



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Waldirene Gobetti Dal Molin

**Aplicabilidade do Código de Defesa do
Consumidor aos Serviços Públicos Prestados
Mediante Concessão**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Mestrado em Direito Econômico e Social

Curitiba, agosto de 2005.



Waldirene Gobetti Dal Molin

**Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos
serviços públicos prestados mediante concessão**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade
Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito.

Orientador: Luiz Alberto Blanchet

Curitiba
Agosto de 2005



Waldirene Gobetti Dal Molin

Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Econômico e Social da PUC-PR.

Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

Orientador

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - PUCPR

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - PUCPR

Prof.^a Dr.^a Ângela Cássia Costadella

Professora dos cursos de mestrado e doutorado da UFPR

Departamento de Direito da UFPR

Curitiba, agosto de 2005.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da autora.

Waldirene Gobetti Dal Molin

Graduou-se em Direito pela Universidade Federal do Paraná em 1994. Exerce a advocacia no Estado do Paraná desde 1995. Participou dos grupos de estudos Tutela dos Direitos Fundamentais e Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica, no sub-grupo Agências Reguladoras e Proteção do Consumidor, junto ao programa de Mestrado da PUC-PR.

Ficha Catalográfica

	Dal Molin, Waldirene Gobetti
D136a	Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão / 2005 Waldirene Gobetti Dal Molin;
	orientador, Luiz Alberto Blanchet. – 2005.
	xi, 144f. ; 30 cm
	Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005
	Inclui bibliografia
	1. Defesa do consumidor. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito privado. 4. Concessão. 5. Serviço público.
	I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
	Doris - 4.ed. 342.5
	341.27
	342
	341

*Dedico este trabalho às razões do meu viver:
Patrick, Bárbara e Beatriz.*

Agradecimentos

Ao meu amor Patrick, pela dedicação, paciência e incentivo que recebi durante todo o curso de mestrado.

Às minhas filhas, Bárbara e Beatriz, pela energia e alegria que fazem iluminar minha vida, todos os dias.

À minha mãe, pela minha existência.

Ao meu orientador, Luiz Alberto Blanchet, pela calma, tranquilidade e suprema inteligência que pude receber e compartilhar durante a elaboração do trabalho;

Aos meus parceiros do escritório Pereira Dabul, pela confiança depositada e pelo suporte profissional;

Aos meus amigos particulares, pela paciência, apoio e compreensão, além de compartilharem comigo as horas não dedicadas ao estudo;

À amiga especial Carminha pela troca de experiências e pela força necessária à realização deste trabalho.

Aos amigos Priscila, Patrícia, Mauro, Manoel e Pedro, companheiros e cúmplices nessa jornada árdua, porém recompensante.

Finalmente, ao grande profissional, Dr. Antonio Cury, a quem entreguei minha vida nos últimos meses da dissertação. Muito obrigada pela cura.

Resumo

Dal Molin, Waldirene Gobetti; Blanchet, Luiz Alberto. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão. Curitiba, 2005. 144p. Dissertação de mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A presente dissertação objetiva o estudo da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - CDC aos serviços públicos prestados mediante concessão. Para tanto, parte-se de um estudo aprofundado do serviço público, analisando-se desde as suas origens no direito europeu, seus princípios norteadores, sua evolução, bem como as peculiaridades do regime jurídico de direito público que estão inseridos. Ainda, aborda-se a natureza jurídica do instituto das concessões bem como suas especificidades previstas na Lei 8987/95 e alterações posteriores. No âmbito do direito consumidor, parte-se de um estudo preliminar da proteção do consumidor como garantia constitucional e da natureza jurídica de suas normas, além do princípio da vulnerabilidade e dos conceitos básicos previstos na Lei 8078/90. Efetiva-se, ainda, uma análise dos serviços públicos tutelados pelo CDC sob o enfoque da natureza jurídica de suas remunerações e a controvérsia existente entre taxa e tarifa. Do mesmo modo, discorre-se sobre as obrigações do prestador de serviços públicos bem como sobre o direito dos usuários. Procura-se, por fim, demonstrar que a aplicabilidade do CDC aos serviços públicos prestados mediante concessão sofre restrições diante da situação jurídica do concessionário e do usuário, enquanto partes de uma relação jurídica submetida ao interesse coletivo. Em decorrência, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro, a questão dos conflitos de leis e as tensões entre interesses públicos e privados, são temas analisados sob o enfoque da limitação de aplicabilidade irrestrita do CDC. O presente estudo também aborda algumas das decisões judiciais mais controvertidas sob o tema.

Palavras-chave

Serviço público; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; regime jurídico; direito público; direito privado; concessão; consumidor; vulnerabilidade; taxa; tarifa; equilíbrio econômico financeiro; usuário.

Abstract

Dal Molin, Waldirene Gobetti; Blanchet, Luiz Alberto (Advisor) An The Application of the Consumer Defence Code to Concessionaires in Charge of Operating Public Services. Curitiba, 2005. 144 p.. MSc Dissertation – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná

This study focuses its analysis on the application of Consumer Defence Code to concessionaires in charge of operating public services.

Thus makes a profound reflection on Public Services themselves analyzing its foundations in Europe as well as its principles and trademarks of the Law System in which it is regulated nowadays.

This paper also approaches the nature of concessions and the regulations of Law n. 8987/95.

Also, it focuses on the constitutional principle of consumer protection given by Brazilian Constitution of 1988 and other legal diplomas that followed with special attention to Law n. 8078/90 known as of Consumer Defence Code.

In addition a detailed analysis of public services protected by Consumer Laws from a prospective of nature of services provided and how they are remunerated by its users pointing the difference between different forms of taxation.

Demonstrates, in conclusion, that Brazilian of Consumer Defence Code has limited application on cases of public services operated by concessionaires because their status is somewhat restricted upon collective interest.

The protection of economic equity between users and concessionaires and the conflicts of Laws regulating private and public interests are analyzed from a full application of of Consumer Defence Code perspective.

Keywords

Public services, human rights, common law, concessionaires, consumer, taxation, economic equity, users.

Sumário

1.	Introdução ao tema	01
2.	Capítulo I – Serviço Público	06
2.1	Introdução	06
2.2	Breves noções do sistema na França e no Direito Comunitário	06
2.3	Evolução	16
2.4	Conceito	18
2.5	Titularidade Estatal	23
2.6	Regime Jurídico	24
2.7	Princípios norteadores	25
2.8	Classificação: Serviços Essenciais e Universais	28
2.9	Os serviços públicos no Brasil: Tratamento constitucional	30
2.9.1	Atuação estatal no domínio econômico – Constituição Federal	30
2.9.2	O tratamento constitucional	33
2.10	Novas concepções	36
3.	Capítulo II – Concessão de Serviço Público	38
3.1	Introdução	38
3.2	Definição legal	40
3.3	Entendimento Doutrinário	41
3.4	Concessão antecedida de obra pública	45
3.5	Natureza jurídica	45
3.6	Aspectos Gerais	47
3.7	Remuneração do concessionário	52
3.8	O equilíbrio econômico financeiro	58
3.9	O usuário do serviço público: direitos e deveres	65
3.10	Nova concepção: reformulação do instituto	68
3.11	Considerações sobre as parcerias público-privadas	70
4.	Capítulo III – Direito do consumidor e sua	75

aplicabilidade aos serviços públicos prestados mediante concessão

4.1	Introdução e evolução histórica	75
4.2	A proteção do consumidor no Brasil como garantia constitucional e o princípio da dignidade da pessoa humana	77
4.3	Natureza jurídica das normas consumeristas	82
4.4	O princípio da vulnerabilidade	83
4.5	Conceitos básicos contidos no Código de Defesa do Consumidor	86
4.5.1	Consumidor	86
4.5.2	Fornecedor	90
4.5.3	Serviços	90
4.6	Serviços públicos tutelados no Código de Defesa do Consumidor	91
4.7	Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às parcerias público-privadas	97
4.8	Os direitos básicos e os serviços públicos	98
4.9	Aspectos processuais	102
4.10	Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão	104
4.10.1	A situação do fornecedor de serviços públicos e o serviço público como desempenho de função pública	108
4.10.2	A situação do usuário e o interesse a ser tutelado	110
4.10.3	A proteção do equilíbrio econômico financeiro do contrato e o Código de Defesa do Consumidor	111
4.11	Conflito de Leis: Lei Especial Posterior	113
4.12	Interesse público e interesse privado	120
4.13	Interpretações dos tribunais	122
4.13.1	A controvérsia da tarifa básica: Serviços públicos de telefonia	122
4.13.2	Outras decisões sobre serviços públicos de telefonia	125
4.13.3	A questão da suspensão do serviço público pelo	127

	inadimplemento do usuário	
4.14	As obrigações do prestador de serviços públicos previstas no Código de Defesa do Consumidor	131
4.15	Os direitos do consumidor de serviços públicos	132
4.16	Controvérsias a respeito das sanções administrativas aplicáveis ao prestador de serviços públicos	133
5.	Conclusão	135
6.	Referências Bibliográficas	139

LISTA DE ABREVIATURAS

CDC – Código de defesa do consumidor, Lei 8078 de 11 de setembro de 1990

CF – Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

REsp. – Recurso especial

LICC – Lei de introdução ao código civil

MP – Medida provisória

Art. - Artigo

Op. Cit. – Obra citada

Id. – Idem

Ibid. – Ibidem

CPC – Código de processo civil, Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973

CTN – Código Tributário Nacional, Lei 5172 de 25 de outubro de 1966

*O ignorante afirma
O sábio duvida e reflete
Aristóteles*

1. Introdução ao tema

O modelo de Estado do século XXI é fruto de significativas modificações e transformações iniciadas nas últimas décadas do século XX.

Essas mudanças são decorrentes da crise do Estado do bem-estar, que afetou substancialmente seus institutos e a sua relação com a sociedade.

