reguladoras surgem como um novo modelo de intervenção do Estado na economia, de modo a permitir o controle na prestação dos serviços públicos, que passa a ser explorado pelo particular, embora com maior participação popular, em um autêntico exercício de democracia. Sustenta, ainda, que:

³⁰² GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 156-157.

³⁰³ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 19-21.

É sabido que esses novos entes administrativos sofreram muitas críticas; no entanto, há que se valorizar o esforço desenvolvido por parte do Poder Público e dos agentes regulados para construir, com destaque, um novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, também poderemos defrontar-nos com a possibilidade de aperfeiçoamento dos serviços públicos, criando um novo horizonte mais promissor para todos. O dissenso sobre as agências e seu poder normativo é notório, o que propicia um reexame permanente desse órgão. [...] Sobretudo valorizamos a possibilidade jurídica de conciliar uma gestão participativa entre usuários, agentes econômicos e Poder Público, podendo haver o exercício de um controle direto ou indireto da população sobre as agências.³⁰⁴

Nos dizeres de Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes³⁰⁵, o Poder Público se desvencilha “[...] das tarefas de execução de obras e serviços públicos para assumir a elaboração e a execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiram o papel de concessionárias de serviços públicos”.

Alexandre Santos de Aragão³⁰⁶, a seu turno, assevera que:

O importante para o marco regulatório dos serviços públicos é a maior satisfação possível dos usuários como meio de atendimento aos seus direitos fundamentais³⁰⁷, o que muitas vezes é alcançado não pela potencialização das prerrogativas do Estado, muitas delas limitadoras de direitos subjetivos dos usuários em prol de uma coletividade abstratamente considerada, mas sim, pela retirada nunca total do Estado, como agente econômico ou como regulador de certas atividades nas quais a concorrência pode ser adotada como o principal instrumento de satisfação dos interesses dos usuários.

Mônica Spezia Justen³⁰⁸, por sua vez, ao discorrer a respeito do serviço público no direito europeu, assegura:

³⁰⁴ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*, p. 19.

³⁰⁵ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. *Agências Reguladoras*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 141, jan./mar.1999, p. 143.

³⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 511-512.

³⁰⁷ Dentre os direitos fundamentais, cumpre destacar a importância da dignidade da pessoa humana, que é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de deveres e direitos fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhes garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

³⁰⁸ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 122-123.

[...] que a regulação em serviço público sempre existirá. O que se está negando é a lógica, segundo a qual quanto mais regulação houver, mais atendidos estarão os interesses dos usuários. Não que isso não possa ocorrer – e muitas vezes de fato ocorre –, mas não há uma relação necessária entre eles. Parte da doutrina do Direito Comunitário também afirma que a liberalização das atividades econômicas de interesse geral não pode ser total, preservando-se parcelas suas como serviços públicos no intuito de evitar que alguns direitos fundamentais sejam fragilizados em face da ausência do Estado em alguns setores.

Certo é que, hodiernamente, o Poder Público passou a concentrar a atenção na elaboração de metas de política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a prestação de serviços públicos, por meio de permissões e concessões ao setor privado. Desenha-se, assim, um novo papel do Estado na prestação de serviços públicos.

Não obstante as ponderações de parte da doutrina, como mencionadas alhures, de que com o advento das agências reguladoras haveria a possibilidade de aperfeiçoamento dos serviços públicos, podemos concluir que após duas décadas do surgimento desses novos entes administrativos, como órgãos fiscalizadores e reguladores, denota-se que ainda não estão atuando de forma efetiva. Esse fato é revelado pela insatisfação dos consumidores e pela falta de controle do Poder Público para fiscalizar a qualidade do atendimento das empresas prestadoras de serviços públicos

A Fundação Procon de São Paulo, ao apresentar o seu *ranking*, em 2010, de reclamações dos consumidores ocorridas em 2009³⁰⁹, deixou consignado o grande número de reclamações contra as empresas concessionárias de serviços públicos, notadamente do setor de telefonia e de energia elétrica (Eletropaulo³¹⁰ e

³⁰⁹ Esta questão, que aflige os consumidores não é nova. Transcorrida mais de uma década, pouco se avançou, conforme demonstra o seguinte artigo, veiculado no Jornal Folha de São Paulo: “Insatisfação dos consumidores e falta de controle do governo para vigiar a qualidade de atendimento. Esse é o saldo das privatizações no Brasil, segundo pesquisa Datafolha e dados das agências governamentais criadas para monitorar empresas. Na prática, as agências nem sequer têm como dizer como andam os serviços porque não têm fiscais para isso: sua principal fonte de informação são as próprias empresas que compraram as estatais. São elas que dizem ao governo se o atendimento melhorou ou piorou, com base nesses dados, a Anatel (que fiscaliza a telefonia) e a Aneel (energia) dizem que o serviço melhorou. O número de reclamações contras empresas privatizadas, porém, mostra que o consumidor está insatisfeito”. Renato Cruz. Pós Privatização. *Folha de São Paulo*. Caderno Especial 1, p.1, 20 de agosto de 1999.

³¹⁰ Em notícia veiculada no Portal Folha on line, em 16 de março de 2010, intitulada “PROCON vai autuar duas empresas fornecedoras de energia elétrica em SP, onde uma delas é a Eletropaulo, empresa concessionária de serviço público essencial, demonstra a sua falta de preparo” “A fundação Procon-SP deverá autuar nesta terça-feira a AES Eletropaulo e a Bandeirante de Energia, responsáveis pelo fornecimento de energia no Estado de São Paulo. Segundo o Procon, as

Telefônica³¹¹), evidenciando a insatisfação do consumidor quanto à inadequação destas empresas no tocante a prestação de serviços públicos, sobretudo aqueles considerados essenciais pelo art. 22 do CDC.³¹²

empresas, devido a cortes no fornecimento de energia, deixaram de atender os consumidores com qualidade, além de demorarem excessivamente para restabelecer o serviço. As empresas poderão ser multadas em até R\$ 3,2 milhões, após responderem a processo administrativo. O Procon instaurou uma investigação no início de fevereiro e concluiu que as duas empresas não trabalharam de acordo com os princípios do CDC (Código de Defesa do Consumidor). Foi constatado que houve interrupções originadas de falhas em equipamentos mantidos pelas próprias concessionárias, o que denota o descumprimento do dever de continuidade na prestação de serviço essencial. Ademais, as empresas de energia elétrica devem estar preparadas para minorar os impactos de eventuais interrupções. Infelizmente, tudo indica que estas empresas não estão, disse o diretor-executivo do Procon-SP, Roberto PFEIFFER". FOLHA ON LINE. 16.03.2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

³¹¹ Em outra notícia veiculada no Jornal o "Estado de São Paulo, constata-se a inadequação de empresa concessionária de telefonia, em atender aos seus usuários: "As recentes panes de telefonia fixa e internet podem render à Telefônica multas que, somadas, podem chegar a R\$ 16 milhões, divulgou nesta terça-feira, 15, o Procon-SP. Serão cinco processos relacionados às interrupções dos serviços nos meses de setembro, junho, maio, abril e fevereiro deste ano. O órgão afirma que outras sanções, previstas no Código de Defesa do Consumidor, também poderão ser aplicadas e que a Telefônica terá assegurado o direito de ampla defesa. E continua a reportagem, com a explicação de Roberto Pfeiffer, diretor-executivo do Procon-SP: 'A Telefônica demonstra ter problemas estruturais graves que comprometem sua capacidade de garantir a continuidade dos serviços, inclusive o de telefonia fixa que é essencial. Já é o quinto episódio somente este ano. Há um dano imenso à sociedade e desrespeito ao contrato de concessão. É essencial que a Anatel, como reguladora do setor, investigue os problemas e tome as medidas preventivas e sancionatórias cabíveis, assim como fez recentemente em relação ao Speedy". O ESTADO DE SÃO PAULO. *Telefônica pode ser multada em R\$ 16 milhões por panes*. 15.09.2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

³¹² Nesse diapasão, vale colacionar decisão recente proferida pela Juíza Jane Franco Martins Bertolini Serra, em 12 de abril de 2010, no bojo da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face da Telefônica – Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp, que reconheceu a procedência de todos os pedidos formulados pelo *parquet*, de indenização em prol dos assinantes consumidores pelos danos materiais e morais ocorridos nos últimos cinco anos (a ação foi distribuída em 03/02/2009), em decorrência de diversas falhas na prestação dos serviços de telecomunicações, inclusive por cobranças indevidas, e em decorrência do mau atendimento prestado àqueles que procuraram a empresa em busca de soluções e providências. A magistrada sentenciante entendeu que a ré, empresa concessionária de serviço público, caracterizando-se o maior conglomerado empresarial privado em atuação no mercado, não tem tratado o consumidor com o devido respeito, sendo a recordista de reclamações, no ano de 2008, junto à ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), devendo arcar com os prejuízos decorrentes de falhas na prestação de um serviço essencial. A sinopse do Processo nº. 583.00.2009.112023-0 é a seguinte: "Ação Civil Pública indenizatória. Falha na prestação de serviços essenciais de telefonia, banda larga e TV a cabo. Atendimento deficiente às reclamações e solicitações dos assinantes. Descumprimento de obrigações legais de cortesia, continuidade e eficiência. Danos materiais e morais causados a milhões de consumidores. Obrigação de indenizar. Responsabilidade por ilicitude (CC, arts. 186 e 927), por defeito do serviço (CDC, arts. 20 e 22, parágrafo único) e por violação de direitos de usuários de serviços públicos de telecomunicações (Lei Federal nº 9.472/97, art. 3º, XII). Responsabilidade objetiva do fornecedor (CC, arts. 927, parágrafo único e 931; CDC, art. 14).

1.3 NATUREZA E ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: AUTONOMIAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVA E ECONÔMICO-FINANCEIRA

As agências reguladoras são autarquias, pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de um regime jurídico especial³¹³, compondo o quadro da denominada Administração Pública Indireta, sujeitas, no que se refere ao critério de criação, aos ditames dos artigos 37, XIX e 61, § 1º, II, “e” da CRFB, ou seja, uma agência reguladora deve ser criada por lei específica, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.³¹⁴

Alexandre Santos de Aragão³¹⁵ pontifica que a qualificação de um órgão ou entidade como “agência”, até por sua origem etimológica (do latim, *agentia*, direção, condução, incitação), denota a especialidade de suas funções e/ou a sua independência funcional. O autor, no entanto, discorda da assertiva, pois na sua opinião têm mais importância as normas que venham a estabelecer as funções específicas e/ ou autonomia do órgão do que a simples denominação de agência.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹⁶, por sua vez, sublinha que:

A idéia de ‘agência’ transmite a necessidade em se obter maiores poderes e eficiência mediante adoção de mecanismos de gestão administrativa não hierarquizada. A terminologia ainda é muito nova, para permitir uma classificação das agências no direito brasileiro.

³¹³ Luis Roberto Barroso afirma que a instituição de um regime especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira (Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Agências Reguladoras*, p. 110).

³¹⁴ Importante trazer à baila a observação formulada pelo autor Juan Carlos Cassagne de que na Argentina não há norma semelhante no texto constitucional daquele país, sendo permitido ao Chefe do Poder Executivo criar pessoas jurídicas via decreto. *“La cantidad de entes reguladores que se han creado a raíz del proceso de privatizaciones y la diversidad de regímenes dificultan su sistematización. No obstante, en lo que sigue, analizaremos aquellos que regulan los servicios públicos de mayor trascendencia para los usuarios que representan, por esta razón, el grado máximo de regulación económica. Mientras algunos de los entes reguladores (gás, electricidad y agua) han sido creados por sus respectivas leyes, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (que es el ente regulador del servicio de teléfonos) fue creada por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional. En este último caso y dado que, como se demostrará seguidamente, se trata de entidades autárquicas cuyo modo de creación no há sido previsto em la Constitución, el Poder Ejecutivo se encontra habilitado para crear dicha Comisión por decreto a parte de que, como se há señalado, la tesis que le asigna la naturaleza de um reglamento delegado permite sustentar su constitucionalidad”.* (*Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 370).

³¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*, p. 270.

³¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 464.

Duas modalidades, no entanto, já se delineiam de forma um pouco mais precisa: as agências executivas e as agências reguladoras.

Por oportuno, cumpre transcrever a diferenciação formulada por Alexandre Santos de Aragão³¹⁷ a respeito as duas modalidades de agências citadas, em parecer formulado junto à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro:

Não há que se confundir Agência Reguladora Independente com Agência Executiva. Aquela possui natureza jurídica de autarquia, criada pelo Poder Legislativo, após aprovação pelo Chefe do Poder Executivo e recebe verdadeira autonomia frente à entidade que a criou. Já a Agência Executiva constitui uma qualificação dada a órgãos ou entidades da Administração Pública de qualquer espécie, que mantêm a sua natureza originária, e que, depois de celebrado o contrato de gestão com a Administração Central, adquirem ou aumentam a sua autonomia gerencial.

No tocante a autonomia político-administrativa, a legislação instituidora de cada agência³¹⁸ prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, entre as quais normalmente se incluem: (a) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado); (b) mandato fixo de três ou quatro anos; e (c) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal.

Ainda, no que se refere à autonomia político-administrativa, as leis instituidoras das agências também previram, como regra, que os dirigentes estarão impedidos de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias, ao longo de determinado período (normalmente de doze meses) subsequentes ao término de seus mandatos.

Com relação à autonomia econômico-financeira, procura-se conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação,

³¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Agências Executivas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Editora Revista dos Tribunais, v. 228, abr./jun. 2002, p. 105-122.

³¹⁸ Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEL) (art. 1º da Lei nº 9.427/96), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) (art. 8º da Lei nº 9.472/97), Agência Nacional de Petróleo (ANP) (art. 7º da Lei nº 9.478/97), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (art. 3º da Lei nº 9.782/99), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (art. 1º da Lei nº 9.961/00), Agência Nacional e Águas (ANA) (art. 3º da Lei nº 9.984), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquáticos (ANTAQ) (art. 21 da Lei nº 10.233/01), Agência Nacional de Cinemas (ANCINE) (art. 5º da MP nº 2.219/01). Todas as autarquias de regime especial, no que foram seguidas pelas leis criadoras das agências reguladoras dos demais entes da federação.

ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica.

1.4 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A atuação das agências reguladoras é eminentemente técnica e busca implementar, por meio de atos regulatórios, as políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo. Dentre as funções das agências, ressalta-se a faculdade de edição de atos normativos regulatórios para cumprimento de sua finalidade. Trata-se do fenômeno denominado de deslegalização ou deslegificação originária do direito francês.³¹⁹

Diante da regra trazida pelo artigo 84, IV, da CRFB, compete ao Chefe do Poder Executivo a edição de ato normativo – o decreto, que veicula o regulamento – com a finalidade de conferir maior exeqüibilidade a uma lei, isto é, a edição de ato normativo secundário que não inove no mundo jurídico, sob pena de violação aos princípios da legalidade (art. 5º, II, CRFB) e da separação dos poderes (art. 1, III, CRFB).

A regulação é prevista no artigo 174 da CRFB como instrumento da intervenção do Estado na economia, mencionado ao lado da função normativa como o mesmo objetivo. Isso autoriza fixar uma premissa de que essa função normativa se desenvolve na forma de normas gerais previstas no artigo 24, I, da CRFB, nos termos da qual seria executada a atividade de regulação³²⁰.