As necessidades essenciais dos cidadãos não estavam sendo supridas por um Estado de grandes dimensões, com forte intervenção no domínio econômico, inclusive pela criação de empresas públicas, pelo controle de preços e pelos subsídios¹ que concedia.

Some-se a isso a incapacidade e impossibilidade de acompanhamento da evolução tecnológica acelerada pelo Estado que vem permeando as relações no século XXI.

Diante desses fatos, diversos Estados pertencentes à economia ocidental, que tinham inflado até a metade do século XX, passaram a duvidar da viabilidade de se manter um modelo de ação administrativa tão alargada e abrangente.²

Surge, então, o Estado regulador, menos presente e interventor, que passa a atuar em parceria com as empresas privadas. Nesse cenário, a prestação dos serviços públicos também sofre transformações, à medida que a sua execução se transfere para as mãos da iniciativa privada, mantendo-se, porém, a sua titularidade com o Poder Público.

Trata-se de uma medida de desenvolvimento estratégico, tendo em vista a falência do setor público, o qual se tornou incapaz de manter e investir em empresas estatais deficitárias.

No Brasil, a hipótese de transferência da execução dos serviços públicos está prevista na Constituição Federal de 1988, por intermédio dos institutos da concessão, permissão ou autorização, os quais, indiscutivelmente, estão atrelados

¹ MEDAUAR, O. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 90, 2003.

² JUSTEN, M. S. A noção de Serviço Público no Direito Europeu. São Paulo: Dialética, p. 12, 2003.

ao regime de direito público, caracterizado pela redução da autonomia individual e pela imposição de deveres e faculdades de grande relevo.³

Destaca-se que o presente estudo possui, como foco, apenas a concessão dos serviços públicos, regulada pela Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e alterações introduzidas em leis posteriores.

Por outro lado, paralelamente ao desenvolvimento do Estado reducionista, surge a sociedade de consumo, decorrente de uma nova realidade da sociedade contemporânea, que é marcada pelo capitalismo e pelo crescente desenvolvimento tecnológico e industrial.

Nesse contexto, desenvolvem-se grandes corporações detentoras do poder de manipulação das necessidades de consumo, que passaram a direcionar o risco de suas atividades empresariais também para o consumidor.

Igualmente, a massificação dos contratos e o individualismo, fenômenos decorrentes desse novo modelo de sociedade, tornam-se os maiores responsáveis pelo desequilíbrio nas relações contratuais.

Tais situações, indiscutivelmente, clamaram pela adoção de medidas eficazes para a proteção do consumidor.

Em decorrência, tal proteção é eleita para a categoria de direito fundamental. Assim, com o advento da Constituição Federal, o artigo 5º, inciso XXXII, em meio aos *Direitos e Garantias Fundamentais*, quando cuida dos *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, estabeleceu que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Além disso, o art. 170, inciso V, ao tratar dos *Princípios Gerais da Atividade Econômica*, determinou a observância do princípio da “defesa do consumidor”. Por fim, para assegurar a implementação dessas prescrições, dispôs, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.⁴

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, criou o então Código de Defesa do Consumidor - CDC, que fez incorporar no sistema brasileiro a proteção do consumidor em geral e, em especial, do consumidor usuário dos serviços públicos.

³ JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, p. 1, 2005.

⁴ ARAÚJO FILHO, L. P. da S. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Processual. São Paulo: Saraiva, p. 52, 2002.

Diante disso, a concessão de serviços públicos torna-se, também, objeto da relação de consumo.

Por outro lado, cumpre esclarecer que o instituto jurídico da concessão de serviços públicos envolve uma relação triangular estabelecida entre poder concedente (Estado), empresa concessionária e cidadãos usuários-consumidores do serviço público.

Assim se diz, porque a concessão de serviço público pressupõe atuação conjunta e conjugada do Estado e da sociedade civil. Não se hesita em afirmar que a concessão envolve não apenas a decisão unilateral do Estado de delegar a prestação do serviço público a um sujeito privado, mas exige manifestação e intervenção da comunidade.⁵

Vale dizer que o Estado brasileiro se constitui em um estado democrático de direito, que tem, como fundamento, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político. É o que dispõe o artigo 1º. da Constituição Federal. Entre as formas de promoção dessas garantias constitucionais, notadamente da dignidade da pessoa humana, encontra-se a prestação de serviços públicos pelo Estado.

Do mesmo modo, conforme já foi mencionado, a proteção do consumidor integra o rol dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, além de se constituir em princípio geral da atividade econômica do país.⁶

Como se verifica, nasce, dessa relação triangular, o necessário entrelaçamento entre os ramos do direito público e do direito privado, dicotomia que há muito tempo não mais admite um corte rígido ou linha divisória estrita.

Mas a problemática surge quando encontramos, de um lado, a submissão do instituto da concessão ao regime jurídico de direito público e ao conseqüente princípio da supremacia do interesse público consubstanciado na dignidade da pessoa humana, e, de outro lado, o usuário, consumidor de serviços públicos, vulnerável mas protegido pela legislação consumerista e Constituição Federal.

Ocorre que a aplicação plena dos dispositivos previstos na Lei 8.078/90 (CDC) esbarra nas especificidades previstas na lei que regula as concessões no

⁵ JUSTEN FILHO, M. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, p. 61, 2003.

⁶ Art. 170, inciso V. CF/88.

Brasil, qual seja, Lei 8.987/95, notadamente quando incorre em ameaça ao interesse da coletividade ou na quebra do equilíbrio econômico-financeiro, direito fundamental do concessionário de serviços públicos.

É nesse contexto que o presente estudo pretende discorrer acerca da concessão de serviços públicos, enquanto objeto da relação de consumo e da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a esse instituto jurídico.

Para a correta abordagem do problema evidenciado neste estudo, importa discorrer primeiramente acerca do serviço público em si, desde as suas origens no direito europeu, passando por seus princípios norteadores, pela sua evolução, pelas peculiaridades do regime jurídico a que está inserido e o tratamento deste instituto no direito brasileiro, matéria inserida no Capítulo I.

A análise da natureza jurídica do instituto das concessões de serviços públicos, bem como as suas especificidades, previstas pela Lei de Concessões, é essencial para o correto entendimento do tema proposto. Por essa razão, discorre-se acerca deste tema no Capítulo II.

O terceiro e último capítulo abordará, inicialmente, a temática da relação de consumo no Brasil, a Política Nacional de Consumo que traz os princípios norteadores deste subsistema; abordará, também, os conceitos e direitos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor, obrigações dos prestadores de serviços públicos e sanções administrativas aplicáveis.

Na seqüência, será implementado o estudo dos serviços públicos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor e a discussão doutrinária acerca da remuneração mediante taxa ou tarifa.

A nova lei de parcerias também será objeto de estudo, especificamente no que se refere à aplicabilidade do Código do Consumidor.

Este trabalho também contempla uma análise dos serviços públicos enquanto direito básico do consumidor e o correto preenchimento do conceito de serviço adequado.

A parte final do Capítulo III analisa o problema do presente estudo, que se refere à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão. O objetivo será demonstrar, analisar e interpretar a relação triangular existente entre poder concedente, concessionário e o consumidor de serviços públicos, os impasses da aplicação das normas contidas no CDC em determinadas situações, inclusive no que se refere aos conflitos entre

os direitos do consumidor de serviços públicos e a proteção constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, e a possibilidade de harmonização desses institutos visando a manutenção dos direitos fundamentais de ambos os partícipes dessa relação.

O respeito à dignidade da pessoa humana, a prevalência do interesse público, o regime jurídico dos serviços públicos e a satisfação dos interesses da coletividade são temas constantemente abordados e retomados neste estudo; por isso, à primeira vista, podem gerar ao leitor a idéia de repetição. Tal medida visa facilitar a leitura do operador do direito, que, na grande maioria das vezes, não é seguida à semelhança da leitura de um romance.

Ainda, para enriquecimento do presente estudo, serão abordadas algumas das interpretações judiciais mais polêmicas acerca do problema em foco.

2. CAPÍTULO I – Serviço Público

2.1. Introdução

A idéia de serviço público está atrelada, indiscutivelmente, ao Estado e à sociedade considerada em um dado momento histórico. Por essa razão, o seu conceito sempre esteve em constante alteração.

Não obstante as modificações do Estado, a concepção do serviço público também se modifica de Estado para Estado, pois sua finalidade deve necessariamente coincidir com os anseios e objetivos da sociedade à qual pertence.

Com tanta complexidade de conceituação desse instituto, não é difícil compreender a razão de tantos debates jurídicos neste campo.⁷

Diante disso, o primeiro passo para a uma noção mais clara de sua finalidade é a retomada do estudo das bases em que se fundou o sistema jurídico do serviço público.

Conforme Gerard MARCOU, “a estabilidade, as mudanças incessantes e a complexidade do direito atual, freqüentemente, fazem-nos esquecer que os sistemas jurídicos, apesar de abundantes, evoluem lentamente, e que as noções essenciais sobre as quais eles se fundam são, na verdade, provas de uma grande estabilidade”.⁸

2.2. Breves noções do Serviço Público na França e no Direito Comunitário

A concepção clássica de serviço público nasceu na França⁹ a partir do século XIX, ligado substancialmente à própria idéia de Estado e de seus

⁷ SOUZA OLIVEIRA, M. J. G. de. A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil. São Paulo: Livraria Paulista. p. 78, 2003.

⁸ MARCOU, Gerard. Apud JUSTEN, M., A noção de Serviço Público no Direito Europeu, p. 6.

⁹ Em 1805 Napoleão Bonaparte, imperador dos franceses, determinou a criação de um “fundo de perequação” para permitir que as empresas de posta pudessem proporcionar um serviço de transporte e entrega de cartas em todo território nacional, a preços uniformes, independentemente da distância. Ainda não era o serviço público, mas era o início da idéia dele à medida que o poder público cuidava da existência de um serviço universal de correio com uma tarifa idêntica em toda

fundamentos, com características ideológicas e políticas, e sem uma conotação jurídica inicialmente.