Hodiernamente, já se discute a tendência em se admitir que o legislador conceda amplos poderes normativos à administração, desde que ofereça parâmetros adequados e suficientes para essa atuação.³²¹

³¹⁹ O fenômeno consiste, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “[...] na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento”. (*Legitimidade e discricionariedade – novos reflexos sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 166).

³²⁰ Duas importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça afirmam a possibilidade de a Administração Pública estatuir normas para alcançar as finalidades genéricas da disciplina da matéria: 1) MS 4.578, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; 2) RE 714110-RJ (2004/0184121-4, Rel. Ministra Eliana Calmon, que reconhecia ato normativo da ANP que criou requisito técnico para a concessão de autorização de funcionamento de distribuidoras de combustíveis.

³²¹ BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade. *Temas de Direito Constitucional*, p. 186. O constitucionalista afirma que essa tendência é verificada até mesmo no

Quanto à edição de atos normativos pelas agências reguladoras, esclarece Marcos Juruena Villela Souto³²²:

Como, em face do princípio da legalidade, só a lei – norma de primeiro grau – cria os objetivos e os deveres decorrentes da regulação, cabe reafirmar que a regulação trata-se de atividade administrativa. A lei cria a obrigação e o regulador estabelece o método para o seu cumprimento. Para tanto, pode fazê-lo por meio de normas (rulemaking) ou de atos concretos (adjudication), conforme o maior ou menor grau de conhecimento sobre o setor e o número de destinatários envolvidos.

Alexandre Santos de Aragão³²³, a seu turno, faz o seguinte alerta, com relação ao poder normativo das agências reguladoras: “Serão enfim, os controles sociais, a responsabilidade e o espírito público dos agentes estatais e privados que determinarão a manutenção e a potencialização das entidades independentes, dotadas de autonomia normativa”.

1.5 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS DE CONSUMO

Após essa breve explanação acerca do traçado deste novel instituto denominado de agências reguladoras, resta saber como devem proceder os usuários diante da detecção de falhas na prestação dos serviços públicos pelos agentes econômicos denominados concessionários ou permissionários, quando houver lesão ou ameaça aos seus direitos como consumidores daqueles serviços.

Cumprе ressaltar que uma das justificativas que sustentaram o marco regulatório no Brasil, além da necessidade de investimento privado nos setores de infraestrutura, sem o qual não poderia haver crescimento econômico, foi justamente a extensão da prestação de serviços públicos ao maior número de beneficiários,

direito privado, onde, como exemplo, temos o novo Código Civil Brasileiro, que revela uma codificação estruturada em princípios, *standards* e cláusulas gerais, ou seja, um sistema aberto.

³²² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 253.

³²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das Agências Reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, v. 36, 2001, p. 113.

bem como a oferta de produtos compatíveis com a tecnologia moderna oferecida nos denominados países de primeiro mundo.

Por outro bordo, observa-se que o CDC é lei preexistente ao marco regulatório, de modo que as normas editadas pelas agências reguladoras devem estar em consonância com o microssistema consumerista³²⁴ e ainda, em eventual falha na prestação de serviços públicos regulados que acarrete lesão ou ameaça a direito do consumidor, a demanda deve ser solucionada de acordo com as regras consumeristas.

Dessa forma, é forçoso concluir que as relações de consumo, configuradas por prestadores de serviços públicos subordinados às regras de regulação, de um lado, e usuários-consumidores, de outro, devem ser regidas pelas regras do CDC³²⁵, ou seja, ainda que as leis que instituem agências reguladoras, bem como as normas emanadas por tais agências especifiquem normas próprias para cada setor, as relações de consumo formadas em razão da prestação do serviço regulado continuarão a ser regidas pela lei consumerista, em decorrência da natureza de norma principiológica (art. 6º do CDC).

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer³²⁶ anota que as agências devem ter por função precípua zelar pela obediência das normas protetivas do consumidor,

³²⁴ Nesse sentido é a seguinte decisão: “Relacionamento consumidor/concessionária [...]. Repetição do indébito, em dobro, ante a recalcitrância da recorrida. Provimento parcial do recurso. I – As agências reguladoras, que surgiram no Brasil [...], abrangendo inicialmente áreas de energia, telecomunicações e petróleo, fazendo com que, em termos constitucionais – Emenda Constitucional nº. 8/95, passasse a constar na Carta Magna brasileira o instituto do ‘órgão regulador’, que não existem para defesa das concessionárias de serviços públicos, mas como o próprio nome indica, regular o seu funcionamento com os usuários, consumidores. Está havendo, na prática, uma inversão: II – Nenhuma resolução, ordem de serviço ou portaria se sobrepõe às normas da legislação consumerista que tem, no direito à informação, um dos seus pilares de sustentação; III – Daí porque é dever das concessionárias de telefonia, não apenas legal, mas sobretudo moral, informar adequadamente aos usuários a origem dos pulsos e a sua quantidade. Se não têm condições para informar, não têm direito a cobrar, sob pena de correrem o risco de consagração do enriquecimento sem causa; [...] V- A recalcitrância da empresa de telefonia, sua conduta como uma das empresas integrantes do doloroso *ranking* das más prestadoras de serviços, autorizam a condenação na devolução em dobro dos valores cobrados; V – Parcial provimento do recurso”. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 2004.001.24423. Relator Des. Ademir Pimentel. Julgado em: 15.12.2004. Publicado em: DJe 01.02.2005. <<http://www.tjrj.jus.br>>

³²⁵ A esse respeito, elucida José Reinaldo de Lima Lopes: “O direito do consumidor nos tempos de privatização é um dos mecanismos adequados e importantes para impedir que a volta ao século XIX, em termos institucionais, seja completa. Mais ainda, o direito do consumidor, ao lado do direito da concorrência, define o mercado”. (Direito do consumidor e privatização. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 26, abr./jun. 1998, p. 122).

³²⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Catellanos, p. 172. *Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor*, Revista de Direito do Consumidor, Ed. RT, São Paulo, v. 36, p. 164-175, out./Nov. 2000, p. 172.

que devem integrar a própria relação contratual estabelecida entre o poder concedente e os delegatários de serviços públicos. Na avaliação do autor:

[...] interessante instrumento para estimular a participação social são as audiências públicas, espaço no qual os consumidores poderão expor a sua opinião sobre os rumos que a regulação deve ter, bem como apresentar as suas reclamações sobre aspectos específicos.

Assim, por exemplo, o art. 21 do Anexo I do Dec. 2.335/97 estabelece a obrigatoriedade de a Aneel promover audiência pública precedendo o processo decisório para a elaboração de ato administrativo ou anteprojeto de lei que tenha relação com os direitos dos consumidores. Aludida audiência tem por objetivo:

I – recolher subsídios e informações para o processo decisórios da Aneel;

II – propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III – identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto de audiência pública;

IV – dar publicidade à ação regulatória da Aneel.

Trata-se, portanto, de instrumento importante para que a participação ativa dos consumidores possa reforçar o caráter público que deve possuir o espaço denominado mercado, onde jamais pode ser permitido que os fornecedores imponham unilateralmente os seus interesses.

Como restou demonstrado alhures, as agências reguladoras nada mais são do que parte da Administração Pública, organizadas por leis específicas e dotadas de autonomia política e financeira, caracterizando-se como uma *longa manus* do Poder Executivo dotado de tecnicidade.

Por conseguinte, ainda que não haja ingerência direta do Poder Executivo na administração das agências reguladoras, sua natureza jurídica de autarquia sob regime especial não desconfigura sua natureza última, qual seja, são elas parte do Estado.

Portanto, em caso de falha na prestação de serviços públicos, devem as agências reguladoras ser responsabilizadas junto às empresas prestadoras de tais serviços, posto que cumpre a elas, por determinação constitucional (art. 174, CRFB), o planejamento, a regulação e a fiscalização da correta prestação dos serviços, notadamente aqueles considerados essenciais pela legislação consumerista e delegados à iniciativa privada.

1.6 AS OUVIDORIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: MEIO DE ACESSO DO CONSUMIDOR-USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Uma vez entendido que cumpre às agências reguladoras zelar pela prestação de serviço público eficaz e adequado (art. 6º, X, CDC), resta saber se há meios para que consumidor-usuário faça valer os seus direitos, sem ter que se socorrer do Poder Judiciário.

Certo é que, diante de situação que ocasione lesão ou ameaça a direito do consumidor, a primeira providência a ser adotada deve ser contatar diretamente com o fornecedor dos serviços para tentar dirimir o conflito iminente.

Outrossim, não há como negar que a maioria das empresas prestadoras de serviços públicos delegados, sejam elas concessionárias ou permissionárias, ou a própria Administração Pública, encontram-se mal aparelhadas no que tange ao atendimento do consumidor que pretenda apresentar reclamações sobre o serviço prestado.

Diante desse cenário, cumpre às agências reguladoras assumirem o papel que lhes é atribuído de zelar pela eficaz e adequada prestação dos serviços públicos e dar atendimento aos consumidores, notadamente no que se refere à solução dos conflitos apresentados.

Nesse sentido é o comentário de Marcos Juruena Villela Souto³²⁷ acerca da proteção por órgãos reguladores, ao mencionar a Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações:

A inovação veio com a previsão da figura do Ouvidor, que será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução, o qual terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo publicá-las para conhecimento geral.

A criação de Ouvidorias pelas agências reguladoras, nos moldes do quanto estabelecido pela lei de telecomunicações, representa iniciativa de extremo

³²⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessão e terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 240.

interesse para a pacificação dos conflitos de consumo, decorrentes de falha na prestação de serviços regulados.

Dessa constatação, extrai-se que esse caminho a ser percorrido seja uma das maneiras de compatibilizar a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a proteção do consumidor, com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, sem o que não será possível viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CRFB), sempre com base na boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, nos moldes preconizados pelo art. 4º, III, do CDC.

Ao ensejo de finalização deste capítulo, podemos concluir que as agências reguladoras, juntamente com o CDC, têm papel de relevo na proteção dos usuários de serviços públicos, mas ainda há muito a ser feito, diante da insatisfação dos consumidores e da falta de preparo demonstrada por alguns destes entes na fiscalização e controle dos serviços delegados à iniciativa privada.

CAPÍTULO 2 – A PROTEÇÃO DO USUÁRIO E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

2.1 USUÁRIO E CONSUMIDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Com base nas importantes considerações até aqui apresentadas, relativamente ao tratamento dos serviços públicos no CDC e a partir do estudo pormenorizado dos conceitos de consumidor, fornecedor e serviço, conforme estatuídos nos arts. 2º³²⁸ e 3º³²⁹ do mesmo diploma legal, entendido que figuram como objeto da relação de consumo, agora é a vez de caracterizar detidamente o sujeito desta relação quando entra em cena a prestação dos serviços públicos essenciais, a teor do disposto art. 22³³⁰ do CDC.

A propósito, quando se estuda a questão da incidência do diploma consumerista na prestação de serviços públicos essenciais verifica-se que não há uniformidade de entendimentos na doutrina. Na discussão do tema, as correntes intentam explicar, de um lado, que: (i) trata-se de situações jurídicas distintas, envolvendo o usuário e o consumidor, e que por esta razão a legislação consumerista não poderia ser aplicada ao usuário de serviços públicos; (ii) de outro, não há como negar que o usuário de serviços públicos é sujeito da relação de consumo, e que, portanto, por ostentar a qualidade de consumidor, merece a proteção do CDC.

³²⁸ “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.”

³²⁹ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

³³⁰ “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.”

O direito administrativo, disciplina da qual nos valem no decorrer deste trabalho, considera usuário toda pessoa que utiliza os serviços públicos e que possui direitos e deveres em decorrência do serviço que lhe está sendo oferecido.

Os direitos relativos à proteção do usuário de serviços públicos, nos termos da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões), são os de receber serviço adequado e de obter do concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses coletivos e individuais (art. 7º, II) e, ainda, de utilizar o serviço com liberdade de escolha.

Odete Medauar³³¹, doutrinadora administrativa, assevera que, de fato, a Lei nº 8.987/95, com alterações posteriores, arrola os direitos e deveres dos usuários do serviço público, mas sem prejuízo dos preceitos da legislação consumerista, que lhe são aplicáveis.

Fernando Costa de Azevedo³³², por sua vez, possui entendimento abrangente a indicar a incidência do CDC ao usuário de serviço público. Para o autor:

Sendo todo e qualquer serviço uma atividade econômica cuja contraprestação se dá mediante remuneração direta pelo usuário (art. 3º, § 2º, do CDC), os serviços de titularidade estatal (serviços públicos), prestados pela pessoa jurídica da Administração Indireta (a chamada execução direta), ou submetida esta prestação ao processo de delegação à iniciativa privada (execução indireta), serão sempre objeto de relação de consumo. A consequência lógica desta afirmação é a de que todo e qualquer usuário de serviço público será sempre um consumidor.

Boa parte da doutrina propugna pela total diferenciação do conceito de usuário de serviço público, da noção de consumidor inserta no CDC, sob a alegação de que o serviço público difere do serviço privado.

³³¹ A partir da análise do art. 7º da Lei nº 8.987/95, Odete Medauar arrola os seguintes direitos dos usuários: “[...] receber serviço adequado; receber, do concedente e da concessionária, informações para defesa de interesses individuais ou coletivos; obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha entre os vários prestadores de serviço, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; ter oferecidas, pelas concessionárias, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimentos de seus débitos (inserido na Lei nº 8.987/95 pela Lei nº 9.791, de 24.03.1999)”. E, prossegue a autora, afirmando que se apresentam como deveres: “[...] levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenham ciência, referentes ao serviço prestado; comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação de serviços; contribuir para a manutenção das boas condições dos bens públicos afetados aos serviços públicos”. (*Direito administrativo moderno*. 13. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 332).

A interpretação de Antonio Carlos Cintra do Amaral³³³ aponta nesse sentido:

A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo exercício é atribuído à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como 'protetor' da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor. Ressalte-se que o tratamento dado ao usuário de serviço público pela Constituição e pela lei é diverso do dispensado ao consumidor. A Constituição trata dos dois assuntos em dispositivos diferentes: a concessão, basicamente no art. 175; a proteção do consumidor, nos arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V.

E, ainda, prossegue o citado autor, justificando o seu posicionamento:

O art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 determinou que o Congresso Nacional deverá elaborar 'lei de defesa do usuário de serviços públicos'. Isso equivale ao reconhecimento implícito de que essa defesa é juridicamente diversa da 'defesa do consumidor', já regulada pela Lei nº 8.078/90. Saliente-se que essa lei devia ter sido elaborada pelo Congresso Nacional no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a partir de junho de 1998. Até hoje não o foi. Há vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional. Alguns determinam, a meu ver equivocadamente, a aplicação subsidiária das normas da Lei nº 8.078/90 à defesa do usuário de serviço público. Penso que isso servirá para perpetuar a confusão atual entre as duas relações jurídicas, a de serviço público e a de consumo. Cabe ao Congresso, que já aprovou em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, aprovar agora outro código, diferente daquele, qual seja, o Código de Defesa do Usuário de Serviço Público.³³⁴

Marçal Justen Filho³³⁵, demonstra posição um pouco mais flexível, quando admite a incidência parcial do CDC aos usuários de serviços públicos. Assim é o seu comentário:

O direito do consumidor não pode ser aplicado integralmente no âmbito do serviço público por uma espécie de solidariedade entre os usuários, em virtude da qual nenhum deles pode exigir vantagens

³³² AZEVEDO, Fernando Costa. *A defesa do consumidor e regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 157.

³³³ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Bahia, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002, p. 2-3.

³³⁴ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 4.

³³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 613-614.

especiais cuja fruição acarretaria a inviabilização de oferta do serviço público em favor de outros sujeitos. Aliás, e não por acaso, o art. 27 da EC nº 19/98 previra que seria elaborada, no prazo de 120 dias, uma lei de defesa do usuário de serviços públicos. A regra reconhecia, então, a inviabilidade de aplicação automática e indiferenciada do Código de Defesa do Consumidor ao âmbito dos serviços públicos.

Pois bem. Não obstante a alteração do art. 37, § 3º, trazida ao texto constitucional pelas linhas da Emenda Constitucional nº 19/98³³⁶, que determinou a criação da lei de defesa do usuário de serviços públicos, pelo Congresso Nacional, é de se afirmar que o CDC continua e continuará tendo aplicação aos serviços públicos, apto que está para regular as relações envolvendo, de um lado, os delegatários de serviços públicos e, de outro, os respectivos usuários.

Acrescente-se que a redação do citado dispositivo destaca que a lei estabelecerá as formas de participação do usuário na Administração Pública Direta e indireta, regulando principalmente as reclamações relativas aos serviços públicos em geral. Com essa disciplina, ficam assegurados: a manutenção de serviços de atendimento e a avaliação periódica acerca da qualidade dos serviços; o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo e a disciplina da representação contra exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração.

Sem embargo, a lei de defesa do usuário de serviço público³³⁷, quando entrar em vigor, terá por escopo minudenciar os direitos e os deveres dos usuários de serviços públicos, impulsionando a participação destes mesmos usuários na fiscalização dos serviços públicos prestados, e abrangerá todos os serviços

³³⁶ Dispõe o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 que: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos”.

³³⁷ Em face da existência de vários projetos de lei que tramitavam na Câmara dos Deputados para regulamentar o disposto no § 3º do artigo 37 da Carta Magna, todos eles foram apensados ao Projeto de Lei nº 6.953/02, que aguarda redação final do seu texto e posterior encaminhamento para pauta e votação pelo Plenário. Em linhas gerais, a lei dos usuários de serviços públicos está estruturada basicamente da seguinte forma: Capítulo I – Das Disposições Preliminares, Capítulo II – Dos Direitos dos Usuários, Capítulo III – Dos Deveres dos Usuários, Capítulo IV – Da legitimidade, Capítulo V – Do Conselho Nacional de Serviços Públicos, Capítulo VI – Dos Serviços de Atendimento ao Usuário, Capítulo VII – Das Comissões de Avaliação, Capítulo VIII – Das Ouvidorias de Defesa do Usuário, Capítulo IX – Da Apuração de Violação dos Direitos do Usuário e Capítulo X – Das Disposições Transitórias e Finais.

O art. 1º do Projeto de Lei nº 6.953/02 estabelece normas básicas de proteção e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela Administração Direta e indireta da União, diretamente ou sob regime de concessão, permissão, autorização ou qualquer outra de delegação por ato administrativo, contrato ou convênio. No parágrafo primeiro dispõe que, considera-se usuário a pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, utiliza efetiva ou potencialmente os serviços referidos no *caput* do artigo.

prestados por qualquer dos Poderes da União e também dos estados-membros³³⁸, do Distrito Federal e dos municípios, no exercício da função administrativa, seja de forma direta ou sob regime de concessão, permissão ou autorização.

Infere-se, portanto, que a lei de defesa do usuário de serviços públicos, devido à sua abrangência, alcançará todos os serviços, não importando a forma como são remunerados, se por meio de taxa, tarifa ou subsidiados por outras fontes tributárias. A legislação consumerista, por seu turno, incide sobre os serviços públicos de natureza *uti singuli*, remunerados por meio de tarifa, conforme se inferiu em outro ponto deste trabalho.

Nesse passo, pode-se afirmar que todo consumidor de serviços públicos pode ser também considerado usuário, mas a recíproca nem sempre é verdadeira, uma vez que a idéia de usuário de serviço público é bem mais ampla do que a noção de consumidor, ou seja, aquelas pessoas que utilizam, como destinatárias finais, serviços públicos remunerados diretamente por meio de tarifa e fornecidos pelo Estado, ou por quem lhes faça as vezes, em uma relação de consumo.

Destarte, a noção de consumidor exsurge do próprio conceito-padrão de consumidor, consoante art. 2º, *caput*, do CDC, consignado anteriormente, de forma que o usuário de serviço público de natureza *uti singuli* está inserido no conceito de consumidor estampado neste diploma legal.

Elaine Cardoso de Matos Novais³³⁹, dissertando sobre esta questão, assevera que a lei de defesa do usuário de serviço público abrangerá dois tipos de usuários:

[...] aqueles que se enquadram na concepção de consumidor e, portanto, deverão ser defendidos em seus direitos materiais com base no CDC, e os usuários que não são consumidores, porque usufruem serviços remunerados mediante taxa ou outros tributos, e que, em caso de discussão sobre seus direitos, deverão basear-se preferencialmente no Direito Administrativo ou Direito Tributário, mas podem invocar princípios gerais a eles aplicáveis mesmo que inseridos no CDC, a exemplo da melhoria e racionalização dos serviços públicos, bem como a adequação, eficiência, segurança e continuidade deles.

³³⁸ No Estado de São Paulo foi editada a Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999, relativa à proteção e defesa do usuário do serviço público do Estado de São Paulo. Além de dispor sobre direitos básicos dos usuários, como informação, qualidade na prestação do serviço e controle adequado do serviço público, disciplina o processo administrativo para apuração de ato ofensivo à citada lei e o sistema estadual de defesa do usuário de serviços públicos.

³³⁹ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Relação de consumo e serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 194.

César Augusto Guimarães Pereira³⁴⁰, apesar de considerar que a posição do usuário frente ao prestador do serviço público não é caracterizada pela fragilidade própria do consumidor privado, pondera:

Isso não exclui, porém, certos pontos de comunhão entre os conceitos de usuário e consumidor, especialmente no que se refere à fruição do serviço já tornado disponível.

[...]

Quanto maior a liberdade outorgada aos prestadores de serviço, mais o regime do usuário sofre influência do regime típico do consumidor. Nos serviços caracterizados pela competição entre os prestadores (como o de telecomunicações) e por relativa liberdade de organização econômica dos serviços pelos prestadores, a amplitude dessa liberdade faz surgir situações passíveis de solução mediante recurso ao direito do consumidor.

Dessas lições, extrai-se, em suma, que o usuário de serviço público se enquadra na definição de consumidor inserta no art. 2º, *caput*, do CDC, e que, portanto, mesmo com a perspectiva da aprovação da lei de defesa do usuário de serviços públicos, continuará sendo merecedor da proteção da lei consumerista.

2.2 CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

A compreensão de que alguns serviços essenciais, como disposto no artigo 22 do CDC, submetem-se ao princípio da continuidade dos serviços públicos, é de fundamental importância para o estudo que alude a esta última parte deste trabalho, que se refere à questão relacionada com a interrupção do fornecimento de serviço público essencial em razão do inadimplemento do usuário, no caso de serviço remunerado por meio de tarifa.

Como é cediço, o art. 22 do CDC apenas menciona os serviços essenciais, sem caracterizar, definir ou sequer indicar que atividades ou serviços públicos essenciais podem ser objetos de relação de consumo.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin³⁴¹ confirma essa assertiva:

³⁴⁰ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 57.

³⁴¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coord. Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 111.

O Código não disse o que entendia por serviços essenciais. Essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços *stricto sensu* (os de polícia, os de proteção da saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de energia elétrica, os de gás, os de telefone, os de correios). A lista não segue *ad infinitum*, devendo ser rigidamente jungida aos casos de efetiva imprescindibilidade. E este conceito, como tantos no direito do consumidor, é mutável, conforme evoluam as necessidades da sociedade de consumo.

Com apoio no citado autor, adverte-se que a tarefa de apontar quais são os serviços considerados essenciais, exige detido esforço, sobretudo porque a lei não os define, conforme consignado alhures, tampouco a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento a respeito.

Bem a propósito, quadra prender atenção no que determinou o legislador constituinte, no artigo 9º, § 1º, *in verbis*:

Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Com relação ao exercício do direito de greve, coube à Lei nº 7.783/89 regulamentar o dispositivo constitucional. Referida lei define, pois, as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

A “Lei de Greve”, como ficou conhecida a Lei nº 7.783/89, apresenta, em seu art. 10, um rol dos serviços considerados essenciais, a saber:

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II – assistência médica e hospitalar;
- III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV – funerários;
- V – transporte coletivo;³⁴²
- VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII – telecomunicações;
- VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X – controle de tráfego aéreo;
- XI – compensação bancária.

³⁴² Conforme prevê o art. 30, inc. V, da CRFB, o serviço de transporte coletivo tem caráter essencial.

A respeito do caráter de essencialidade que reveste alguns serviços públicos, ditados, então, pelas necessidades da coletividade ou exigências da sociedade de consumo a doutrina se manifesta.

Adalberto Pasqualotto³⁴³, a propósito, assevera que:

[...] como conceito indeterminado que é, o caráter essencial de um serviço público no âmbito das relações específicas de consumo, afora o que seja importado de outras searas jurídicas, especialmente do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, será dado pela interpretação do caso concreto, até que se firme jurisprudência segura³⁴⁴, a qual, no entanto, será mutável conforme a dinâmica da sociedade de consumo.

Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi também se pronuncia:

Alguns serviços passam pelo critério da essencialidade, que não recebe qualquer tratamento taxativo pela via legislativa, à exceção da Lei de Greve. Cumpre ressaltar a essencialidade de certos serviços, tais como as telecomunicações, o serviço funerário, os serviços de coleta de lixo, o serviço de fornecimento de energia elétrica, etc. À falta de legislação que os defina (o que certamente é preferível), existem diplomas legais que indicam parâmetros para a aferição daqueles serviços caracterizados como essenciais. Nesse sentido, a Lei de Greve nº 7.783/99, em seu artigo 10, assim como as normas legais que impõem requisitos de adequação do serviço público, dentre eles, as leis nºs. 8.987/95 e 9.074/95 (ambas versando sobre concessão de serviços públicos).³⁴⁵

Antônio Luiz Rizzato Nunes³⁴⁶, por sua vez, afirma que os serviços essenciais, assim considerados pela Lei de Greve, não podem ser interrompidos de forma alguma. Na sua interpretação:

O Código de Defesa do Consumidor é claro, taxativo e não abre exceções: os serviços essenciais são contínuos. E diga-se em reforço que essa garantia decorre do texto constitucional. Com efeito, conforme analisamos no início deste trabalho, a legislação consumerista deve obediência aos princípios constitucionais que

³⁴³ PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 139.

³⁴⁴ A jurisprudência ainda não conseguiu definir o que são serviços públicos essenciais, tampouco indicar quais seriam esses serviços. Restringe-se a dizer que são indispensáveis e que se subordinam ao princípio da continuidade. Nesse sentido, conferir: AGRESP 478.911/RJ; AGRESP 471.757/MT; RESP 430.812/MG; RESP 257.084/MG; APC 70006017800/03, TJRS; APC 253.754-6/00, TJMG. Acesso em 08 ago. 2010.

³⁴⁵ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos*. Temas Atuais de Direito do Consumidor (I). IBAP - Instituto Brasileiro de Advocacia Pública e APRODAB – Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. ano VII, v. 40, p.70, nov./dez. 2006.

³⁴⁶ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 330.

dirigem suas determinações. Entre esses princípios encontram-se os da intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da garantia à segurança e à vida (*caput* do art. 5º), que tem de ser sadia e de qualidade, em função da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do art. 225) e da qual decorre o direito necessário à saúde (*caput* do art. 6º) etc. Ora, vê-se aí a inteligência do texto do art. 22 da Lei. Não é possível garantir segurança, vida digna, num meio ambiente equilibrado, tudo a respeitar a dignidade humana, se os serviços públicos essenciais urgentes não forem contínuos.

As análises de Amadeu dos Anjos Vidonho Júnior e Mário Antônio Lobato de Paiva³⁴⁷ sobre a Lei nº 7.783/99 apontam no seguinte sentido:

Tal norma, sob o ponto de vista hermenêutico, pode ser classificada tecnicamente como uma norma jurídica nacional, ou seja, que atinge a coletividade sem distinção, podendo ser estendida a quaisquer casos ou condições que levem à interrupção de serviço de natureza essencial e não só nas greves, até porque, em sua própria ementa, insculpe que 'define as atividades essenciais', e não somente em situações de greve. Portanto, defluiu-se que a continuidade dos serviços denominados essenciais alcança não apenas os casos em que há interrupção por motivo de greve, mas também, quaisquer tipos de interrupção, seja por cobrança de dívidas ou por falta do próprio serviço, isto porque pela natureza essencial da prestação, presume-se o decréscimo ou a ausência de qualidade de vida, de dignidade e, por vezes, da própria realização da cidadania, fundamentos a que se apóia a República Federativa do Brasil (art. 1º, da Constituição Federal de 1988).

Assim, vê-se que a norma insculpida na Lei de Greve poderá, em princípio, suprir a omissão do CDC no que tange à definição e classificação dos serviços públicos essenciais, notadamente as atividades enumeradas e que se encontram dentro da categoria de serviços públicos de natureza *uti singuli*, dos quais podem ser citados o tratamento e abastecimento de água, a produção e distribuição de energia elétrica (inciso I), o transporte coletivo (inciso V) e a telefonia (inciso VII).

Inobstante a constatação de que o artigo 10 da Lei nº 7.783/89 é um importante indicativo do caráter de essencialidade que reveste determinados serviços públicos, a doutrina consumerista não o considera de forma absoluta, sob o argumento de que o rol apresentado pela Lei de Greve é exemplificativo.

A esse respeito cumpre destacar a opinião de Zelmo Denari³⁴⁸:

³⁴⁷ VIDONHO JÚNIOR, Amadeu dos Anjos; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Da continuidade dos serviços essenciais de consumo*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> Acesso em: 11 ago. 2010.

³⁴⁸ DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Atores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 225.

É sempre muito complicado investigar a natureza do serviço público para tentar surpreender, neste ou naquele, o traço da sua essencialidade. Com efeito, cotejados em seus aspectos multifários, os serviços de comunicação telefônica, de fornecimento de energia elétrica, água, coleta de esgoto ou lixo domiciliar, todos passam por uma gradação de essencialidade, que se exacerba justamente quando estão em causa os serviços públicos difusos (*uti universi*) relativos à segurança, saúde e educação. Parece-nos, portanto, mais razoável sustentar a imanência desse requisito em todos os serviços prestados pelo Poder Público.