O que podemos ter como unânime entre os doutrinadores é que o serviço público, na sua concepção clássica, representa a responsabilidade do poder público pelo bem-estar coletivo.¹⁰

É por essa razão que J. CHEVALIER afirma que o serviço público tem *status* de verdadeiro mito na história social da França,¹¹ além de representar um elemento de coesão social.¹²

A noção desse instituto na França apresenta três etapas claras de desenvolvimento: a primeira, como justificação da existência do próprio Estado; depois, como fundamento do direito administrativo; e, finalmente, a identificação de um povo e seus anseios.¹³

Diante disso, é fácil constatar que nenhum outro país desenvolveu e interpretou tão profundamente o conceito de serviço público quanto o que fez a França; tal fato a fez servir de base e influência para os países não só da Europa, mas também dos demais continentes, como aconteceu no caso do Brasil.

No país francês, o instituto se afirma a partir da falência do Estado Liberal, marcado por uma mínima, ou quase nula intervenção do Estado, o que o faz renascer com um modelo centralizado. Tal fato é corroborado pelo desenvolvimento de uma doutrina solidarista, fomentada por Émile DURKHEIM¹⁴ que difundia a idéia de manutenção da solidariedade social pela intervenção do Estado.

Nos tribunais, é através do *acórdão blanco* que se pode afirmar o surgimento da noção de serviço público. Trata-se de um julgado do Tribunal de Conflitos francês, de 08 de fevereiro de 1873, que decidiu demanda envolvendo discussão acerca da competência jurisdicional para julgar ação reparatória de danos decorrentes de um acidente causado por vagões, que circulavam nas

a França. MOREIRA, V., Os serviços públicos sob o impacto da União Européia. Revista de Direito Público da Economia – RPDE, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 227, 2003.

¹⁰ MOREIRA, V. op. cit., p. 228.

¹¹ CHEVALIER, J. Regards sur une évolution. AJD, número especial. Paris, jun. 1997, p.8, apud JUSTEN, M. S., op. cit., p.19.

¹² Ibid, p., 19.

¹³ Ibid, p. 19.

¹⁴ CHEVALIER, J. apud JUSTEN, M. S., op. cit., p. 20.

instalações da manufatura de tabacos de Bordeaux, uma atividade comercial desempenhada pela municipalidade.¹⁵

O Tribunal de Conflitos entendeu que a jurisdição administrativa seria competente, justificando sua decisão em face da característica da atividade desempenhada pela municipalidade, fixando-a como serviço público. Com isso, as regras de direito privado foram afastadas, fazendo prevalecer o regime de direito público no caso em questão.

Esse foi o precedente que influenciou grande parte da jurisprudência francesa até os primeiros anos do século XX.

As situações fáticas postas em análise no judiciário passaram, então, a ser objeto de estudo da doutrina francesa. Ilustres juristas, a exemplo de Léon DUGUIT, HAURIOU e Gaston JÈZE gradativamente construíram uma teoria do direito administrativo fundada na noção de serviço.¹⁶

Para L. Duguit, representante da escola de Bordeaux, a noção de *serviço público* seria “toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força do governo.”¹⁷ Duguit teve Gaston Jèze como seu sucessor, embora sua visão fosse um pouco mais subjetivista e menos vaga.

Trata-se de uma concepção que coloca o serviço público como meio ou instrumento de realização social.

Já HARIOU é considerado representante da escola de Toulouse, que defendia a idéia da *puissance publique*,¹⁸ correspondente à idéia de *poder*.

Por essa idéia, a gestão pública se separa da gestão privada, pois aquele poder, destinado à satisfação dos interesses gerais, deve ser mais forte que o dos particulares.¹⁹ Mas, em verdade, esse doutrinador nunca se manteve em uma posição rígida, já que, ao longo de sua existência, ora se filiou à noção de serviço público, ora à noção da *puissance publique*.

¹⁵ JUSTEN, M.S., A noção do serviço público no direito europeu., p. 23.

¹⁶ *ibid*, p.28.

¹⁷ DUGUIT, L. Les Transformations du Droit Public, p.51, apud JUSTEN, M. S., op. cit., p. 35.

¹⁸ Alain-Serge Mescheriakoff explica que *puissance publique* deve ser vislumbrada como o conjunto de direitos cujo sujeito ativo é a pessoa jurídica do Estado, e o sujeito passivo são os indivíduos submetidos a esse poder. Apud JUSTEN, M.S, op. cit., p. 22.

¹⁹ MEDAUAR, O. op. cit., p. 37.

Tantos debates doutrinários resultaram na conclusão de que a noção de serviço público serviria a dois propósitos fundamentais de direito público: delimitar o campo de aplicação do direito administrativo e ser o elemento essencial da figura do Estado.²⁰

Mônica JUSTEN²¹ afirma que a doutrina francesa faz, comumente, alusão a três acepções do conceito de *serviço público*, que são: critério orgânico, critério material e estatuto jurídico especial.

O critério orgânico refere-se à estrutura administrativa em si, ou seja, o serviço público seria definido pelos agentes, os estabelecimentos públicos, os departamentos e o próprio Estado. Por esse critério é impossível, por exemplo, distinguir o que vem a ser poder de polícia e serviço público, pois, no contexto daquele, existe também um agente, um estabelecimento público ou um departamento.

Já, pela concepção material ou funcional, o serviço público é entendido como toda aquela atividade do Estado voltada para o interesse coletivo. Trata-se de um critério que vai identificar o instituto pela sua finalidade; permanece, porém, mais uma vez, a dúvida relativamente a outras atividades do Estado, que também são voltadas para o bem-estar coletivo e que não se constituem em serviços públicos.

De qualquer forma, como afirma CHAPUS,²² a definição de serviço público tem um caráter instrumental, servindo como “roteiro” para se analisar, num caso concreto, se uma atividade tem esse caráter.

Regime de direito público é o terceiro critério de estatuto jurídico especial. Seguindo este raciocínio, tudo o que se submeter ao regime de direito público será serviço público.

Nesse contexto de critérios definidores, é interessante destacar a visão de CHEVALIER:²³ “o serviço público é, de fato, primeiro uma função a realizar, depois uma missão a garantir, mas também uma atividade concreta que tem origem no órgão que se encarrega dela”.

²⁰ CHEVALIER, J. Regards sur une évolution, *AJD* número especial. Paris, jun. 1997, p.8, apud JUSTEN, M.S., op. cit., p. 47.

²¹ Ibid, p. 59.

²² Ibid., p. 63.

²³ Ibid, p. 64.

Tal definição nos parece ser a que traduz com maior propriedade a noção de *serviço público*, inclusive no que diz respeito ao instituto no Brasil.

Mas a idéia de serviço público na França aos poucos foi perdendo sua característica inicial e cedendo lugar para a onda de modernização e desenvolvimento tecnológico de vários setores da administração pública, que incidiu em diversos países europeus.

Esse movimento é decorrente novamente da transformação do modelo de Estado, até então onipresente, gigante e provedor, que passa, então, a ser questionado pela sociedade, a exemplo do que ocorreu na passagem do Estado Liberal para Providência. A estrutura posta à disposição para prestação dos serviços públicos já não era capaz de atender ao interesse público.

Inicia-se, então, um processo de reforma do serviço público na França e no direito comunitário europeu, objetivando uma melhora na eficiência da Administração Pública.

É por isso que MODERNE afirmou que o objetivo dessa política foi o de melhorar os serviços públicos como um todo, renovar as relações de trabalho com os funcionários públicos, desenvolver responsabilidades e autonomias por via de um processo de desconcentração, e, finalmente, melhorar o serviço prestado aos usuários.²⁴

Trata-se de uma renovação que não só atingiu o serviço público como também deu uma nova feição ao Estado francês até então paternalista.

Atualmente, os serviços públicos na França distribuem-se da seguinte forma: 1) administrativos (SPA), regidos por pessoas de direito público e, conseqüentemente, pelo regime jurídico de mesmo nome; 2) industriais e comerciais (SPIC), administrados por entes autônomos, pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

Destaca-se que essa classificação não se aplica ao modelo brasileiro, posto que nem todo serviço administrativo regido por pessoa de direito público é considerado serviço público, conforme adiante será demonstrado no tópico que trata desse instituto sob o enfoque da Constituição Federal.

Dentre os serviços industriais e comerciais, destaca-se a energia, telecomunicações, transportes ferroviários e aéreos, e televisão, os quais,

²⁴ apud JUSTEN, M. S., op. cit., p.70.

organizados sob o regime privado, são os serviços públicos franceses de maior conflito no âmbito do direito comunitário e, por essa razão, são os que mais sofrem adaptações.

Assim se diz, porque o direito comunitário²⁵ possui uma política que segue um modelo neoliberal, objetivando o Estado mínimo, a eficiência e a livre concorrência, pontos que, mesmo após a reforma do modelo francês, se chocam com a noção que esse país atribui ao serviço público.

Em verdade, a própria idéia de serviço público é contrária ao fundamento do Mercado Comum Europeu, que é a livre concorrência, já que, indiscutivelmente, esse instituto se constitui em forma de intervenção²⁶ do Estado no domínio econômico.

É por essa razão que, inicialmente, a perspectiva comunitária é marcada por uma forte reação ao serviço público, pregando, inclusive a sua extinção. Trata-se de uma concepção, inclusive derivada de fatores ideológicos neoliberalistas, tendente à supressão de benefícios que pudessem afetar a liberdade de competição econômica²⁷. Esse movimento surge nos inícios dos anos 70 e perdura por toda a década de 80, período que vai da edição do Ato Único até o Tratado de

²⁵ O tratado de Roma deu início a uma odisséia de transformações na esfera econômica, política e cultural no continente europeu. Embora os dois últimos âmbitos tardassem a ser percebidos e colocados em prática, o primeiro foi, inequivocamente, o de mais célere implementação. Não foi por acaso que esse tratado instituiu a Comunidade Econômica Européia. A preocupação preponderantemente econômica encontrava suas raízes no panorama pós-guerra que revelava uma Europa debilitada, sem condições de concorrer no mercado mundial. Essa inquietação, aliada ao crescimento econômico que se vivenciava nos Estados Unidos da América, produziu o germe dessa aliança que hoje se conhece como União Européia. A assinatura do Tratado de Roma encetou, antes e acima de tudo, o projeto de alcançar a supremacia econômica dos seus signatários. Para isso, as mudanças deveriam tomar o rumo da liberalização e da redução da intervenção do Estado ao mínimo necessário à manutenção do funcionamento do mercado. JUSTEN, M. S., Os serviços Públicos na Perspectiva do Direito Comunitário Europeu. Revista de Direito Público da Economia – RPDE, Belo Horizonte: Editora Fórum, pp. 137/138, 2003.

²⁶ Veremos adiante que Eros Roberto Grau sustenta que existe diferenciação entre atuação e intervenção do Estado. Embora toda atuação estatal seja expressiva de um ato de intervenção, dito autor considera que intervenção, na sua conotação mais vigorosa, significa *atuação na esfera de outrem*. Por essa razão irá considerar que o Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público, pois trata-se de área de sua própria titularidade. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 3ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 122. Já na recente obra de Marçal Justen, encontramos a afirmação de que serviço público é uma intervenção estatal no domínio econômico, por duas razões: trata-se da utilização de recursos limitados para satisfação de necessidades entre si excludentes, o que envolve a utilização de recursos econômicos e, em segundo, porque a submissão de uma atividade ao âmbito do serviço público acarreta redução da órbita da livre iniciativa. Quanto mais amplo for o universo dos serviços públicos, menor será o campo das atividades de direito privado. Curso de Direito Administrativo, p. 483.

²⁷ JUSTEN, M. S. RPDE, p. 151.

Amsterdã,²⁸ quando, então, se inicia a contra-ofensiva francesa à liberalização de tais serviços.

A França passa a exercer grande pressão em todos os países integrantes da comunidade, visando assegurar a manutenção e continuidade dos serviços públicos, uma instituição que foi capaz de mobilizar grande parte da população francesa em sua defesa. O documento de grande relevância elaborado na década de 90 foi o *Rapport au Premier Ministre*, realizado por Denoix de Saint Marc no ano de 1996, que parece ter servido para influenciar os membros da Comissão Européia acerca da importância da noção do serviço público não só para os franceses como também para todos os demais Estados-Membros.

O modelo francês era chamado de “serviço público à francesa”, cujas atividades desempenhadas pela Administração Pública confundiam-se com o próprio Estado, ou seja, dificilmente dissociava-se o prestador do serviço público e o Estado.

Acreditamos que essa confusão talvez decorra do papel desempenhado por esse instituto, que é o de representar um compromisso social. Para os franceses, o serviço público corresponde a uma exigência social de solidariedade e coesão social, papel a ser desempenhado pelo próprio Estado.

No que tange às regras da livre concorrência da União Européia, cumpre destacar que o artigo 86, §2º,²⁹ do Tratado da Comunidade, o Tratado de Roma, derroga a aplicação de tais regras sempre que nos defrontarmos com os serviços de interesse econômico geral, tidos como usualmente em rede, tais como transporte, distribuição, importação e exportação de gás e eletricidade, telecomunicações, correios, transportes aéreos e ferroviários. As decisões fundadas nesse dispositivo estão sujeitas à revisão e apreciação da Comissão da Corte de Justiça da Comunidade Européia.

Segundo MORENILLA³⁰, para a derrogação das regras da livre concorrência, é necessário observar os seguintes aspectos: determinar o interesse

²⁸ Registre-se que foi o Tratado de Maastricht, adotado em 07 de fevereiro de 1992, que instituiu a União Européia.

²⁹ Art. 86, § 2º. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, desigualmente às regras de concorrência, à medida que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade. JUSTEN, M.S. RPDE, p. 141.

³⁰ Apud JUSTEN, M. RPDE, p. 147.

coletivo que a gestão da atividade contempla, constatar se as regras de concorrência comprometem a execução do serviço e, por último, se tal comprometimento pode ser revisto pela Corte de Justiça e também pelos tribunais nacionais.

Destaca-se que a aplicação desse dispositivo demorou a ser objeto de decisões da Corte de Justiça, embora já constasse da primeira edição do Tratado da Comunidade. A partir do julgado de *Corbeau*, em 1993, a Corte de Justiça foi chamada a pronunciar-se a respeito do assunto, provavelmente em vista do movimento francês que pressionava a Comunidade nesse sentido.

O caso *Corbeau* envolveu o serviço de correios da Bélgica e um comerciante de Liège, chamado *Paul Corbeau*. Esse julgado abordou a conceituação de serviço público de interesse geral, definiu a extensão ou exclusão da restrição da concorrência, visando a garantir que um prestador de serviços de interesse econômico geral pudesse cumprir sua função em condições econômicas razoáveis.

Decidiu-se que o serviço prestado por *Corbeau* era bem específico, portanto, distinto do serviço da *Régie des Postes*, razão pela qual não houve aplicação da regra derogatória da livre concorrência. Restou consignado, também, que, não havendo comprometimento do equilíbrio econômico da atividade de que se encarrega a *Régie des Postes* diante do serviço comercial de natureza específica prestado em local restrito, não estariam afetados os serviços de interesse geral.³¹

Outro marco jurisprudencial relativo à noção de serviço público foi o caso *Comune D'Almelo*, proferido um ano após o caso *Corbeau*; ele teve por objeto a análise de uma cláusula de exclusividade estabelecida em um contrato de energia elétrica de uma distribuidora regional pelo município de *Almelo*.

Discutiu-se a aplicação dessa cláusula numa concessão de natureza não-exclusiva de distribuição de energia elétrica que proibia os distribuidores locais (Holanda) de importarem eletricidade de outros Estados-Membros. A decisão³²

³¹ Apud JUSTEN, M. S., RPDE, p. 160.

³² As restrições à concorrência em relação a outros operadores econômicos devem ser suprimidas nos casos em que sejam indispensáveis para viabilizar a execução de um dado serviço de interesse econômico pela empresa encarregada de fazê-lo. Nesse caso, é necessário levar em consideração as condições econômicas em que a empresa opera, em particular os custos que a sustentam, e a legislação, particularmente a que se refere ao meio-ambiente, a que está sujeita. Ibid., p. 161.

reputou presentes os pressupostos derogatórios do regime da livre concorrência, aplicando o disposto no artigo 86, § 2º do Tratado de Roma.

Ambas as decisões contribuíram para o desenvolvimento do tema no âmbito comunitário europeu, notadamente no que diz respeito ao equilíbrio financeiro do prestador de serviços públicos como justificativa para a derrogação das normas gerais da concorrência.

Como decorrência dessa evolução doutrinária e jurisprudencial no direito comunitário, justificou-se a edição de um dispositivo específico para o tema: o artigo 16³³ do Tratado da Comunidade Européia, modificado pelo Tratado de Amsterdã.

O referido dispositivo põe em destaque a posição dos serviços públicos de interesse econômico geral no âmbito dos valores comuns da União Européia e lhes atribui o papel de desempenhar e promover a coesão social.

Não se pode olvidar, no entanto, que cada Estado-Membro possui sua própria noção, objetivos e configurações de serviço público, isso porque, como se pode observar, a idéia de serviço público está intimamente ligada à concepção política de um Estado, à medida que define seus limites de atuação bem como a parcela reservada à atuação dos particulares.

Mas, como o objetivo da Comunidade é a integração européia, o artigo 16 surge qual uma tentativa de sintetizar o serviço público como um valor comum dessa sociedade, respeitando-se as particularidades de cada Estado-Membro. Exemplo disso é o fato de que somente serão qualificados como serviços de interesse geral aqueles assim considerados internamente por parte de cada Estado-Membro ou aqueles cuja Corte de Justiça, ao analisar o caso concreto, assim concluir.

Ocorre, no entanto, que, mesmo após a inclusão do artigo supramencionado, a importância deste instituto continua a se constituir num tema progressivamente relevante para a Comunidade, de tal forma a tornar-se um protagonista no cenário da livre concorrência³⁴. A prova disso está na edição da

³³ Art. 16: Sem prejuízo do disposto nos artigos 73, 86 e 87, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e dentro do âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão para que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

³⁴ JUSTEN, M.S. op. cit., p. 217.

Comunicação da Comissão de 20 de setembro de 2000, a qual, segundo Mônica JUSTEN, teve pelo menos dois objetivos principais: esclarecer quanto às funções dos níveis das autoridades públicas atinentes à relação entre a concorrência e o mercado, aplicadas aos serviços de interesse econômico geral, e assumir a incumbência de promover a continuidade e ampliação do desempenho dos serviços de interesse econômico geral junto às autoridades locais, regionais e nacionais.

Tudo isso visou a transparência e a clara definição do que vem a ser serviço público de interesse econômico geral dentro de cada Estado-Membro, tarefa um tanto quanto difícil para a Comunidade e que se iniciou a partir da Comunicação de 20 de setembro.

Outro documento a reafirmar a mudança de enfoque dada ao instituto é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que tem, como alicerces sólidos para a nova concepção de serviço público, valores como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

Essas breves noções a respeito do tratamento e da importância dados ao serviço público no direito francês, berço deste instituto, bem como no direito comunitário europeu nos levam a concluir que efetivamente é muito difícil uma harmonização a respeito do tema, pois, como já foi dito, sua natureza indiscutivelmente liga-se à organização política dos Estados. Trata-se de uma questão histórica, sendo que cada Estado desenvolve um modelo peculiar,³⁵ que está em constante evolução e mudanças.