Nesse diapasão, mais uma vez oportuno é o escólio de Luiz Antônio Rizzatto Nunes³⁴⁹, que compartilha do juízo esposado pelo autor citado acima, quando consigna que:

[...] em medida amplíssima, todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a existência dos serviços do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde etc. Nesse sentido então é que se diz que todo serviço público é essencial. Assim, também o são os serviços de fornecimento de energia elétrica, de água e esgoto, de coleta de lixo, de telefonia etc.

Há doutrina, porém, que analisa com parcimônia a noção de essencialidade extraída da Lei de Greve, ante a alegação de que a lei apenas aponta o caráter de essencialidade de alguns serviços que não podem ser suspensos em caso de greve de funcionários que laboram para mantê-los em funcionamento, estando estes serviços, portanto, em situação diametralmente oposta àqueles afetos às necessidades da sociedade de consumo.

Nesse sentido é o entendimento de Elaine Cardoso de Matos Novais³⁵⁰, que propugna pela:

[...] impossibilidade de se acatar pura e simplesmente o conceito de essencialidade com base na Lei nº 7.783/89 – Lei de Greve. O sentido de essencialidade inscrito naquela lei diz respeito à necessidade de manutenção dos serviços ali designados, cuja prestação não pode ser prejudicada diante da paralisação dos profissionais que trabalham para oferecer tais serviços. Todos os serviços ali enumerados são essenciais porque os indivíduos que desejarem e puderem utilizá-los deverão encontrá-los em pleno funcionamento. Não pode haver suspensão na disponibilidade desses serviços aos possíveis interessados, mesmo em caso de greve. É esse o sentido de essencialidade, segundo a Lei nº 7.783/85.

³⁴⁹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 328.

³⁵⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Relação de consumo e serviços públicos*, p. 244.

Acrescente-se, nessa linha, que a Portaria nº 03, de 19 de março de 1999, da Secretaria de Direito Econômico, órgão afeto ao Ministério da Justiça, reconheceu como essencial o fornecimento de água, energia elétrica e telefonia. O conteúdo desta portaria pode, pois, ser considerado como mais um indicativo aliado às disposições contidas na Lei de Greve.³⁵¹

Por oportuno, quadra consignar que foi necessário tecer algumas considerações a respeito do caráter de essencialidade que se revestem alguns serviços públicos, justo para possibilitar adentrar a temática relativa à obrigatoriedade de que a prestação destes serviços seja oferecida de forma contínua, tal como disposto pelo legislador consumerista no art. 22 do CDC.

Assim, mais uma vez, em decorrência da multidisciplinariedade que o direito das relações de consumo guarda em relação às outras searas do Direito, cumpre rememorar as lições extraídas do direito administrativo, relativas ao princípio da continuidade que norteia a prestação dos serviços públicos, valendo lembrar, já apontado em outro ponto deste trabalho.

Odete Medauar³⁵², discorrendo a respeito do princípio da continuidade do serviço público, afirma que:

O Poder Público, ao assumir o encargo de prestar certos serviços considerados essenciais ou necessários à coletividade, não pode dispor do interesse público e, sem razão, suspender o fornecimento do serviço. As atividades da Administração Pública devem ser ininterruptas, para que a população não sofra suas conseqüências, com a privação de assistência médica, ensino, transporte de qualquer tipo, fornecimento de água, energia elétrica, telefone, por exemplo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵³, por princípio da continuidade entende-se que o serviço público – sendo a forma pela qual o Estado desempenha as funções essenciais ou necessárias à coletividade – não pode parar. Desse princípio, segundo a doutrinadora administrativista, decorrem conseqüências importantes:

³⁵¹ A Portaria nº 3, de 19 de março de 1999, em aditamento ao elenco do art. 51 da Lei nº 8.078/90, e do art. 22 do Decreto nº 2.181/97, considera nula de pleno direito, a seguinte cláusula: “3. Permitam ao fornecedor de serviços essencial (água, energia elétrica, telefonia) incluir na conta, sem autorização expressa do consumidor, a cobrança de outros serviços. Excetuam-se os casos em que a prestadora do serviço essencial informe e disponibilize gratuitamente ao consumidor a opção de bloqueio prévio da cobrança ou utilização dos serviços de valor adicionado”.

³⁵² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 290.

³⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 70-71.

1. A proibição de greve nos serviços públicos; esta vedação, que antes se entendia absoluta, está consideravelmente abrandada, pois a atual Constituição, no artigo 37, inciso VII, determina que o direito de greve será exercido 'nos termos e nos limites definidos em lei específica'; o STF, na ausência de 'lei específica', decidiu pela aplicação da Lei nº 7.783/89; também em outros países se procura conciliar o direito de greve com a necessidade do serviço público. Na França, por exemplo, proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escalas os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo, cinco dias antes da data prevista para o seu início;
2. necessidade de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas;
3. a impossibilidade, para quem contrata com a Administração, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que tenham por objeto a execução de serviço público;
4. a faculdade que se reconhece à Administração de utilizar os equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata, para assegurar a continuidade do serviço;
5. com o mesmo objetivo, a possibilidade de encampação da concessão de serviço público.

Da doutrina estrangeira, extrai-se o seguinte ensinamento de Héctor Jorge Escola³⁵⁴:

O princípio da continuidade pode revestir-se de carácter absoluto ou relativo, dependendo das características e condições da necessidade ou exigência que se procura satisfazer com a prestação do serviço público. A continuidade em termos absolutos deve ser exigida nos serviços públicos destinados a atender necessidades permanentes, a exemplo do fornecimento de água, gás ou energia elétrica. Em outros casos, a continuidade é relativa, porquanto o serviço visa a atender necessidades intermitentes, as quais existem em certos momentos, mas não em outros.

Da opinião dos doutrinadores colacionados, deduz-se que o prestador do serviço essencial, não importa se o Estado ou os seus delegatários, não pode interromper o seu funcionamento sem que se evidenciem motivos plausíveis e aptos a justificar a medida extrema, porquanto se destina a satisfazer necessidades vitais da coletividade.

³⁵⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*, p. 440. "La continuidad puede revestir carácter absoluto o sólo relativo. La exigencia absoluta de continuidad se presenta em el supuesto de servicios que atienden necesidades permanentes, y por tanto, que deben estar siempre cubiertas, tal como ocurre com el suministro de agua, gas o electricidad, mientras que la exigência de continuidad podrá ser relativa cuando se atienden requerimientos que son intermitentes, es decir, que se presenten em ciertos momentos, pero non em otros".

Dinorá Adelaide Mussetti Grotti³⁵⁵ faz a seguinte observação a respeito da continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais:

[...] o princípio não impõe a necessidade da continuidade física da atividade em todas as hipóteses, pois ela deve ser prestada cada vez que a necessidade que satisfaz se apresenta. Essa diferença é nitidamente manifestada quando se pensa em serviços que exigem funcionamento permanente, como fornecimento de água e energia elétrica, e naqueles que podem funcionar apenas algumas horas do dia, a exemplo dos serviços postais.

Na esteira do entendimento da autora, torna-se oportuno colacionar a lição de Héctor Jorge Escola³⁵⁶, que se posiciona da seguinte forma:

Tendo em conta as características e condições da necessidade ou exigência que se procura atender com a prestação do serviço público, a continuidade pode revestir-se de caráter absoluto ou somente relativo. A exigência absoluta de continuidade se apresenta na prestação de serviços que atendem necessidades permanentes, e, portanto, que devem estar sempre cobertas, tal como ocorre com o fornecimento de água, gás ou eletricidade, enquanto que a exigência de continuidade poderá ser relativa quando se atendem necessidades que são intermitentes, é dizer, que se apresentam em certos momentos, mas em outros não.

De par com o exposto, devido ao caráter indispensável e essencial do serviço público, o princípio da continuidade garante a sua prestação aos usuários sem interrupções. A assertiva permite dizer, ademais, que este princípio é um dos mais importantes que norteiam a prestação de serviços públicos, pois além da garantia do disposto no art. 22 do CDC, a continuidade é um dos elementos que compõem a adequação, a teor do disposto no art. 6, §1º, da Lei nº 8.987/95.

³⁵⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 261.

³⁵⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 440. *“Teniendo en cuenta las características y condiciones de la necesidad o exigencia que se procura atender con la prestación del servicio público, la continuidad puede revestir carácter absoluto o solo relativo. La exigencia absoluta de continuidad se presenta en el supuesto de servicios que atienden necesidades permanentes, y por tanto, que deben estar siempre cubiertas, tal como ocurre con el suministro de agua, gas o electricidad, mientras que la exigencia de continuidad podrá ser relativa cuando se atienden requerimientos que son intermitentes, es decir, que se presenten en ciertos momentos, pero no en otros”.*

2.3 INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS PELO INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO-CONSUMIDOR

Estabelecida a premissa de que os usuários de serviços públicos estão protegidos pelo CDC e que os serviços considerados essenciais não podem sofrer solução de continuidade, a não ser nos casos plenamente justificados, cumpre doravante tentar responder a indagação que norteia a problemática desta pesquisa, qual seja, verificar se estes serviços devem ser mantidos mesmo diante do inadimplemento do usuário-consumidor. Bom lembrar, em tom de advertência, que esta questão, por demais polêmica, ainda suscita amplos debates de teor doutrinário e jurisprudencial.

A esse respeito, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin³⁵⁷ assevera que se trata de um dos temas mais controversos, porquanto é nesta sede que se indaga se as concessionárias de serviços públicos podem cortar o fornecimento de luz, água, telefone, na hipótese de inadimplemento contratual por parte dos respectivos usuários.

Na interpretação de Newton de Lucca³⁵⁸, antes do advento do CDC, a discussão sobre a interrupção do fornecimento dos serviços públicos essenciais pelo inadimplemento do consumidor era inócua. E explica:

[...] poucas dúvidas existiam a respeito. O corte do fornecimento, desde o tempo do nosso Código de Águas, sempre foi medida estabelecida pelo Poder Concedente, a União, por intermédio do Ministério das Minas e Energia Elétrica (DNAEE), que editava Portarias autorizadoras de tal procedimento.

O autor ainda comenta que após a vigência do CDC:

A jurisprudência passou a ser vacilante, diante da disposição expressa no art. 22, no sentido da necessidade de continuidade dos serviços públicos considerados essenciais, ocorrendo esse enquadramento no fornecimento de energia elétrica em função do que estabelece o art. 10 da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, mais conhecida como Lei de Greve.³⁵⁹

³⁵⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 225.

³⁵⁸ DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 225.

³⁵⁹ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*, p. 225.

Inobstante a previsão legal contida no art. 22, *caput*, do CDC, que veio a lume para dirimir a controvérsia, a discussão a respeito do alcance da continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais avultou-se, principalmente diante da posição adotada por parte da doutrina e também da jurisprudência, que, mesmo assim, não aceitam a possibilidade de manter o serviço face ao inadimplemento do usuário.

A justificativa é a de que a falta de pagamento de parte dos usuários dos serviços colocaria em risco a própria continuidade para outros tantos que adimpliram o fornecimento, e que, certamente, não teria sido este o escopo do legislador consumerista.

Da doutrina contrária ao corte do fornecimento do serviço essencial, mesmo diante do inadimplemento do usuário, extrai-se a alegação de que haveria malferimento do princípio da continuidade do serviço público, além de colidir frontalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º da CRFB, e ainda, de que o fornecedor do serviço dispõe de outros meios legais para cobrá-lo.³⁶⁰

Newton De Luca, abordando a questão do corte do fornecimento do serviço essencial, faz a seguinte ponderação:

Essa questão não se resolve com uma afirmação categórica, que num sentido, quer noutro. Há situações deveras especiais para as quais se torna necessário sopesar valores com muito cuidado. Veja-se, por exemplo, uma liminar requerida ao Poder Judiciário, para impedir o corte no fornecimento de energia elétrica, nos casos em que o bem jurídico envolvido esteja erigido à categoria de um direito fundamental como a vida, a saúde e a segurança dos cidadãos. Deveria ela ser inquestionavelmente concedida pelo magistrado sob a alegação de que ele não poderia olvidar-se, na hipótese, da saudabilíssima disposição da Lei de Introdução do Código Civil, segundo a qual, o juiz, ao aplicar a lei, deve levar em consideração, entre outros, os fins sociais a que a lei se destina? Alguns julgados propenderam por considerar inviável o corte do fornecimento do serviço em tais hipóteses. Exatamente por tratar-se de situação excepcional, a investigação não prescinde da análise pormenorizada de cada caso.

Para acirrar ainda mais essa discussão, em cumprimento ao mandamento constitucional inserto no art. 175, foi editada a Lei das Concessões (Lei nº 8.987/95)

³⁶⁰ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*, p. 226-227.

que em seu art. 6º, §3º, II,³⁶¹ passou a admitir a suspensão do serviço em situação de emergência ou após prévio aviso, quando a interrupção for motivada por razões de ordem técnica ou de segurança de instalações, e, ainda, por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Dessarte, com relação à possibilidade de paralisação do serviço público essencial, em situação de emergência, a referida lei não suscitou nenhuma controvérsia, porquanto se trata de acontecimento imprevisível, de caráter emergencial, que justifica a paralisação sem prévio aviso, com a finalidade de se afastar o problema.

Ademais, a Lei nº 8.987/95 ainda prevê a hipótese de interrupção do serviço, após aviso prévio, quando houver (i) razões de ordem técnica ou de segurança de instalações que justifiquem a paralisação, ou (ii) em caso de inadimplemento do usuário, observado o interesse da coletividade.

A primeira hipótese, de interrupção do serviço por razões de ordem técnica ou de segurança de instalações, é plenamente aceitável e não suscita discussões a respeito, porquanto se está diante da obrigação de mantê-lo funcionando de forma adequada e eficiente.

Assim, uma vez detectada alguma falha, de ordem técnica ou de segurança na prestação do serviço, e não houver justificativa plausível para tanto, dentro das normas de segurança, devem ser apuradas as responsabilidades e, se for o caso, aplicadas as sanções previstas no CDC.³⁶²

³⁶¹ O artigo 6º, § 3º, inciso II, da lei em comento tem a seguinte redação: “Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. §3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após aviso prévio, quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

³⁶² Calha lembrar, aqui, o episódio ocorrido em fevereiro e em março de 1999, veiculado pela imprensa falada e escrita, portanto de comum sabença, sobretudo pelo impacto que causou em nível nacional, referente a dois problemas que atingiram os serviços de energia elétrica. O primeiro ocorreu em 19 de fevereiro, chamado de apagão, que foi o desligamento automático de duas das quatro linhas de transmissão da energia gerada na Hidrelétrica de Itaipu para as regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, provocando, entre 12h e 12h30m, interrupções parciais do fornecimento de eletricidade em várias localidades dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul e do Distrito Federal. Os apagões, que tiveram uma duração média de 40 minutos, causaram vários transtornos, com pessoas presas em elevadores, semáforos desligados e até a interrupção da programação de emissoras de rádio e televisão. O segundo alude ao blecaute que ocorreu no dia 11 de março, atingindo estados das regiões Sul e Sudeste e o Estado do Mato Grosso do Sul, que ficaram sem energia a partir das 22h10m, em razão de uma falha na linha de transmissão, em Itaipu. Oito estados foram afetados pelo maior blecaute já ocorrido no país: São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, ficaram com regiões sem energia por volta das 22h10m. Em 16 de maio, outro blecaute deixou parte da região Centro-Oeste sem energia elétrica por

A propósito, cumpre esclarecer que se abdicará de tecer considerações a respeito da questão relativa à responsabilização do concedente e dos delegatários de serviços públicos essenciais porque, por óbvio, não constitui o escopo do presente trabalho.