Mas, em que pesem tais peculiaridades, consoante conclui Mônica Justen,³⁶ a relação entre o serviço público, os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana deve ser sopesada cada vez que o tema do serviço público for objeto de transformações de ordem política ou econômica. Isso porque a lógica da concorrência, com todo o seu valor e eficiência, não pode prevalecer sobre a lógica da proteção do ser humano.

³⁵ JUSTEN FILHO, M. Curso de direito administrativo. p.483.

³⁶ JUSTEN, M.S., RPDE, p 233.

2.3. Evolução

Da concepção de Estado decorrem conseqüências no contexto das instituições públicas, sobretudo da governamental e da administrativa. Se a disciplina de Administração Pública se centraliza no direito administrativo e se a Administração integra a organização, é evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito.³⁷

Considerando que o serviço público é uma atividade do Estado, o estudo de sua evolução está atrelado ao desenvolvimento deste.

Interessa ao presente estudo a evolução deste instituto a partir do século XIX. Destaca-se que esse período é marcado pela autonomia privada da atividade econômica em relação à ingerência do Estado, como reação ao domínio absolutista que editava regras reguladoras de preços e padrões de mercadorias.³⁸

O Estado não desenvolve as atividades econômicas, porém mantém a titularidade jurídica sobre elas, delegando-as à iniciativa privada, porquanto, na primeira metade do séc. XIX, impregnada pelo pensamento liberal, o Estado era considerado mau empresário.³⁹

A doutrina argumenta que, nessa fase, não se admitia a interferência do Estado na ordem econômica, embora tal tenha ocorrido, seguidas vezes, no interesse do “capital”. Nota-se, dessa forma, que os serviços públicos estavam relegados a um plano de relevância secundária, pois, como já foi dito, tal instituto é uma forma de intervenção na economia.

Na metade do século XIX, surgem os clássicos serviços públicos. São eles: as ferrovias, iluminação pública, gás, eletricidade, telégrafo, telefone.

As imperfeições do liberalismo (monopólios, crises econômicas, conflitos capital x trabalho), no entanto, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado,⁴⁰ conforme assevera Eros Roberto GRAU.

³⁷ MEDAUAR, O., op. cit., p. 78.

³⁸ Poggi, apud MEDAUAR, O., op. cit., p. 81.

³⁹ SOUZA OLIVEIRA, M. J. G. de, op. cit., p. 75.

⁴⁰ GRAU, E. R.. A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica. 3. ed. Editora Malheiros, p. 15, 1997.

Para ele,⁴¹ “O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente consistentes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado –, passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados”.

Consequência disso é um maior prestígio dos serviços públicos, quando então o Estado passa a realizá-los diretamente, notadamente em razão do desgaste de algumas concessões (ferrovias). Trata-se, também, de um período em que o mundo passou por duas guerras, que é marcado por crises industriais e de produção de bens, o que leva o Estado a desenvolver atividades tipicamente empresariais.

OLIVEIRA⁴² destaca que, nesse período, se desenvolve a idéia da municipalização e nacionalização dos serviços públicos, o que perdura até os anos setenta.

Ultrapassada essa fase, a doutrina destaca que nasce o que se convencionou chamar de “crise do Estado do bem-estar,” decorrente principalmente do inchaço das estruturas da Administração Pública.⁴³ A solução para a crise é dada a partir dos anos 80, quando se inicia a política da privatização do setor público. Retorna, assim, o setor público às mãos do particular.

Já o Estado do início do Século XXI é caracterizado como regulador e subsidiário, o que fornece uma nova feição ao serviço público, pois, embora não atue diretamente intervindo tão fortemente na economia, não relega ao bel-prazer da livre iniciativa a prestação dos serviços públicos. O Estado regula o setor sob o foco da solidariedade e da justiça social, posto que o serviço público não pode guiar-se pelo mercado e pela concorrência e abdicar dos seus mais básicos interesses: a indispensável satisfação a todos das necessidades básicas, desenvolvidas ao longo do caminhar das civilizações, reduzindo-se a um mercado

⁴¹ GRAU, E. R., op. cit., pp. 15/16.

⁴² SOUZA OLIVEIRA, M. J. G. de, op. cit., p. 75.

⁴³ Observa Juan Carlos CASSAGNE (1992:140-141) que, apesar de haver diferentes níveis de intervenção, verificou-se certa unidade nas distintas medidas interventivas por parte do Estado. Segundo ele, “essa unidade que caracteriza o processo intervencionista reflete-se fundamentalmente nos quatro pilares do estatismo, a saber: a. supradimensão das estruturas administrativas e o conseqüente aumento da burocracia; b. as abundantes e excessivas regulações que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais fundamentais; c. a configuração de monopólios legais a favor do Estado; e d. a participação estatal exclusiva ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais.” Apud DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na Administração Pública*, 2. ed. – São Paulo: Atlas, 1997. p.19.

em que só os economicamente capazes podem ter a prestação dos serviços públicos.⁴⁴

2.4 Conceito

Conceituar “serviço público” não é uma tarefa fácil, notadamente porque a sua concepção varia de acordo com a organização política de cada Estado, conforme já demonstramos nos tópicos anteriores.

Apesar de sua importância no estudo do Direito Administrativo, os autores não possuem um consenso. Com efeito, o entendimento acerca do tema não é pacífico.

O professor Carlos Roberto Martins RODRIGUES⁴⁵ afirma que não há um conceito universal de serviço público, mas idéias fundamentais que permitem a constatação de que, apesar da areia movediça que envolve a sua definição, a importante atividade prestacional do Estado, qualquer que seja a província de sua incidência, aparece ornada por características básicas e comuns.

Assim, em que pesem as diferenças conceituais, a noção de serviço público é permeada por determinados conceitos fundamentais que lhe dão um contorno próprio e que são capazes de identificá-lo em qualquer nação do mundo.

Nesse contexto, o professor M. JUSTEN FILHO⁴⁶ observa que o serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental; essa satisfação é destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.

ALESSI adverte que o conceito de serviço público implica a idéia de uma atividade dirigida a satisfazer as necessidades que, antes de serem coletivas, são individuais.⁴⁷

⁴⁴ SOUZA OLIVEIRA, M. J. G. de., op. cit., p.76.

⁴⁵ apud FIGUEIREDO, L.V. A crise e evolução do conceito de serviço público. Revista Brasileira de Direito Público – RDP, 57-58/130-146.: Editora Fórum, Belo Horizonte, 2003.

⁴⁶ Curso de direito administrativo, p.478

⁴⁷ Para precisar mejor el concepto de servicio público, aislándolo del conjunto de actividades administrativas dirigidas a procurar una utilidad a los ciudadanos, será conveniente destacar algunas características esenciales del concepto examinado: a) En primer lugar, el concepto de servicio público implica la idea de un cierto conjunto, más o menos desarrollado, a veces poco menos que embrionario, de medios personales o reales y sobre el cual se imprime, como elemento unificador, el común destino al ofrecimiento de determinadas prestaciones. Este conjunto de medios constituye, por lo tanto, una entidad más o menos *destacada y autónoma, con un cierto*

Destaca-se que “atividade pública administrativa”, “direito fundamental” e “regime de direito público” são concepções fundamentais para a compreensão do instituto.

Da primeira concepção decorre a exclusão das atividades legislativas e jurisdicionais. Prestar um serviço público não abrange compor jurisdicionalmente um litígio nem produzir lei.⁴⁸

Além disso, não é possível pensar o serviço público sem a existência de uma organização de elementos e atividades estruturados para um fim.⁴⁹

Quanto à segunda concepção, entendemos que a vinculação do serviço público aos direitos fundamentais é o núcleo desse instituto à medida que a sua existência é decorrente da necessidade de satisfação de tais direitos. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos.⁵⁰

Já BLANCHET⁵¹ destaca que serviço público é atividade como tal considerada na Constituição da República ou pela lei, prestada de forma permanentemente (ou *continuamente*) submetida ao regime de direito público, executada concreta e diretamente pelo Estado, ou por aqueles a quem tal

carácter objetivo y permanente, tal como para atribuir a la oferta del conjunto de prestaciones un cierto carácter de continuidad en el tiempo y de sistematización, al menos por parte del ente público. Teniendo en cuenta esta primera característica, no podría considerarse como servicio público la extinción de un incendio de violencia excepcional por parte del ejército, o bien la participación de las fuerzas armadas en los trabajos de siega, excepcionalmente ordenada por falta de mano de obra. b) En segundo lugar, el concepto de servicio público implica la idea de una actividad dirigida a satisfacer necesidades que antes de ser colectivas son necesidades individuales, asumiendo el rango de necesidades colectivas tan solo por su generalidad e importancia, que determinan el que su satisfacción venga a ser uno de los fines del fenómeno asociativo. Por ello, no podría considerarse como servicio público la venta, por parte de un ente público propietario iure privatorum de una finca agrícola, de los productos de la misma. c) Por último, el concepto de servicio público implica la idea de prestaciones que encuentran su fin simplemente en el interés público de su ofrecimiento. ALESSI, R. Instituciones de derecho administrativo. Tomo II. Tradición de la 3ª edición italiana. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970, p. 365.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, M., Curso de direito administrativo, p. 478.

⁴⁹ El servicio público presupone usualmente una organización de elementos y actividades para un fin, una ordenación de medios materiales y personales, esto es, una empresa en sentido económico. La idea de organización es inseparable de la noción de servicio público, y por ello se observa a la segunda definición citada que el servicio público no es cada acción o prestación considerada en sí misma, sino en todo caso la actividad tomada como conjunto, consustanciada con la organización que efectúa tales acciones o prestaciones. El servicio público de las fuerzas de seguridad, por ejemplo, no es el hecho mismo de disolver una reunión turbulenta, sino la organización y actividad de seguridad en general. GORDILLO, A. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomo II. Buenos Aires: Macchi: 1980, p. XIII-3.

⁵⁰ JUSTEN, M., op. cit., p. 478.

⁵¹ BLANCHET, L. A. Concessão de Serviços Públicos, 2ª ed. Juruá editora, 1999, p. 22.

incumbência for delegada, visando à satisfação de necessidades ou à criação de utilidades, ambas e interesse coletivo.

Mas o que vem a ser o interesse público ou coletivo? Trata-se, com efeito, de um conceito absolutamente indeterminado e de difícil preenchimento. Porém, à medida que refletimos a respeito da vinculação dos serviços públicos à satisfação dos direitos fundamentais, concluímos que é dentro desse contexto que encontramos o interesse coletivo. Ou seja, o interesse público é a satisfação dos direitos fundamentais, notadamente da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o regime de direito público⁵² é consequência da própria finalidade do serviço público, porquanto os direitos fundamentais são indisponíveis e só poderão ser satisfeitos por intermédio desse regime.

Já o professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO⁵³ assevera que determinadas atividades destinadas a satisfazer a coletividade em geral são qualificadas como serviços públicos quando, em um dado tempo e lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las à livre iniciativa, ou seja, que não é socialmente desejável que fiquem tão-só sujeitas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade privada. Em razão da relevância que lhes atribui, o Estado considera seu dever assumi-las como pertinentes a si próprio e, exatamente por isso, as coloca sob uma disciplina peculiar, ou seja, aquela que corresponde ao próprio Estado: uma disciplina de Direito Público. A caracterização do regime peculiar é ponto pacífico na doutrina.

BANDEIRA DE MELLO⁵⁴ prossegue afirmando que “serviço público”, portanto, é toda atividade de oferecimento de uma comodidade ou utilidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e que presta, por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público, consagrador de supremacias e restrições especiais, instituídos em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

⁵² Com efeito, erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade, quer-se também impedir, de um lado, que terceiros obstaculem e; de outro; que o titular deles; ou quem haja sido credenciado a prestá-los; procedam por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desprezar direitos dos administrados em geral, quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço. MELLO, C. A. B., Curso de Direito Administrativo, 17^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 621.

⁵³ op. cit., p.619.

⁵⁴ op. cit., p. 620.

Deve, necessariamente, corresponder a uma atividade de prestação que confere aos usuários uma vantagem e busca atender à satisfação do interesse público.

Conclui-se, deste modo, que o conceito de serviço público é permeado pela presença dos seguintes elementos: o formal, o material ou objetivo, e, ainda, o subjetivo⁵⁵.

Segundo BANDEIRA DE MELLO, o material consiste na prestação da utilidade à coletividade mas que pode ser fruível individualmente pelo administrado, com vistas a satisfazer às necessidades básicas da sociedade. Essa oferta é feita à coletividade. Vejam que, se assim não o fosse, o serviço não seria público, pois, não sendo voltado para preencher as necessidades da coletividade e sim para o interesse privado, o Estado não teria interesse nenhum em assumir a sua titularidade⁵⁶.

Já M. JUSTEN FILHO⁵⁷ argumenta que o ângulo material do serviço público consiste na satisfação de necessidades individuais de cunho essencial.

Destaca-se que decorre desse fundamento o princípio da universalidade do serviço público, cuja abordagem faremos em tópico subsequente.

Essas atividades, salvo exceções (a exemplo da educação, previdência e assistência social), estão excluídas da esfera da iniciativa privada.

Lembre-se que aqui falamos da titularidade do serviço público e não da sua execução; exatamente por isso, constata-se a existência do elemento subjetivo que é a atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes).⁵⁸

O elemento formal refere-se à sua submissão ao regime jurídico de direito público.⁵⁹

⁵⁵ Este último é abordado na recente obra do Prof. Marçal Justen Filho, Curso de direito administrativo, p. 481.

⁵⁶ MELLO, C.A.B.de, op. cit., p 623.

⁵⁷ op. cit. p. 481.

⁵⁸ Ibid., p. 481.

⁵⁹ A qualificação formal é logicamente dependente das outras duas. O serviço público se peculiariza pela existência de um regime específico. Mas a aplicação desse regime depende da presença de certos requisitos. Todo serviço público está sujeito ao regime de direito público, mas nem toda atividade (estatal ou privada) é um serviço público. Uma questão fundamental, portanto, reside em determinar quando e porque uma atividade pode (ou deve) ser considerada serviço público e, desse modo, submeter-se a um regime peculiar. Então o regime jurídico fornece subsídios para responder à pergunta “*como está disciplinado o serviço público*”, mas não propicia elementos para outra indagação fundamental, sobre “*o que pode ser considerado serviço público*”. JUSTEN, M., Curso de direito administrativo, p.482.

Percebe-se que o núcleo do conceito de serviço público está no elemento material, objetivo, posto que os outros dois conteúdos (formal e subjetivo) são apenas decorrentes deste. Um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser desenvolvido sob regime de direito público ou por ser prestado pelo Estado. Essas duas últimas características são consequências da existência de um serviço público.⁶⁰

Deve-se considerar ainda que, com as transformações do Estado, incluindo elementos econômicos e novos processos de aparelhamento na sua estrutura, que o levaram, no transcorrer do século, a uma reorganização da função administrativa, o conceito de serviço público afastou-se do sentido dado pelos autores clássicos.⁶¹

Com efeito, o que se tem observado é que a abrangência do conceito de serviço público é de certa forma flutuante, o que se explica em razão das alterações na forma de atuar do Estado para satisfazer as necessidades de sua sociedade em dado momento e local.

Eros Roberto GRAU⁶² vai um pouco além, ao considerar que o conceito de serviço público é aberto, cumprindo seu preenchimento com dados da realidade, devendo sua significação ser resgatada na realidade social.

Para ele, serviço público é uma atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público, porém sem

⁶⁰ Ibid., p. 482.

⁶¹ a) *Duguit*: “Serviço Público é toda atividade cuja realização deve ser assegurada regulada e controlada pelos governantes, porque a consecução dessa atividade cuja realização deve ser assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque a consecução dessa atividade é indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social, e é de tal natureza que só pode ser realizada completamente pela intervenção da força governante” (Marcelo Pereira, *O serviço público na atualidade* (tese de doutorado), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p.20); b) *Jèze*: “Serviços públicos são as necessidades de interesse geral que os governantes de um dado país, em dada época, decidiram acudir pelo processo do serviço público.” (Plínio A. Branco, *Diretrizes modernas para a concessão de serviços de utilidade pública*, São Paulo, Prefeitura Municipal de São Paulo, 1949, p.23); c) *Vedel*: “O serviço público pode ser definido de duas formas orgânica ou formal e material. No seu sentido orgânico ou formal o serviço público se caracteriza por uma certa organização, se trata de uma empresa regida pela administração. Já a definição material se refere à natureza da atividade, considerada independentemente da organização mediante a qual se exerce a mesma. Defini-se o *serviço público* como a atividade que tende a satisfazer uma necessidade de interesse geral (George Vedel, *Derecho Administrativo*, Madri, Aguilar, s.d., p. 688); d) *Laubadère*: “Serviço público é uma atividade de interesse geral exercido por uma pessoa pública ou sob seu controle e conforme um regime derogatório de direito comum.” (André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, p.762); e) *Rivero*: “Serviço público é uma forma de actividade administrativa em que uma pessoa pública assume a satisfação de uma necessidade de interesse geral” RIVERO, p. 494 apud OLIVEIRA, M. J. G. de S., op. cit., p. 80.

⁶² op. cit., p 143.

exclusividade, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão e permissão, atribuindo a significação de *gênero* à atividade econômica, sendo que esta compreende duas *espécies*: o serviço público e a atividade econômica.⁶³

Há que se considerar, ainda, que, independentemente do Estado e de suas transformações, a instituição de um serviço público dependerá, necessariamente, do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para a satisfação dos direitos fundamentais⁶⁴.

Conclui-se, desse modo, que a natureza jurídica do serviço público possui diversas peculiaridades, cuja compreensão é fundamental para o presente estudo. Diante disso, não será possível tratar da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos sem o entendimento, por exemplo, de que sua finalidade é a satisfação das necessidades da coletividade e de seus direitos fundamentais. O interesse egoístico, individual do consumidor quando eventualmente colocar em risco a própria prestação dos serviços públicos não poderá prevalecer sobre o interesse da coletividade.

Determinada atividade é eleita a serviço público porque é algo relevante para sociedade e assim foi escolhida porque não pode ser objeto de abuso nem por quem o presta e nem por quem o usufrui.

2.5. Titularidade Estatal do Serviço

Classicamente, os serviços públicos são de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser delegada a terceiros da iniciativa privada. A gestão envolve transferência da execução dos serviços e não da titularidade.

Tal fato traduz a inaplicabilidade dos princípios da livre iniciativa. O fundamento constitucional desta disciplina está no artigo 175 da Constituição Federal.⁶⁵

Alguns serviços podem ser prestados por particulares em regime complementar, a exemplo da educação, saúde e assistência social. Nessas hipóteses, a titularidade não será do Estado; ele se limitará a atuar apenas como

⁶³ Apud OLIVEIRA, M.J. de S., op. cit., p. 80.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Curso de direito administrativo, p.483

⁶⁵ JUSTEN, M. Curso de direito administrativo, p.489

agente regulador da atividade. Por essa razão, o regime jurídico aplicável será o da iniciativa privada, ou seja, de direito privado, porém fortemente regulado pelo Estado, dada a natureza da atividade.

2.6 Regime Jurídico

Como já foi mencionado, o regime jurídico aplicável ao serviço público é o de direito público, consagrador de prerrogativas, princípios e regras específicas.

O entendimento deste regime diferenciado é essencial para a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos.