Por outro bordo, a segunda hipótese prevista no inciso II, art. 3º, da lei em comento, que prevê a suspensão do fornecimento do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, suscita interpretações diferenciadas, tanto na doutrina como na jurisprudência, diante da regra inserta no art. 22 do CDC, uma vez que não existe consenso no tocante a possibilidade de corte do fornecimento de serviço público essencial por parte das empresas prestadoras daqueles serviços.

Assim, neste trabalho, busca-se analisar a questão relativa à suspensão do serviço público essencial diante do inadimplemento do seu usuário, mesmo após o prévio aviso, com a advertência de que a tarefa é por demais desafiadora, e que as respostas para todas as indagações que o tema suscita, ainda não foram encontradas.

Compartilha-se, contudo, do entendimento esposado por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin³⁶³, um dos autores do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, quando assim analisa:

Os tipos de serviços abrangidos – qualquer serviço público – seja público *strito sensu* ou de utilidade pública, seja *uti universi* ou *uti singuli* – deve ser prestado de forma adequada, eficiente e segura. Em outras palavras: os serviços públicos simplesmente não podem portar vícios de qualidade (insegurança ou inadequação) ou de quantidade, continuidade. Só que não exigível com tanta generalidade. Diz a lei que os serviços essenciais devem ser prestados continuamente. Vê-se que é um dever jurídico não imposto ao fornecedor privado (art. 20). Continuidade, aqui, como salientado anteriormente, quer dizer que, se o serviço essencial está sendo prestado pela Administração Pública, não pode ser interrompido, a não ser que assim se dê em razão de caso fortuito ou força maior, excludentes clássicas.

cerca de uma hora. O apagão começou às 18h05m e afetou o fornecimento de energia elétrica para o Distrito Federal, Goiás e parte de Mato Grosso. Apesar de as empresas prestadoras furtarem-se às respectivas responsabilidades, devem responder pelos danos causados aos consumidores-usuários desse serviço público essencial, porquanto amparados pela legislação consumerista.

³⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p. 100-111.

No cenário jurídico, a polêmica aflora com mais intensidade quando se confrontam o art. 22, *caput*, do CDC, e o art. 6º §3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95. De um lado, posiciona-se o diploma consumerista, garantindo a continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais. De outro, está a Lei das Concessões, que não caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção, após prévio aviso, por inadimplemento do usuário, considerado o interesse coletivo.

A partir dessa confrontação, doutrina e jurisprudência deram ensejo à formação de duas correntes distintas; uma admitindo a interrupção do serviço, outra não aquiescendo com esta possibilidade.

A corrente que não admite o corte no fornecimento dos serviços³⁶⁴ entende que esta medida nada mais é do que uma forma de coação exercida sobre

³⁶⁴ A incumbência de zelar pela integridade e correta aplicação da lei federal fez a questão relativa ao corte do serviço essencial por inadimplência do usuário-consumidor ganhar destaque no STJ, diante da divergência instaurada entre Cortes estaduais. A Primeira Turma mantinha orientação no sentido de considerar ilegítimo o ato dos prestadores de serviços públicos ao interrompê-los, devido ao inadimplemento do consumidor. Entendia ser o corte no fornecimento forma de coação indevida para compelir o consumidor em atraso no pagamento do débito, violando direitos fundamentais. Dessa forma, considerava ilegal o procedimento adotado pela concessionária e determinava o imediato restabelecimento do serviço e, ainda, o pagamento de indenização por danos morais. Nesse sentido foram as decisões contidas nos arestos a seguir ementados:

“ADMINISTRATIVO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO.

1. O corte no fornecimento de energia elétrica, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e malfez a cláusula pétrea que tutela a dignidade humana. Precedentes do STJ.

2. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada.

3. Agravo Regimental desprovido.”

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 478.911 1ª. Turma: unânime. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 06.05.2010. DJ de 19/5/2003. Disponível em: <<http://stj.gov.br>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

“ADMINISTRATIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 22 E 42, DA LEI Nº. 8.078/90 (CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR).

1. Recurso especial interposto contra acórdão que entendeu não ser cabível indenização em perdas e danos por corte de energia elétrica quando a concessionária se utiliza de seu direito de interromper o fornecimento a consumidor em débito. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

2. Não resulta em reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma, em face de ausência de pagamento e fatura vencida.

3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se em serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

4. O art. 22, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assevera que ‘os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos’. O seu parágrafo único expõe que ‘nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste código’. Já o art. 42, do mesmo diploma legal,

o usuário, cuja finalidade é compeli-lo a pagar o débito, o que seria inadmissível, uma vez que o fornecedor pode valer-se de outros meios usuais e lícitos para efetuar a cobrança. Outrossim, entendem que o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais viola frontalmente direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Luiz Antônio Rizzatto Nunes³⁶⁵, adepto dessa corrente, propugna pela inaplicabilidade do art. 6º, inc. III, da Lei nº 8.987/95, que autoriza a interrupção. Em abono do quanto sustenta, o autor chega a questionar a constitucionalidade do dispositivo, excepcionando apenas a hipótese de fraude por parte do usuário para admitir o corte, mas adverte que mesmo neste caso haveria a necessidade de prévia autorização judicial e prova inequívoca de que o consumidor inadimplente dispunha de meios para pagar o débito.

Plínio Lacerda Martins³⁶⁶, faz coro com o autor acima, dizendo que a Lei infraconstitucional veio romper o caráter absoluto da continuidade dos serviços essenciais, e consigna que:

A lei da concessão do serviço público (Lei nº 8.987/95), ao afirmar que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção 'por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade' (art. 6º, §3º, II), na realidade está praticando o autêntico retrocesso ao direito do consumidor, haja vista que o artigo 22 do CDC afirma que os fornecedores de serviço essencial são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e 'contínuos'. Arrimado a este fato, acrescente-se que o direito do consumidor possui garantia fundamental na Constituição e que a interrupção do fornecimento, além de causar uma lesão, afeta diretamente a sua dignidade, sem embargo da dificuldade de acesso à Justiça, que o

não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Os referidos dispositivos legais aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

5. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, os princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

6. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços essenciais para sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

7. É devida indenização pelos constrangimentos sofridos com a suspensão no fornecimento de energia elétrica.

8. Recurso Especial provido para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem a fim de que, e nada mais, o MM. Juiz aprecie a questão do *quantum* a ser indenizado”.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 430.812/MG. 1ª. Turma: unânime. Rel. Min. José Delgado, Brasília, DF, j. 06.08.2002. DJ de 23/9/2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

³⁶⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 330-331.

³⁶⁶ MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento – Prática Abusiva – Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 778, ago 2000, p. 109.

dispositivo apresenta, consolidando, assim, a autotutela do direito do fornecedor.

Ainda, nesse diapasão, certas se mostram as lições de Alessandro Segala³⁶⁷ ao sustentar que o corte de eletricidade, sendo considerado como serviço essencial, ofende inúmeros princípios, entre eles o da continuidade, o da boa-fé objetiva, o da proporcionalidade e o da razoabilidade. Nas suas precisas palavras:

Ora, as empresas concessionárias, ao ameaçarem suspender unilateralmente o fornecimento de energia elétrica ao usuário, até mesmo em razão do não pagamento de contas de consumo, estarão, ao impedir que o mesmo possa contestar os valores que alegam serem devidos, a ele transferindo o ônus de ingressar em juízo para impugnar valores que desconhece completamente: a medição do consumo, a apuração e o cálculo utilizado são do exclusivo conhecimento da empresa, e não dos consumidores. Daí se vê, portanto, que as concessionárias criam inúmeros obstáculos para que os eventuais prejudicados possam defender-se regularmente, dado ser curial que este obstáculo se traduz em um entrave, conforme a hipótese até mesmo insuperável, ao atendimento da finalidade objetiva do constituinte, que foi a de propiciar pleno acesso ao Poder Judiciário.

Justificando o seu entendimento, conclui o retrocitado ator:

Finalmente, há que se deixar claro que, se débitos de consumo de energia elétrica houver, as empresas concessionárias não estarão impedidas de cobrá-los. Se meios outros há para cobrar, inclusive encontrando-se o próprio Estado a eles submetido (v.g. Lei nº 6.830/80), por que optar pelo meio menos gravoso? Não há justificativa para tanto. O que se pretende, apenas, é que se submetem à apreciação do Poder Judiciário a sua pretensão, deixando de agir *sponte sua*, como se magistrados fossem.³⁶⁸

De outra face, encontra-se a corrente que admite a interrupção³⁶⁹ ante o argumento de que a continuidade na prestação do serviço deve ser visualizada do

³⁶⁷ SEGALLA, Alessandro. Suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente à luz da Constituição Federal. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais São Paulo, n. 37, jan./mar. 2001, p. 149.

³⁶⁸ SEGALLA, Alessandro. Suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente à luz da Constituição Federal. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 149.

³⁶⁹ Nesse diapasão, dois são os julgados da Segunda Turma do STJ que merecem destaque: RESP 510.478/PB e 337.965/MG, abaixo colacionados. A partir dessas duas decisões é que se iniciou a discussão entre a Primeira e a Segunda Turmas daquele Egrégio Tribunal, no que diz respeito à possibilidade de haver corte do fornecimento de serviço essencial diante da inadimplência do usuário, levando à mudança de entendimento da Corte. A orientação da Primeira Turma, posicionando-se contra o corte no fornecimento, passou a não mais refletir o entendimento jurisprudencial do STJ porque a Segunda Turma, contrariamente, manifestava-se pelo corte, se atendidas as exigências

ponto de vista coletivo, porquanto o inadimplemento de alguns implica indevido ônus para os adimplentes. Os adeptos desta corrente alegam que a própria continuidade dos serviços dependerá dos recursos provenientes do pagamento e que os usuários desses serviços não podem correr o risco de interrupção pelo inadimplemento por parte de alguns, sob pena de indevido enriquecimento sem causa, fato que ofende o princípio da igualdade (art. 5º, inciso I, CRFB).

Nessa esteira, tem-se o posicionamento de Zelmo Denari³⁷⁰, mesmo sendo um dos autores do Anteprojeto do CDC, que se justifica da seguinte forma:

legais. Assim, o primeiro julgamento a ser apontado é o do Recurso Especial nº 510.478/PB, cuja ementa é a seguinte:

“RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA ‘C’ – ADMINISTRATIVO – ENERGIA ELÉTRICA – CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – ATRASO NO PAGAMENTO – SUSPENSÃO DO SERVIÇO – POSSIBILIDADE – ARTS. 6º, §3º, II, DA LEI Nº 8.987/95 E 17 DA LEI Nº 9.427/96.

Há expressa previsão normativa no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário que deixa de efetuar a contraprestação ajustada, mesmo quando se tratar de consumidor que preste serviço público.

Na hipótese vertente, verifica-se que se trata de usuário do serviço público concedido que, nos termos do r. voto condutor do acórdão objurgado, ‘deliberadamente vem se mantendo a inadimplência’, razão bastante para a suspensão do fornecimento do bem.

Ao editar a Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000, a própria ANEEL, responsável pela regulamentação do setor energético no país, contemplou a possibilidade de suspensão do fornecimento do serviço em inúmeras hipóteses, dentre as quais o atraso no pagamento de encargos e serviços vinculados ao fornecimento de energia elétrica prestados mediante autorização do consumidor, ou pela prestação do serviço de energia elétrica (art. 91, incisos I e II).

Recebe o usuário, se admitida a impossibilidade de suspensão do serviço, reprovável estímulo à inadimplência. Não será o Judiciário, entretanto, insensível relativamente às situações peculiares em que o usuário deixar de honrar seus compromissos financeiros em razão de sua hipossuficiência, circunstância que não se amolda ao caso em exame.

Recurso especial conhecido pela letra ‘c’, porém não provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 510.478/PB. Segunda Turma, unânime. Rel. Min. Franciulli Netto, Brasília, DF, j. 10.06.2003. DJ. 08/09/2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

Ao proferir o voto, o relator do processo acima, primeiro faz uma breve constatação do intenso debate doutrinário que o tema suscita, inclusive no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção. Prossegue seu raciocínio deixando claro que a possibilidade de suspensão do fornecimento dirige-se àquele inadimplente contumaz e ressalta a aplicação da legislação pertinente à matéria (Leis nºs. 8.987/95 e 9.427/96 e Resolução nº 456/2000, da ANEEL).

Outro julgamento que merece destaque é o acórdão do Recurso Especial nº 337.965/MG, que possui a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA – PAGAMENTO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOB A MODALIDADE DE TARIFA – CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO: LEGALIDADE.

1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa.

2. Nas condições indicadas, o pagamento é contraprestação, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento.

3. Interpretação autêntica que se faz do CDC, que admite a exceção do contrato não cumprido.

4. A política social referente ao fornecimento dos serviços essenciais faz-se por intermédio da política tarifária, contemplando equitativa e isonomicamente os menos favorecidos.

5. Recurso especial improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 337.965/MG. Segunda Turma, maioria. Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, j. 02.09.2003. DJ. 20/10/2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

³⁷⁰ DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 226.

Assim, como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do correspectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito do instrumento de Público. Do contrário, seria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público. De todo modo, a interrupção no fornecimento do serviço público não pode ser efetivada *ex abrupto*, como instrumento de pressão contra o consumidor, para forçá-lo ao pagamento da conta em atraso. Em obséquio aos princípios básicos que regem as políticas de consumo, o corte deverá ser precedido de notificação prévia ao usuário.

Maria D'Assunção Costa Menezello³⁷¹ também compartilha da opinião do autor acima, e explica o seu posicionamento:

Legalizou-se, pois, aquilo que grande parte da doutrina já havia consagrado desde a publicação do Código de Defesa do Consumidor. O corte de fornecimento de um serviço público pelo inadimplemento das obrigações do usuário é plenamente lícito. Não nos olvidemos que pertence à hermenêutica jurídica o princípio que: não se presumem na lei palavras inúteis. Não poderá causar espanto, a qualquer usuário inadimplente o corte do fornecimento, baseando-se a concessionária de serviço público nas razões previstas na legislação. Convém aqui consignar que um contrato bilateral de fornecimento de um serviço público só será interrompido por questões técnicas, de segurança ou de inadimplemento do usuário. Parece-nos inquestionável, até pelo próprio princípio da continuidade dos serviços públicos, a possibilidade do prestador de serviços, após comunicação prévia ao consumidor, efetuar o desligamento quando este não efetuou o pagamento devido. Porque, se assim não ocorrer, gera-se para o consumidor inadimplente um benefício financeiro ilícito à custa dos demais usuários do serviço.

Observe-se que a prévia comunicação do corte não é o único requisito para que se permita a suspensão da prestação do serviço a teor do art. 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95. A suspensão do fornecimento do serviço deve ficar condicionada ao interesse da coletividade, ou seja, o corte somente será possível quando o interesse da coletividade assim o determinar.

Dessa forma, para que ocorra a interrupção de serviços contínuos, deve ficar caracterizado o interesse da coletividade ou, em outras palavras, é o interesse público que condiciona a interrupção da prestação de serviços públicos.

³⁷¹ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. O Código de Defesa do Consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 19, p. 235.

Do exposto, infere-se a impossibilidade de corte do fornecimento de serviço essencial não apenas com relação ao usuário individualmente, mas também quando se tratar de usuário pessoa jurídica de direito público, como um hospital, uma universidade ou uma prefeitura. Essa afirmação decorre do fato de a medida extrema se contrapor ao interesse da coletividade, porquanto os serviços públicos essenciais são de suma importância ao convívio dos cidadãos.³⁷²

A opinião de Zelmo Denari³⁷³ aponta no mesmo sentido. O autor, mesmo admitindo a interrupção do fornecimento do serviço essencial para o usuário inadimplente, individualmente considerado, não a aceita se o usuário for pessoa jurídica de direito público porque, além de estar em causa o interesse público – cuja supremacia é indiscutível em termos principiológicos –, o ente público pode invocar, em sentido diametralmente oposto, o postulado da continuidade dos serviços públicos que presta à população em geral.³⁷⁴

2.4 PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA PROTEÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Diante das considerações de relevo tecidas a respeito da temática envolvendo a interrupção do fornecimento dos serviços públicos, tem-se que os serviços considerados essenciais pela legislação consumerista devem ser prestados ininterruptamente, mesmo diante do inadimplemento do seu usuário.

³⁷² A 6ª. Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, no julgamento do Processo nº 2002.051.01.490104-9, embora tenha admitido a suspensão do fornecimento de energia elétrica em relação aos órgãos públicos, desde que os clientes tenham sido devidamente notificados, também estabeleceu que a interrupção não pode atingir serviços essenciais à população, como os prestados por hospitais, postos de saúde, escolas e repartições públicas, cuja paralisação pode acarretar danos irreparáveis à coletividade. RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processo nº 2002.051.01.490104-9. Apelação Cível nº 333145. Relator Des. Fed. Rogério Carvalho. Rio de Janeiro, RJ, j. 11.05.2005. DJU: 03.08.2005. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em 11 ago. 2010.

³⁷³ DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Atores do Anteprojeto*, p. 226.

³⁷⁴ A Primeira Turma do STJ deixou consignado o seguinte: “O corte de energia autorizado pelo CDC e legislação pertinente é previsto *uti singuli*, vale dizer: da concessionária *versus* o consumidor isolado e inadimplente; previsão inextensível à Administração Pública por força do princípio da continuidade, derivado do cânone maior da supremacia do interesse público”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgrMC nº 3.982. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 2001/00921137-1. Primeira Turma: unânime. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 17.02.2004. DJU: 15.03.2004, p. 150. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 25 jul. 2010.

Neste ponto, quadra salientar, por pertinente, que não se trata de desprezar o prejuízo econômico-financeiro que as concessionárias e as permissionárias possam experimentar nem de acobertar o enriquecimento indevido por parte dos usuários, que, como é cediço, não se podem habituar à inadimplência, mas sim de garantir a continuidade da prestação de serviço essencial àquele que não tem condições financeiras de fazê-lo, sob pena de por em risco o seu sustento e o de sua família.

É cediço que os fornecedores dos serviços públicos essenciais dispõem de meios ordinários de cobrança para receberem os valores devidos pelos usuários inadimplentes, uma vez que é inadmissível qualquer espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, de acordo com o disposto no art. 42 do CDC.³⁷⁵

Ademais, vale lembrar que a interrupção do serviço em decorrência de ato unilateral da concessionária ou permissionária configura crime de exercício arbitrário das próprias razões, coibido pelo nosso ordenamento jurídico.³⁷⁶

Ainda, quando a concessionária ou permissionária de serviço público se utiliza da suspensão do fornecimento do serviço como forma de forçar o usuário inadimplente ao pagamento de seu débito, incorre em grave violação aos princípios jurídicos que norteiam as relações patrimoniais. Nos termos do art. 42 do CDC: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

Dessa forma, conforme se depreende do ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade patrimonial deve incidir sobre o patrimônio do devedor e não sobre a sua pessoa, de sorte que quando o serviço essencial é suspenso, nada mais pode objetivar o fornecedor do que coagir o consumidor a efetuar o pagamento do débito. Essa atitude configura prática abusiva por parte de concessionárias e

³⁷⁵ Nesse sentido é o entendimento do STJ, no Recurso Especial nº 279.502-SC – (2000/0097801-9): “O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa, extrapola os limites da legalidade, uma vez que existem diversos outros meios autorizados pela lei para buscar o adimplemento do débito”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 279.502-SC – (2000/0097801-9). Primeira Turma: unanimidade. Relator Min. Francisco Falcão, Brasília, DF, j. 27.11.2001. DJU: 03.06.2002, p. 146. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 04 ago. 2010.

³⁷⁶ Assim também decidiu o STJ, no Recurso Especial nº 223.778/RJ: “É defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso. O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 223.778/RJ. Primeira Turma: unânime. Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, j. 07.12.1999. DJU: 13/03/2000, p. 143. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 01 ago. 2010.

permissionárias, sem contar que colide frontalmente com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º. III, CRFB)³⁷⁷.

Outrossim, no art. 71, o CDC estabelece que constitui crime a conduta de utilizar, na cobrança de dívidas, ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou outro procedimento que exponha o consumidor injustificadamente a ridículo ou interfira com o seu trabalho, descanso ou lazer. Mais, o fato de tais condutas serem praticadas em operações que envolvam produtos ou serviços essenciais ou ocasionem grave dano individual ou coletivo, constitui circunstância agravante, a teor do disposto no art. 76 do CDC.

Com relação às disposições contidas na Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões), parte considerável da doutrina e da jurisprudência mudou de posição, ou seja, passou a admitir a interrupção dos serviços essenciais, flexibilizando a regra inserta no art. 22 do CDC.

Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi³⁷⁸, de forma lapidar, justifica a prevalência do diploma consumerista:

As normas que impliquem relações de consumo não devem conflitar com o Código do Consumidor, porquanto este desautoriza a interrupção de serviço essencial, e, havendo antinomia entre o critério de especialidade (código serviço público, fato este que poderia ter ocorrido caso a norma da Lei nº 8.987/95 não tivesse sido abrandada pela Lei nº 9.074/95), não se aplica o critério *lex posteriori revogat legis a priori*, e sim o critério *lex posteriori generalis non derogat priori speciali*. Assim, a norma do consumidor, como norma especial, contém o sistema jurídico do equilíbrio da relação de consumo, não podendo ser revogada por norma posterior que regula concessões de serviço público, e não o direito do usuário/consumidor.

A autora, explicando seu posicionamento, arremata:

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor estabelece preceitos de ordem pública, inderrogáveis por força de disposição contratual, que geram obrigações especiais. O que significa que, desobedecido o CDC e a legislação específica que versa sobre o serviço público,

³⁷⁷ Nesse sentido, tem-se decisão proferida pelo STJ: “O corte no fornecimento de energia elétrica, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e malfere a cláusula pétrea que tutela a dignidade humana”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AG 478911/RJ. Primeira Turma: unânime. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 06.05.2003. DJU: 19/05/2003, p. 144. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 21 jul. 2010.

³⁷⁸ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos*. Temas Atuais de Direito do Consumidor (I). São Paulo, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, ano VII, v. 40, nov./dez. 2006, p. 73.

haverá possibilidade de propositura de ação individual e ações coletivas visando à defesa de interesses difusos e coletivos. No que tange aos serviços públicos, verifica-se, pela legislação aplicável, pouca elasticidade concedida ao aplicador da lei. A intenção majoritária do legislador, ao elaborar a Lei nº 8.078/90, foi a de conceder ao magistrado ampla discricionariedade na análise exegética a ser feita sobre a licitude dos contratos, em razão das peculiaridades de cada tratativa. Porém, não é o que ocorre quando o assunto é a prestação de serviço público.³⁷⁹

Nesse diapasão, precisas são as lições de Nelson Nery Júnior³⁸⁰:

O microsistema do CDC é lei de natureza principiológica. Não é nem lei geral nem lei especial. Estabelece os fundamentos sobre as quais se erige a relação jurídica de consumo, de modo que toda e qualquer relação de consumo deve submeter-se à principiologia do CDC. Consequentemente, as leis especiais setorializadas (v.g. seguros, bancos, calçados, transportes, serviços, automóveis, alimentos etc) devem disciplinar suas respectivas matérias em consonância e em obediência aos 'princípios fundamentais do CDC'. Não seria admissível, por exemplo, que o setor de transportes fizesse aprovar lei que regulasse a indenização por acidente ou por vício do serviço, fundada no critério subjetivo (dolo ou culpa), pois isto contraria o 'princípio da especialidade objetiva', garantida pelo CDC art. 6º, VI. Como o CDC não é lei geral, havendo conflito aparente entre suas normas e a de alguma lei especial, não se aplica o princípio da especialidade (*lex specialis derogat generalis*): prevalece a regra principiológica do CDC sobre a da lei especial que o desrespeitou. Caso algum setor queira mudar as regras do jogo, terá que fazer modificações no CDC e não criar lei à parte, desrespeitando as regras 'principiológicas fundamentais' das relações de consumo, estatuídas no CDC.

Plínio Lacerda Martins³⁸¹ assevera que a lei infraconstitucional (Lei nº 8.987/95) veio quebrar o caráter absoluto da continuidade dos serviços essenciais. O autor, quando se refere ao serviço essencial de energia, assim se posiciona:

Constitui prática abusiva o corte de energia elétrica por falta de pagamento, sendo vedado o corte por parte do fornecedor, em razão do serviço ser considerado essencial, não prevalecendo a norma que autoriza a interrupção do serviço essencial (art. 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95), pois a mesma conflita com o Código do Consumidor, prevalecendo a norma consumerista em razão do princípio da proibição de retrocesso ao invés do princípio *lex posteriori* revoga *legis a priori*.

³⁷⁹ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos*, p. 73.

³⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 181.

³⁸¹ MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento – Prática Abusiva – Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, p. 111.

Com relação à reserva contida no art. 7º da Lei nº 8.987/95, estabelecendo que inobstante as suas disposições a respeito dos direitos e deveres dos usuários, aplica-se o disposto na Lei nº 8.078/90, que corrobora com a aplicabilidade do diploma consumerista aos serviços públicos delegados e confirma a assertiva de que é possível a compatibilização entre a lei de defesa do consumidor e as legislações específicas que regulam o regime de concessão e permissão, sem olvidar que prevalecerão as disposições do CDC quando forem mais benéficas ao consumidor. Aliás, este foi o escopo do legislador consumerista.

Dessa feita, entende-se que para haver coerência no sistema há que se compatibilizar o CDC e a Lei das Concessões, em prol dos usuários de serviços públicos essenciais, de modo que os fornecedores não poderão negar ou interromper a prestação do serviço, como forma de receber dos usuários os valores referentes às contas em atraso porque aqui prevalecem as disposições do art. 22.

Entende-se, ademais, que malgrado o fato de o artigo do artigo 6º, §3º, II da Lei nº 8.987/95 autorizar a suspensão do fornecimento do serviço, há um dispositivo na Lei nº 9.074/95, em consonância com o art. 22 do CDC, que assegura a continuidade da prestação do serviço público.

O art. 3º da Lei nº 9.074/85 tem a seguinte redação: “Na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei nº 8.987, de 1995, serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações: I – garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos”.

A esse respeito, mais uma vez, oportuna se mostra a lição de Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi³⁸²:

Das disposições contidas no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/95³⁸³, combinado como o art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.074/95, verificamos a proibição de paralisação da prestação de serviço essencial, de cessar ou interromper a prestação em razão da falta de pagamento da taxa ou remuneração, podendo mesmo ser dito que há uma disciplina difusa de sua correta prestação. Assim, concluo preliminarmente que os serviços públicos recebem tratamento múltiplo, visando sempre a uma meta de otimização e adequação, em prol do interesse da coletividade.

³⁸² FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos*, p. 72.

³⁸³ O art. 6º, §1º da Lei nº 6.987/95 tem a seguinte redação: “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação do serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Esposando entendimento, do qual se compartilha, a mencionada autora remata:

De acordo com as previsões constitucionais e do CDC, verificamos a impossibilidade de paralisação da prestação dos serviços essenciais, quer seja prestado diretamente pelo Estado, quer seja prestado por qualquer ente investido nessa atividade, em razão de concessão e permissão de serviço público. Verificamos ainda que eles devem ser adequados – previsão do diploma consumerista –, atingindo a finalidade de bem estar social ao qual estão direcionados.³⁸⁴

Dessas lições, infere-se que a suspensão do fornecimento de serviço público essencial por falta de pagamento é terminantemente vedada, mesmo após o prévio aviso, prevalecendo, de forma inequívoca, as disposições do art. 22 do CDC em detrimento da norma inserta no art. 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95, assegurando, assim, a continuidade da prestação de serviços primordiais à manutenção de vida digna, garantida pela Carta Magna, no seu art. 1º, III.

³⁸⁴ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos*, p. 80.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho de pesquisa, é possível lançar as seguintes conclusões.

01. Durante a abordagem da evolução da atividade prestacional do Estado, constatou-se que o serviço público passou por inúmeras modificações na sua forma de prestação ao longo da história, motivadas pelo momento político, social e econômico de cada época, pois as necessidades dos indivíduos foram se modificando, razão de haver até hoje conceito e noção de serviço público.

02. As transformações que impactaram as formas de prestação dos serviços públicos conduziram o Estado a encontrar novas formas de organização, no intuito de atender ao interesse público. Assim, a prestação de serviços públicos pode ser exercida de forma centralizada, pela Administração Pública ou por seus próprios órgãos ou de forma descentralizada, quando o Poder Público transfere a titularidade ou somente a execução do serviço público, por meio da outorga ou da delegação, à entidade da Administração Indireta ou a particular.

03. Hodiernamente, a prestação de serviços públicos, conforme estabelece o artigo 175 da CRFB e regulamentado pela Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões), pode ser delegada a entes privados através dos institutos da concessão e da permissão, tratando-se de forma descentralizada da prestação daqueles serviços, que, no entanto, permanecem sob a titularidade estatal.

04. A origem das concessões remonta à Idade Média, quando os particulares passaram a prestar serviços públicos, atingiram o formato atual, na França, no século XIX, tendo surgido no Brasil por ocasião do Império, com a finalidade de colaborar na construção de ferrovias e hidrelétricas. O instituto passou a ganhar os contornos atuais, no Brasil, a partir da década de 1990, com o surgimento do Plano Nacional de Desestatização (PND) – implantado pela Lei nº 8.031/90, substituída posteriormente pela Lei nº 9.491/97 –, no bojo do processo de privatização de

algumas empresas estatais, alcançando o seu formato atual com a publicação da Lei nº 8.987/95 e da Lei nº 9.074/95, que regulamentaram o artigo 175 da CRFB

05. A natureza jurídica da concessão de serviços públicos não é objeto de consenso entre os doutrinadores, prevalecendo, no entanto, o entendimento majoritário de que se trata de um contrato de direito público, bilateral, comutativo, remunerado e *intuitu personae*. Essa divergência decorre dos interesses antagônicos protagonizados pelas partes, quais sejam, de um lado, o Poder Público e o interesse da coletividade e, de outro, o particular que busca a capitalização de lucros no exercício de sua atividade empresarial.