O primeiro passo para essa compreensão é ter em mente que a diferenciação existe porque estamos tratando de atividade estatal que visa a satisfação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Destaca-se que tal fato surgiu em dado momento histórico, quando os movimentos extremistas foram banidos e o direito passou a afirmar, de modo intransigente, a dignidade e a intangibilidade da pessoa humana. O Estado então reconheceu a necessidade de intervir em setores específicos para garantir a promoção de tais direitos fundamentais.⁶⁶

Surge, então, o fenômeno da *funcionalização* do direito, afirmado por M. JUSTEN FILHO⁶⁷, que submete os interesses individuais e egoísticos dos cidadãos à realização dos direitos fundamentais.

Na verdade, todos os demais institutos do direito passam a ser permeados por esse fenômeno, originário do direito público, ou seja, pela função do direito voltada para uma órbita que ultrapassa a órbita individual do cidadão. É

⁶⁶ Assim, o direito (público e privado) se desenvolve como instrumento de realização dos fins eleitos pela Nação e consagrados na Constituição. Nenhum direito e nenhum poder é atribuído a um sujeito como forma de satisfação de seus exclusivos interesses. Ou seja, respeitar a dignidade e a integridade da pessoa humana significa assegurar tais valores relativamente a todos os integrantes da comunidade.

Reconhece-se, enfim, a vinculação dos “direitos” e “deveres” individuais e coletivos relativamente à consecução de certos fins, que transcendem à situação transitória dos titulares. Faculdades e deveres são limitados por um vínculo inerente, intrínseco e insuprimível com a satisfação daqueles fins. Todo o poder jurídico, disciplinado pelo direito Público ou pelo direito Privado, tem natureza instrumental. É um instrumento não de locupletamento individual do titular, mas da realização dos direitos fundamentais. Pode-se designar tal fenômeno como “*funcionalização*” do direito. Indica a vinculação do Direito à realização de fins que transcendem à satisfação das conveniências egoísticas individuais. JUSTEN, M., Curso de direito administrativo, pp. 49/50.

⁶⁷ Ibid, p.49

o que ocorre no direito civil, por exemplo, que determina a observância da função social da propriedade, da empresa e até mesmo do contrato.

Ainda neste tema da funcionalização, interessa sobremaneira ao presente estudo o entendimento de que a concepção do regime de direito público importa, necessariamente, não só no dever individual de subsunção dos direitos fundamentais, como também, e mais ainda, na coletividade, ou seja, todos os demais integrantes da comunidade devem acatar as determinações emanadas do titular da função, relacionadas com a consecução do interesse a ele confiado. É o poder jurídico para o titular da função e sujeição para os demais.⁶⁸

Diante disso, destaca-se o conceito de regime jurídico de direito público, atribuído por M. JUSTEN FILHO: “consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins”.

2.7. Princípios Norteadores

Conforme tratamos no tópico da conceituação, o serviço público é um instrumento de satisfação dos direitos fundamentais. Sua finalidade é o interesse público. Por tais razões, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço, serão as conveniências da coletividade, jamais os interesses secundários do Estado ou dos que hajam sido investidos no direito de prestá-los.⁶⁹

Como aponta GORDILLO,⁷⁰ “en razón de que trata de satisfacer una necesidad pública, el servicio debe estar dotado de ‘medios exorbitantes’ al derecho común, es decir, de un régimen de derecho público que asegure la generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad del mismo”.

Com efeito, os princípios norteadores do serviço público nasceram na doutrina tradicional francesa e foram sistematizados, inicialmente, por Louis ROLLAND (*leis de Rolland*), o qual elegeu três princípios fundamentais: continuidade, igualdade e mutabilidade.

⁶⁸ Ibid, p.51

⁶⁹ MELLO, C. A. B. de, *Direito do Estado – Novos Rumos – Serviços públicos e sua feição Constitucional*, Tomo 2. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 28.

Segundo o princípio da continuidade,⁷¹ a atividade de serviço público deve ser regular, contínua, sem interrupções. Consequência disso é o direito de indenização dos administrados por eventuais prejuízos experimentados em caso de falha na prestação dos serviços.

A regulação do direito de greve dos servidores públicos,⁷² a aplicação da teoria da imprevisão, em casos de dificuldades econômicas, e a retomada da execução dos serviços na impossibilidade do delegatário são meios de que se vale a administração pública para garantir tal princípio.

Corolário do princípio constitucional, a igualdade preconiza o tratamento igualitário de todos os usuários dos serviços públicos, sem o emprego de qualquer discriminação.⁷³

Para GORDILLO,⁷⁴ a igualdade seria uma espécie da qual o gênero seria o *princípio da generalidade*. A generalidade significa que todos os habitantes têm o direito a gozar do serviço público; nela se compreende uma característica que, por vezes, é mencionada isoladamente: a igualdade ou uniformidade, pela qual todos têm o direito a exigir um serviço em igualdade de condições, o que se estende também às tarifas,⁷⁵ que devem ser fixadas em valores idênticos para os usuários em situação idêntica.

Alguns doutrinadores consideram que a uniformidade implica particularidade do princípio da igualdade, à medida que, em determinados serviços, ocorre o enquadramento por categorias de usuários. Cada categoria recebe um tratamento diferenciado, porém em regime de igualdade entre os usuários dessas categorias. Entendemos que se trata de simples divisão didática, posto que fornecer tratamento desigual aos desiguais nada mais é do que a exata correspondência ao princípio da igualdade.

RUI BARBOSA há muito nos ensinou que a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, à medida que se

⁷⁰ Op. cit., p. XIII-4.

⁷¹ El poder público se hace así presente a través de un régimen jurídico especial que subordina los intereses privados al interés público, fundamentalmente en razón de proteger la continuidad de servicio. GORDILLO, op. cit., p. XIII-4.

⁷² Lembre-se que o art. 37, VII, da Constituição assegurou o direito de greve aos servidores públicos, remetendo o tema à disciplina legislativa. Existem as leis n. 7783/89 e 10.277/2001, que dispõem sobre providência atinentes à continuidade de serviços públicos, em caso de greve.

⁷³ MELLO, C. A. B. entende que a inadmissão de discriminações entre os usuários é base do princípio da impessoalidade. Direito do Estado – Novos Rumos, p. 29.

⁷⁴ Op. cit., p. XIII-5.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, M. Curso de direito administrativo, p.490.

desigualam. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

O princípio da universalidade é também considerado por alguns doutrinadores como um desdobramento do princípio da igualdade. Mas basta retomarmos o que foi tratado no tópico anterior, ou seja, que o serviço público existe para garantir a satisfação das necessidades coletivas, para compreendermos que o Estado é obrigado a fornecer e proporcioná-las à generalidade dos cidadãos.⁷⁶

Do mesmo modo, para atender à finalidade assecuratória dos direitos fundamentais, os serviços públicos devem ser atuais. Não podem estagnar-se ao longo do tempo, sob pena de se tornarem obsoletos e inúteis. Daí decorre o princípio da mutabilidade ou adaptabilidade.

Há um dever para a administração de atualizar a prestação do serviço, tomando em vista as modificações técnicas, jurídicas e supervenientes. Isso significa a ausência de direito adquirido dos prestadores de serviço e dos usuários à manutenção das condições anteriores ou originais.⁷⁷

Seguindo a linha da adaptabilidade, temos a adequação ou eficiência, princípio pelo qual a prestação do serviço público deve ser a melhor possível, respeitados os limites técnicos e econômicos.

A transparência⁷⁸ é também princípio do serviço público. O Estado deve sempre informar a coletividade, dando conhecimento de tudo o que diz respeito ao serviço público e à sua prestação.

Pelo princípio da motivação, todas as decisões atinentes ao serviço público devem ser fundamentadas.

⁷⁶ As concessionárias de serviços públicos de telefonia, por exemplo, são obrigadas a observar tal princípio. Vale dizer que o Poder Público, elegeu como prioridade, na época das privatizações, viabilizar a universalidade e ampliação, pelo regime de metas, na prestação dos serviços de telefonia.

⁷⁷ Como afirma MOREU, “o princípio da mutabilidade não pode não afetar a situação daqueles aos quais o serviço fornece satisfação, consequência que põe em plena luz a questão do “estatuto” do usuário (*Droit administratif*, p.341) apud JUSTEN FILHO, M. Curso de direito administrativo, p. 490.

⁷⁸ O usuário é interpretado como sujeito interessado na prestação do serviço e alçado à condição de titular de interesses na sua concepção e organização. Em vez de um terceiro beneficiário de liberdade estatal, o usuário é integrado como sujeito responsável pelo serviço. Por isso, o usuário passa a integrar as relações jurídicas atinentes à organização do serviço e à própria delegação à iniciativa privada. Esse princípio significa o dever de o Estado e o prestador de serviço fornecerem ao usuário todos os esclarecimentos e admitirem a participação de representantes dos usuários na estrutura organizacional do serviço público. JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, op. cit., p.491.

O serviço público, para cumprir a sua finalidade jurídica, não pode ser remunerado em valores exorbitantes, pois, desse modo, não atingiria a totalidade dos cidadãos. As tarifas cobradas direta ou indiretamente pelo Estado devem ser módicas, razoáveis. Trata-se do princípio da modicidade tarifária.

Vale dizer que a menor tarifa está atrelada aos custos necessários à oferta dos serviços. Quanto maiores os custos, maiores serão as tarifas.

Nesse contexto de remuneração, é interessante destacar outro princípio mencionado na recente obra do Professor M. JUSTEN FILHO,⁷⁹ relativo à ausência de gratuidade. O fato de o serviço público ser voltado para a satisfação dos direitos fundamentais não significa a sua gratuidade. Isso não leva a afirmar que a fruição do serviço público dependa de condições econômicas, mas consiste em reconhecer um princípio geral de capacidade contributiva.

Segundo M. JUSTEN FILHO,⁸⁰ todo usuário deve contribuir para os serviços na medida de suas possibilidades. Os indivíduos carentes terão acesso aos serviços públicos, mas o custeio das prestações realizadas em proveito deles deverá ser arcado por outrem (seja pelos cofres públicos, seja pelos demais usuários).