06. Pode-se conceituar a concessão de serviço público, com fulcro na melhor doutrina pátria, como o modo de gestão de um serviço no qual uma pessoa de direito público (concedente) encarrega uma pessoa de direito privado (concessionário), por meio de um contrato, de gerir o serviço durante certo período de tempo, por sua conta e risco, assumindo todos os encargos, mediante o direito de ser remunerado preferencialmente através de prestações pagas pelos usuários dos serviços públicos, colocados à sua disposição.

07. A concessão para a prestação dos serviços públicos, em atendimento à disposição constitucional, é precedida de licitação que é o modo de atuar da Administração Pública, sendo que a Lei nº 8.987/95 traz em seu bojo as cláusulas mínimas obrigatórias que devem conter no contrato a ser celebrado entre o poder concedente e o licitante vencedor.

08. As cláusulas obrigatórias previstas na Lei das Concessões definem o objeto da concessão, delimitam a área, forma e tempo da exploração, estabelecem os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço, buscando a eficaz prestação dos serviços públicos delegados.

09. A natureza jurídica da permissão, modalidade de delegação dos serviços públicos, também não é objeto de consenso entre os doutrinadores, prevalecendo,

porém, o entendimento de que em decorrência do mandamento constitucional inserto no artigo 175, trata-se de contrato e não de ato administrativo.

10. A permissão, da mesma forma que a concessão, deve ser precedida de procedimento licitatório e é regulada pela Lei nº 8.987/95. Na permissão, o serviço pode ser prestado por pessoa física; o contrato tem natureza precária, sendo de adesão, não podendo ter por objeto a realização de obras públicas; sua rescisão não enseja o pagamento de indenização.

11. As garantias previstas na Lei nº 8.987/95 ao poder concedente têm por escopo atingir o objetivo primordial da delegação dos serviços públicos à iniciativa privada, que é a prestação eficaz e adequada destes serviços, no intuito de bem atender ao interesse do usuário em particular e da coletividade como um todo.

12. Para a compreensão da temática protetiva dos usuários de serviços públicos delegados à iniciativa privada, objeto deste trabalho, são de suma importância os mecanismos inseridos no CDC, notadamente quanto ao disposto no artigo 22, que determina aos órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, que forneçam serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais contínuos.

13. No estudo do diploma consumerista, entendeu-se necessário rememorar a gênese da sociedade de consumo, que surge na Inglaterra, com a Revolução Industrial, entre os séculos XVIII e XIX. No entanto, as primeiras entidades de defesa dos consumidores apareceram somente no início do século XX e as primeiras leis de caráter protetivo apenas na década de 1920.

14. Nos países capitalistas desenvolvidos, a proteção dos consumidores começou no início do século XX, avultou-se após a Segunda Guerra Mundial, e atingiu o seu apogeu a partir da década de 1960. Isto se deu em decorrência do crescimento da estrutura das empresas e devido a uma maior complexidade de

produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, ao desenvolvimento do crédito, da publicidade e do *marketing*.

15. Os Estados Unidos da América capitanearam as principais mudanças relacionadas com a proteção dos consumidores, fazendo com que, no ano de 1962, o Presidente John Fitzgerald Kennedy enviasse mensagem ao Congresso destacando a importância dessa proteção, uma vez que o consumidor era reconhecidamente a parte mais vulnerável da relação de consumo. A partir daí, assegurou-se aos consumidores o direito à segurança, à informação, direito de ser ouvido e de escolher de acordo com as suas reais necessidades.

16. O interesse na proteção dos consumidores passou a constituir tema de interesse supranacional, abrangendo um grande número de nações que culminou com a aprovação da Resolução nº 2.542/69, ao ser proclamada a Declaração das Nações Unidas para o progresso e desenvolvimento social. Ademais, em 1973, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece expressamente direitos fundamentais e universais do consumidor.

17. A ONU, em 1985, através da Resolução nº 39/248/85 reconheceu de forma inequívoca a existência de desequilíbrios econômicos e educacionais dos quais são passíveis os consumidores, sobretudo pela vulnerabilidade a que estão expostos no mercado de consumo. Esta resolução tem o mérito de ser o marco da origem da consagração dos direitos básicos do consumidor, devido ao seu caráter principiológico.

18. Na Europa, também houve a preocupação com a proteção dos consumidores, em quase todos os países do Continente. Com o surgimento da Comunidade Européia, o direito comunitário europeu conheceu as Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/347 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo), que serviram de modelos ao nosso legislador consumerista.

19. No Brasil, a proteção com o consumidor somente se consolidou a partir da promulgação da CRFB, que alçou a defesa do consumidor ao patamar de princípio constitucional (art. 5º, XXXII). Ademais, essa proteção em âmbito constitucional também se elevou à categoria de princípio da ordem econômica (art. 170).

20. Atendendo aos reclamos da sociedade civil e ao disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no dia 12 de setembro de 1990 foi publicado o CDC. Com o advento do diploma consumerista as desigualdades nas relações de consumo passaram a ser reequilibradas, sendo este o seu novo modelo.

21. O CDC tem por característica ser um microssistema jurídico, ou seja, um sistema autônomo e independente, com sua própria principiologia, de caráter multidisciplinar, versando sobre várias searas do Direito, pela ótica da relação de consumo. Ademais, devido ao fato de o CDC ser um microssistema, não pode sofrer qualquer mitigação por parte de outro sistema, pois se destina a cuidar de determinada situação jurídica.

22. O reconhecimento do caráter cogente das normas consumeristas é fundamental para garantir a sua aplicabilidade, que são inderrogáveis por vontade das partes. Essa assertiva significa que em demandas judiciais o magistrado deve apreciar a aplicação daquelas normas, inclusive *ex officio*. Suas regras não são passíveis de preclusão e podem ser revistas a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

23. Em decorrência do caráter cogente das normas do CDC, o termo “interesse social”, inserto no seu artigo 1º, significa que o Ministério Público tem participação obrigatória em todas as ações versando sobre lides consumeristas a teor do artigo 127, *caput*, da CRFB, em caráter difuso ou coletivo. O *parquet* atua como autor ou com o intuito de garantir a fiscalização do fiel cumprimento das normas consumeristas.

24. Duas décadas de CDC permitem afirmar que os seus postulados básicos, consubstanciados no microssistema jurídico e no seu caráter de

multidisciplinariedade, atingiram seus objetivos, alargando a sua esfera de atuação e tornando a proteção do consumidor cada vez mais efetiva.

25. Diante do caráter microssistêmico do CDC, é certo afirmar, também, que alberga em seu bojo princípios que regulam as relações jurídicas de consumo, que têm como objetivo conferir-lhes maior efetividade. Não há, contudo, consenso na doutrina sobre quais e quantos são os princípios contidos no CDC. Alguns autores, todavia, afirmam que os princípios fundamentais do CDC estão estampados nos seus artigos 1º, 4º, 6º e 7º.

26. Há autores, ademais, que dividem os princípios do CDC em categorias, tais como, princípios constitucionais da ordem econômica, princípio constitucional da isonomia, princípios reguladores da responsabilidade civil, princípios relativos aos contratos e princípio da publicidade.

27. No entanto, em razão do tema objeto desta dissertação, foram enfocados os princípios do CDC que guardam estreita relação com os serviços públicos, notadamente tendo em conta a proteção do seu usuário-consumidor, quais sejam, princípio da vulnerabilidade (artigo 4º, inciso I,), princípio do dever governamental (art. 4º, inciso II), princípio da boa-fé objetiva (artigo 4º, inciso III), princípio da informação (artigo 6º, inciso III), princípio da adequação e melhoria dos serviços públicos (artigo 6º, inciso X).

28. Ressalta-se, por pertinente, que o princípio da adequação e melhoria dos serviços públicos é um dos pilares que fundamentam a proteção do CDC ao usuário de serviços públicos delegados à iniciativa privada.

29. Diante da análise da principiologia do CDC, é forçoso concluir que regulamenta a atividade de prestação de serviços públicos, sendo, desta forma, um mecanismo de grande relevância na proteção dos usuários desses serviços, sobretudo nas disposições insertas em seu artigo 22.

30. O diploma consumerista regulamenta a relação de consumo, na qual se encontram envolvidos na qualidade de sujeito ativo o fornecedor e de sujeito passivo o consumidor. Ainda integram a relação jurídica de consumo como objeto, os produtos e os serviços.

31. Dessume-se, assim, que os serviços públicos são objeto da relação de consumo, pois o CDC estabelece, no artigo 22, que os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços públicos aos seus usuários, consumidores que são destes serviços.

32. Com relação ao conceito de consumidor inserto no art. 2º do CDC, a compreensão do significado da expressão destinatário final contida em sua definição legal deu ensejo ao surgimento de duas correntes: a finalista e a maximalista.

33. A corrente finalista, analisando a situação da pessoa jurídica como consumidora, considera o destinatário final do produto ou serviço aquele que o adquire ou o usufrui em benefício próprio, desde que seja vulnerável, interpretando o artigo 2º do CDC de forma restrita.

34. A corrente maximalista interpreta o artigo 2º do CDC de forma abrangente, afastando a necessidade de vulnerabilidade para classificar a pessoa jurídica como consumidora.

35. A doutrina majoritária adota a corrente finalista, que considera consumidor aquele que adquire bens ou utiliza serviços como destinatário final, desde que na relação jurídica de consumo mostre-se vulnerável.

36. A definição de fornecedor inserta no artigo 3º do CDC contempla tanto a pessoa física como a jurídica, seja ela de direito público ou privado, o que conduz à inarredável conclusão de que Administração Pública Direta e Indireta se insere nesta categoria.

37. Para o estabelecimento de uma relação de consumo entre usuários e prestadores de serviços públicos, o CDC exige o requisito da remuneração, a teor do disposto no § 2º do art. 3º, que se pode dar de forma direta ou indireta.

38. A aplicabilidade do CDC aos serviços públicos está fundamentada na CRFB, que prevê em seu artigo 175, parágrafo único, inciso IV, que o serviço público deve ser prestado de forma adequada e ainda no artigo 37, §3º, ao estabelecer que a lei disciplinará as formas de participação dos usuários no controle e fiscalização dos prestadores de serviços públicos, o mesmo ocorrendo no artigo 173, *caput.*, que autoriza o Poder Público a desenvolver atividade econômica, ainda que em caráter excepcional, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

39. O CDC, em alguns de seus dispositivos, trata expressamente dos serviços públicos, como no artigo 4º, que se refere à melhoria dos serviços públicos como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo; no artigo 6º, que determina que a prestação dos serviços públicos seja feita de forma adequada, pois este é um direito dos consumidores; e no artigo 22, de onde emana a obrigação do Estado e de seus delegados de prestarem os serviços públicos de forma adequada.

40. Além dos dispositivos do CDC que comprovam sua aplicação aos serviços públicos, ainda corrobora com essa assertiva o disposto no artigo 7º, *caput*, da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões), que faz remissão genérica à aplicação do diploma consumerista àqueles serviços.

41. Assim, resta comprovada, de forma inequívoca, a aplicabilidade do CDC aos serviços públicos, o que fica ainda mais evidenciado diante do disposto no artigo 22, que determina a obrigatoriedade do fornecedor de serviços públicos de prestá-los de forma adequada, eficiente, segura e, quanto aos essenciais, ininterruptamente.

42. Os serviços públicos objeto da relação de consumo são aqueles estabelecidos no §2º do artigo 3º do CDC, pelos quais o usuário paga uma

retribuição sob a forma de remuneração. Esses serviços são aqueles cuja execução foi transferida à iniciativa privada por meio da delegação, denominados serviços públicos impróprios ou de natureza *uti singuli*, remunerados por tarifa ou preço público.

43. A tarifa é a forma de remuneração típica de uma relação contratual, em que uma das partes é o Estado, por meio de seus delegados, e outra é o usuário-consumidor do serviço público, tendo por objeto o serviço a ser prestado. Essa afirmação encontra suporte no texto constitucional, no artigo 175, parágrafo único, inciso III, o qual estabelece que a lei disporá sobre a política tarifária (Lei nº 8.987/95).

44. Entende-se, ademais, que o CDC não incide sobre os serviços públicos próprios, de natureza *uti universi*, remunerados por meio de taxa ou de outras fontes tributárias, uma vez que não há como se confundir relação de consumo com relação jurídica tributária.

45. Em decorrência do caráter multidisciplinar do microssistema consumerista, quando se tratou da natureza jurídica da remuneração dos serviços públicos, se taxa ou tarifa, foi necessário utilizar alguns conceitos do direito tributário, assim como buscar suporte no direito administrativo, quando o enfoque era o instituto do serviço público.

46. No tratamento da questão relacionada à proteção dos usuários de serviços públicos, mostra-se necessário ressaltar o papel de relevo das agências reguladoras, cuja origem remonta ao direito anglo-saxão, quando o governo britânico e as colônias americanas passaram a regular certos preços e serviços.

47. Pode-se, no entanto, afirmar que as primeiras agências foram estabelecidas nos Estados Unidos da América, no formato de comissões reguladoras, com poderes de investigação de fatos e com jurisdição apenas no tocante a segurança da indústria de construção de estradas de ferro, pois não lhes competiam imiscuir-se

na questão relativa ao controle tarifário. Paulatinamente, essas comissões reguladoras foram estendendo-se por todo o território americano, com a função de regular os serviços públicos sob gestão privada.

48. O legislador pátrio, diante do processo de privatização de algumas empresas estatais que passaram a explorar atividades afetas ao setor público, sentiu a necessidade da criação de um órgão regulador. Assim, buscando inspiração nos modelos alienígenas (inglês e americano), incluiu na Lei nº 8.987/95 o artigo 30, parágrafo único, e posteriormente na CRFB, por força da Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995, a criação de um órgão regulador (artigo 21, XI), com funções fiscalizadoras, controladoras e regulamentadoras. Essas agências têm natureza jurídica de autarquia sob regime especial, são criadas por lei, caracterizando-se como *longa manus* do Poder Executivo.

49. Então, também se pode dizer que as agências reguladoras aparecem no cenário jurídico brasileiro da década de 1990, exatamente quando o Estado adota uma postura de regulador do mercado, diante da dificuldade em continuar prestando serviços públicos devido à falta de recursos financeiros, sem olvidar de continuar fiscalizando a atuação das empresas no mercado brasileiro, pois lhe compete garantir a continuidade da prestação daqueles serviços, essenciais ao bem estar de toda a coletividade.

50. Dessa forma, o Estado gestor, que não presta mais serviços para repassá-los à iniciativa privada, descentraliza a prestação de serviços públicos por meio de concessões e permissões, de forma a permitir maior atuação dos agentes econômicos e dos usuários na regulação da prestação de serviços públicos e na fiscalização das atividades consideradas de interesse público.

51. Após duas décadas do surgimento desses novos entes administrativos, como órgãos fiscalizadores e reguladores, constata-se que não estão atuando de forma efetiva. Essa assertiva é baseada na insatisfação dos consumidores e na falta de controle do Poder Público na fiscalização de qualidade da prestação do serviço

público e atendimento que as empresas concessionárias e permissionárias dispensam aos seus usuários.

52. A Fundação Procon de São Paulo, ao apresentar seu ranking em 2010, referente às reclamações dos consumidores ocorridas em 2009, deixou assentado o grande número de reclamações contra empresas concessionárias de serviços públicos, sobretudo no setor de telefonia e de energia elétrica, tornando evidente a insatisfação do consumidor quanto à inadequação dessas empresas no tocante a prestação de serviços públicos do país, que não estão respeitando as disposições contidas no artigo 22 do CDC. Esse fato é revelado pelas multas de valores vultosos aplicadas pela Fundação Procon àquelas empresas e pelas condenações que estão sofrendo por parte do Poder Judiciário em sede de ações civis públicas manejadas pelo Ministério Público.

53. Insta observar que o CDC é lei preexistente ao marco regulatório, de forma que as normas editadas pelas agências reguladoras devem estar em consonância com o microssistema consumerista, e ainda, em eventual falha na prestação de serviços regulados, que acarrete lesão ou ameaça a direito do consumidor, a demanda deve ser solucionada de acordo com as regras consumeristas.

54. Portanto, em caso de falha na prestação de serviços públicos, as agências reguladoras devem ser responsabilizadas junto às empresas prestadoras de tais serviços, uma vez que, por determinação constitucional (artigo 174), cumpre-lhes o planejamento, a regulação e a fiscalização da eficaz e adequada prestação dos serviços públicos, sobretudo aqueles considerados essenciais por força do artigo 22 do CDC. E, para tanto, crucial se mostra o trabalho das ouvidorias mantidas pelas agências reguladoras.

55. No que tange à prestação de serviços públicos essenciais, impõe-se deixar consignado que o usuário desses serviços se insere no conceito de consumidor, tal como disposto no artigo 2º, *caput*, do CDC, e que os serviços públicos são objeto da relação de consumo, a teor do disposto no §2º do artigo 3º do mesmo diploma legal,

inobstante o fato de haver, de forma isolada, opositores que buscam diferenciar a figura do consumidor, do usuário de serviço público.

56. Portanto, a relação jurídica estabelecida entre os fornecedores de serviços públicos elencados no artigo 22, *caput*, do CDC e os usuários destes serviços é, indubitavelmente, relação de consumo, que deve ser regida pelas normas estatuídas no diploma legal protetivo do consumidor.

57. Diante da previsão constitucional de criação da Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos, artigo 37, §3º, entende-se que terá por escopo minudenciar os direitos e os deveres dos usuários de serviços públicos, de forma abrangente, quer sejam eles próprios ou impróprios. O CDC, por sua vez, continuará incidindo peremptoriamente nas relações de consumo entre fornecedores e usuários-consumidores, cujo objeto são os serviços públicos próprios ou de natureza *uti singuli*, remunerados por meio de tarifa, porque este é o objetivo que norteou o legislador consumerista.

58. O artigo 22, *caput*, do CDC determina que os serviços públicos devem ser fornecidos de forma adequada, eficiente e segura, e quanto aos essenciais, continuamente, mas não caracteriza, define ou indica quais são os serviços de caráter essencial que podem ser objeto da relação de consumo.

59. Na legislação pátria, há um indicativo da essencialidade de algumas atividades ou serviços na Lei de Greve (Lei nº 7.783/89), editada para regulamentar § 1º do artigo 9º da CRFB, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades consideradas essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, apresentando, no artigo 10, *caput* e incisos, um rol exemplificativo dos serviços considerados essenciais.

60. Entende-se, contudo, que a norma da Lei de Greve pode suprir a omissão do CDC no que tange à definição e classificação dos serviços essenciais, uma vez que aponta o caráter de essencialidade de alguns serviços que não podem ser

suspensos em caso de greve de funcionários que laboram para mantê-los em funcionamento, notadamente naquelas atividades de serviços públicos de natureza *uti singuli*, dos quais são exemplos o tratamento e o abastecimento de água, a produção e distribuição de energia elétrica, o transporte coletivo e a telefonia.

61. Cumpre salientar, por oportuno, que o caráter de essencialidade de alguns serviços públicos pode sofrer mutação diante das necessidades dos indivíduos, causados por fatores sociais, econômicos e tecnológicos, razão pela qual se pode afirmar que, por enquanto, a Lei de Greve cumpre a sua finalidade.

62. O reconhecimento do caráter de essencialidade de determinados serviços públicos, atrelados que estão à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB), conduz à inarredável conclusão que devem ser fornecidos de forma contínua, uma vez que têm por escopo a satisfação do seu usuário em particular e da coletividade como um todo.

63. Inobstante a previsão legal inserta no artigo 22, *caput*, do CDC, a discussão a respeito do alcance da continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais tomou vulto diante da posição adotada por alguns autores e por parte da jurisprudência que, mesmo assim, não aceitam a possibilidade de manter o serviço essencial diante do inadimplemento do usuário, sob a justificativa de que a falta de pagamento colocaria em risco a continuidade de outros tantos que adimpliram pelo serviço.

64. Com o advento da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões), que prevê a hipótese de interrupção do fornecimento do serviço após prévio aviso, em caso de inadimplemento do usuário (art. 6º, §3º, II), tanto doutrina como jurisprudência dividiram o entendimento, uns admitindo o corte do fornecimento do serviço e outros se colocando terminantemente contra. Entende-se, todavia, que devem prevalecer, de forma inequívoca, as disposições insertas no artigo 22 do CDC, que asseguram para toda a coletividade a prestação de serviços públicos de forma adequada, segura, eficiente e contínua, em se tratando de serviço essencial.

65. Permitir-se o corte do fornecimento de serviço essencial em virtude do inadimplemento é utilizar instrumento vexatório de cobrança, configurando ilícito civil administrativo e penal, nos termos dos artigos 42 e 71 do CDC.

66. Não se trata de diminuir ou inviabilizar o lucro das prestadoras de serviços públicos, vez que, instrumentos ordinários de cobrança nunca foram afastados pelo CDC, nem a manutenção econômica financeira em caráter excepcional.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- AGUILLAR, Fernando Herren de. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALESSI, Renato. *Sistema listituzionale del diritto admmministrativo italiano*. Milão: Dott. A.Giuffrè, 1971. v. 1.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos do consumidor*. Coimbra: Almedina, 1982.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALVES, Alaor Caffé. Privatização dos serviços públicos. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 45/46, p. 13-23, jan./dez. 1996.
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Bahia, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, p. 1-6, abr./maio 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Agências Executivas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, v. 228, p. 105 – 122. abr./jun. 2002.
- _____. O poder normativo das Agências Reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, v. 36, p. 88 - 113, 2001.
- _____. Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração Indireta brasileira*. São Paulo: Forense Universitária, 1997.
- AULOY, Jean Calais; STEINMETZ Frank. *Droit de la consummation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Malheiros, 1998.

AZEVEDO, Fernando Costa. *A defesa do consumidor e regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 107, ano XXIX, p. 155-167, dez. 2009.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no Novo Código Civil. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, nº 68, p. 111-119, dez. 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRA, Rodolfo C. *Hacia una Interpretación restrictiva del concepto de servicio público*. Buenos Aires, ed. La Ley, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In:

MORAES, Alexandre de (coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2005,

BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 41, out.-dez./2002.

BAUDRILLARD, Jean. *La société de consommation*. Paris: Denoël, 1970.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coord. Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BINENBOJN, Gustavo. Agências regulatórias independentes, separação de poderes e processo democrático. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BORGES, Alice Gonzáles. Valores a serem considerados no controle jurisdicional da Administração Pública. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, Notadez, n. 15, jul./set. 2002.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, n. 2, p. 7-51, 1992, p. 28-29. [Tradução de Ana Lúcia Amaral, Procuradora da República, em São Paulo].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nº. 916.939-MG. Primeira Turma: unânime. Rel. Min. Denise Arruda, Brasília, DF, j. 04.11.2008. DJU: 03.12.2008. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 10 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag.1022587-RS. Terceira Turma: unânime. Rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, DF, j. 21.08.2008. DJU: 11.09.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 11 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 754.784/PR. Segunda Turma: unânime. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, j. 13.9.2005. DJU: 03.10.2005, p 226. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 14 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AG 478911/RJ. Primeira Turma: unânime. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 06.05.2003. DJU: 19/05/2003, p. 144. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 21 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgrMC nº 3.982. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 2001/00921137-1. Primeira Turma: unânime. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 17.02.2004. DJU: 15.03.2004, p. 150. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 25 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 213799/SP. Quarta Turma: unânime. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, j. 24.06.2003. DJU: 29.09.2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 25 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 223.778/RJ. Primeira Turma: unânime. Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, j. 07.12.1999. DJU: 13/03/2000, p. 143. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 01 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 279.502-SC – (2000/0097801-9). Primeira Turma: unanimidade. Relator Min. Francisco Falcão, Brasília, DF, j. 27.11.2001. DJU: 03.06.2002, p. 146. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 04 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 337.965/MG. Segunda Turma: maioria. Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, j. 02.09.2003. DJ. 20/10/2003, p. 244. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 430.812/MG. Primeira Turma: unânime. Rel. Min. José Delgado, Brasília, DF, j. 06.08.2002. DJU: 23/9/2002, p. 277. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 510.478/PB. Segunda Turma, unânime. Rel. Min. Franciulli Netto, Brasília, DF, j. 10.06.2003. DJU: 08/09/2003, p. 312. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, t. II.

_____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CALDEIRA, Patrícia (org.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 163-178.

CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso dos consumidores à justiça*. Rio de Janeiro. *Revista Forense*, v. 310, p. 53-63, abr./maio/jun. 1990.

CARPENA, Heloísa. Afinal quem é o consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Padma, n. 19, p. 29/48, jul/set. 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

CINCUNEGUI, Juan De Dios. Fundamentos legales de la regulación y el control de los servicios públicos. *La Ley*. Buenos Aires, t. 1995-D, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 21, p. 97-104, jan./mar. 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração Indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Dicionário de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRUZ e TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Teoria geral da boa-fé objetiva. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 68, dez. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quatier Latin, 2008.

DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Atores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed., Paris: E. de Boccard, 1928, t. 2.

EFING, Antonio Carlos. *Banco de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma. 1990, v. 1.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos*. Temas Atuais de Direito do Consumidor (I). IBAP - Instituto Brasileiro de Advocacia Pública e APRODAB – Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. ano VII, v. 40, p. 69-81, nov./dez. 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Promotorias de Justiça do Consumidor: atuação prática*. São Paulo, ed. Associação Paulista do Ministério Público de São Paulo, 1997.

_____. *Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

FOLHA ON LINE. 16.03.2010. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, RT, São Paulo, n. 05, p. 183-189, jan./mar. 1993.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Os serviços públicos na Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JANCZESKI, Célio Armando. *Taxas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, t. II.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria geral das concessões*. 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2002.

LAUBADÈRE, Andre de. *Direito público econômico*. Trad. Portuguesa de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor: princípios. In: PAQUALOTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellano (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetria*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Direito do consumidor e privatização. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais, v. 26, p.119 – 124, abr./jun. 1998.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Edipro, 2000.

_____. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MACKENDRICK, Neil. *The consumer society*. Bloomington: Indiana University Press, 1982.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de Energia Elétrica por Falta de Pagamento – Prática Abusiva – Código do Consumidor. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 89. v. 778. p. 100-112, ago. 2000.
- MASAGÃO, Mario. *Natureza jurídica da concessão de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1933.
- MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, editor, v. 189, p. 110-113, jul/set. 1992.
- _____. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. Nova crise do serviço público? In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 527-538.
- _____. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-39.
- _____. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009,
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 13. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. O Código de Defesa do Consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo; ed. Revista dos Tribunais, v. 19, p. 232-235.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra, Portugal: Coimbra, 1997, t. V, p. 8-9.

MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista Eletrônica Diálogo Jurídico*. Salvador, BA, ed. IDPB – Instituto Público de Direito da Bahia, ano I, v. I, n. 4, julho 2001, p. 1-19.

_____. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. *Revista de Direito Eletrônico de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, p. 01-42, maio/jun./jul. 2005.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Compatibilidade entre princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n. 57, p. 77-128, jan./mar. 2006

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade – novos reflexos sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOGUEIRA, Geraldo Ataliba. SABESP. Serviço público e eelegação a empresa estatal. Imunidade a impostos. Regime de taxas. *RDP*. São Paulo, ed. Revista de Direito Público, 92/70-95, 1989.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *O Estado-fornecedor de serviços nas relações de consumo: aplicação do CDC aos serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Serviços públicos e relação de consumo*. Curitiba: Juruá, 2008.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Telefônica pode ser multada em R\$ 16 milhões por panes*. 15.09.2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Porto Alegre: Sulina, 1969.

OLIVEIRA, José Carlos. *Concessões e permissões de serviços públicos da União, Estados, Municípios e entes reguladores*. Bauru, SP: Edipro, 1996.

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *Globalização da pobreza: impactos das políticas sociais no Estado neoliberal nas democracias dos países latino-americanos*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pet/LAB2004>>. Acesso em: 05 jul. 2010.

OLIVEIRA FILHO, Rodrigo Priolli. *Relação de consumo: serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Altamira, 2004.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, p. 130-149, março 1992.

_____. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002.

In: _____. PFEIFER, Roberto Augusto Castellano (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetria*. São Paulo: RT, 2005, p. 131 – 151.

PASSOS, Daniel de Lima. A responsabilidade dos órgãos públicos nas relações de consumo. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola;

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PFEIFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor, Conferências do 5º. Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, v. 36, p. 164 - 175, out./nov. 2000.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1999

PUBLIC PAPERS OF THE PRESIDENTS. *Special Message to the Congresso on Protecting the Consumer*. March 15, 1962.

RIBEIRO, Manuel. *A institucionalização democrática do poder*. 2. ed. Slavador, BA: Ed. Distribuidora de Livros, 1983.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processo nº 2002.051.01.490104-9. Apelação Cível nº 333145. Relator Des. Fed. Rogério Carvalho. Rio de Janeiro, RJ, j. 11.05.2005. DJU: 03.08.2005. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em 11 ago. 2010.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *Prólogo à teoria do Estado, ideologia e ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SEGALLA, Alessandro. Suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente à luz da Constituição Federal. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais São Paulo, n. 37, p. 121-156, jan./mar. 2001.

SIDOU, Othon. *Proteção ao consumidor*. São Paulo: Forense, 1977.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessão e tercerizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STIGLITZ, Gabriel A; STIGLITZ Rubén S. *Derechos y defense del consumidor*. Buenos Aires: La Rocca, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

VAL, Olga Maria do. Política Nacional das Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, nº 11, p. 67/83, jul./set. 1994.

VEDEL, Georges; DELVOVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 12. ed. Paris: PUF, 1992.

VIDONHO JÚNIOR, Amadeu dos Anjos; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Da continuidade dos serviços essenciais de consumo*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> Acesso em: 11 ago. 2010.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 141, p. 143 - 171, jan./mar.1999.

ZANELATTO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n. 45, p. 172-191, jan./mar. 2003.

PÓS-PRIVATIZAÇÃO. *Folha de São Paulo*. Caderno Especial 1, p.1, 20 ago. 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). *Título da obra*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)