Por fim, embora não haja referência no presente estudo, é necessário ressaltar que todos os princípios aplicáveis à administração pública são extensivos aos serviços públicos.

2.8. Classificações: serviços públicos essenciais -universais

Como já foi demonstrado, a noção de serviço público não abrange toda e qualquer atividade administrativa do Estado. Efetivamente, ela está distante das atividades estatais de fomento, das limitações administrativas à liberdade e à propriedade privada (poder de polícia), das obras públicas, das atividades expressas por atos jurídicos (atos notariais ou registrais) e, ainda, distante daquelas atividades que impõem sacrifício de direitos, como a desapropriação e a servidão. Registre-se que tais atividades só podem ser prestadas diretamente pelo Estado.

⁷⁹ Curso de Direito Administrativo, op. cit., p. 491.

⁸⁰ op. cit., p. 491.

Dessa constatação decorrem diferentes classificações doutrinárias a respeito do serviço público. Helly Lopes MEIRELLES⁸¹ considera a existência de serviços propriamente públicos e serviços de utilidade pública.

Os propriamente públicos seriam os serviços que a administração presta diretamente à comunidade por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Só a administração os presta e não são passíveis de delegação a particulares, até porque exigem atos de império e medidas compulsórias em relação ao administrado. Exemplos: defesa nacional e polícia.

Os de utilidade pública são aqueles cuja conveniência a administração pública reconhece (não essencialidade nem necessidade) para os membros da coletividade e presta-os diretamente ou mediante terceiros (concessionários etc...), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores de serviços e mediante remuneração.

A diferença entre essas classificações está, primeiro, na essencialidade necessária à sobrevivência da comunidade, razão pela qual o Estado assume a titularidade e a execução do serviço diretamente e o presta gratuitamente. Já, quanto aos serviços de utilidade pública, a doutrina irá dizer que não são essenciais, ou seja, que a sobrevivência sem eles é possível. Todavia são serviços convenientes à comunidade.

São serviços cuja boa qualidade redunde numa melhoria da qualidade de vida e atinge a comunidade como um todo. E, por não serem essenciais, só podem ser prestados mediante remuneração.

No entanto, entendemos que essa classificação doutrinária mistura conceitos relativos às demais atividades administrativas do Estado e de serviços públicos.

Interessa, ainda, a classificação relativa aos serviços *uti universi* e serviços *uti singuli*.

Quanto à classificação relativa aos serviços *uti universi*, temos que ela guarda estreita relação com os serviços públicos propriamente ditos. São os serviços que a administração presta sem ter usuário predeterminado; eles são

⁸¹ Apud DI PIETRO, M. S. Direito administrativo – 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 85.

postos à comunidade como um todo, sendo sua característica a essencialidade e sua necessidade.

O Estado oferece o serviço independentemente da cobrança de qualquer valor. O custeio de sua prestação é feito pelo recolhimento de impostos.

Os serviços *singuli* ou individuais, por sua vez, encontram-se ligados à noção de serviço de utilidade pública. Eles são relevantes, recebem da lei um tratamento especial, porém não são essenciais. Deles se utiliza quem quiser, mediante pagamento de uma tarifa. São serviços divisíveis e mensuráveis para cada destinatário. Sua utilização é facultativa e individual.

É necessário refletir que, teoricamente, à medida que admitimos que a atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, não é possível conceber um serviço público que não seja essencial.

O que talvez se possa admitir é que existam alguns serviços mais essenciais que outros e que, por essa razão, merecem especial atenção, notadamente no que diz respeito à interrupção de sua prestação à coletividade.

O legislador brasileiro, pela Lei 7.783/89 (lei de greve), relacionou uma lista de atividades e serviços que considerou essenciais. No artigo 10 da referida lei iremos encontrar: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; serviço funerário; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, de equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.

2.9 Os serviços públicos no Brasil: tratamento constitucional

2.9.1 Atuação estatal no domínio econômico: Constituição de 1988

Embora a Constituição de 1988 tenha ratificado o sistema capitalista, valorizando a propriedade privada e a livre concorrência, não deixou de lado a possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico, como forma de controle aos impulsos de tal política.

Basicamente, admite-se tal fato pela fiscalização ou regulação, ou seja, pelo poder disciplinar do desempenho de uma atividade econômica e pela prestação dos serviços públicos.

Abre-se parêntese para destacar o pensamento de Eros Roberto GRAU⁸², que diferencia “atuação” de “intervenção” estatal. Segundo ele, a atuação expressará sempre uma intervenção. Contudo, a intervenção estatal expressa somente uma atuação estatal em área de titularidade do setor privado. Como, em matéria de serviço público, o Estado atua em área de sua própria titularidade, estamos diante de uma atuação estatal e não de uma intervenção.

GRAU⁸³ resume seu raciocínio afirmando que *intervenção estatal* conota atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, e *atuação estatal*, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.

Essa classificação tem a finalidade de demonstrar que atividade econômica é um gênero, do qual serviço público e atividade econômica (em sentido estrito) são espécies.

Seguindo esse raciocínio, o artigo 173, §1º, da Constituição Federal, ao estabelecer quais as atividades em que é permitida a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, trata da hipótese de atividade econômica em sentido estrito. Assim se diz porque, nessa hipótese, o Estado irá atuar como agente econômico, em área de titularidade do setor privado.

O mesmo não ocorre com o artigo 174, cuja expressão “atividade econômica” é utilizada em sentido amplo, pois o referido dispositivo legal trata da atuação do Estado nas funções que lhe são típicas, a exemplo da fiscalização, incentivo e planejamento. Nessa mesma linha está o artigo 175 da CF/88; ele se refere aos serviços que são considerados públicos e que se encontram inseridos no conceito de atividade econômica em sentido amplo.

A doutrina de M. JUSTEN FILHO⁸⁴, ao tratar do tema, diferencia a intervenção do Estado em duas modalidades: diretamente e indiretamente.

O fundamento da intervenção indireta ou normativa é o art. 174 da Constituição Federal, que consiste no exercício pelo Estado de sua competência

⁸² Op. cit., p. 123

⁸³ Op. cit., p. 123

⁸⁴ Curso de direito administrativo, p. 456.

legislativa e regulamentar para disciplinar o exercício de atividades econômicas, desempenhadas na órbita pública ou na privada.

Dentro desse conceito, a regulação, organizada sob a forma de um conjunto de órgãos especializados de modo permanente e sistematizado, é um exemplo de intervenção indireta.

Já, a intervenção direta ocorre quando o Estado realiza uma atividade de natureza econômica em competição com os particulares ou mediante atuação exclusiva.

O serviço público e a atividade econômica propriamente dita são as duas vertentes fundamentais da intervenção direta.

Na verdade, segundo esse pensamento, ambas as atividades são econômicas, porém o serviço público estaria ligado precisamente à satisfação dos direitos fundamentais e, por essa razão, submetido à titularidade do Estado sob o regime de direito público. O fundamento está no artigo 175 da Constituição Federal.

É interessante destacar que M. JUSTEN FILHO afirma que disso decorre a não aplicação dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Tal não ocorre na chamada atividade econômica propriamente dita, pois ela não está ligada à satisfação de direitos fundamentais. Nesta hipótese, o Estado poderá desempenhá-la em competição com os particulares, tal como o disposto no artigo 173 – *caput* - e parágrafo primeiro, ou sob regime de monopólio, na forma do artigo 177 da CF/88.

Mas, independentemente da classificação existente na doutrina, o que é realmente importante ter em mente é que o regime jurídico aplicável ao serviço público será sempre de direito público, e o regime aplicável às atividades econômicas em sentido estrito ou propriamente ditas será sempre de direito privado.

2.9.2 O tratamento constitucional

A doutrina brasileira, ao estudar serviço público, adotou o modelo francês, porém, adaptando-o ao modelo inglês no que concerne ao serviço público prestado por intermédio de concessão e permissão.⁸⁵

A nossa Constituição não traz o conceito de serviço público, mas estabelece quais os que considera públicos, como prevê o artigo 21, que trata da competência material e enumera os serviços que cabem exclusivamente à União.

Depreende-se do texto constitucional que são serviços públicos, relativos à esfera federal, o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X), os serviços de telecomunicações, de radiodifusão sonora (sons e imagens, inclusive), serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d'água, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham limites de mais de um Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, letras "a" a "f"), seguridade social (art. 194), serviços de saúde (art. 196), assistência social (art. 203) e educação (arts. 205 e 208).⁸⁶

Nos âmbitos municipal e estadual, bem como no do Distrito Federal, aplica-se o disposto no artigo 30, inciso V, artigo 25, §1º, artigo 32, §1º, artigo 23 da CF/88, os quais também tratam da possibilidade de essas unidades federadas criarem seus respectivos serviços públicos, a exemplo do serviço funerário na esfera municipal.

Nessas hipóteses, a competência poderá ser exclusiva de cada unidade ou comum à União Federal.

Abrimos novamente um parêntese para trazer a lume o entendimento de parte da doutrina,⁸⁷ a qual considera que, os serviços públicos, uma vez estabelecidos na Constituição, não restaria margem de inovação ou modificação por parte do legislador infraconstitucional.

⁸⁵ OLIVEIRA, M.J.G. S, op. cit. p. 82.

⁸⁶ MELLO, C.A.B., Curso de direito administrativo, p. 635.

⁸⁷ O critério a perseguir para a disceptação de quais sejam o serviços públicos ou privados somente poderá ser o da competência constitucional. FIGUEIREDO, L.V. Curso de direito administrativo, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 59.

M. JUSTEN FILHO⁸⁸, revendo posicionamento anterior, rejeita esse entendimento, e afirma que, dependendo das circunstâncias, as atividades referidas nos incisos do artigo 21 da Constituição Federal poderão ou não ser consideradas serviços públicos.

Para ele, existirá serviço público quando as atividades referidas na Constituição envolverem a satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais. As razões dessa interpretação decorrem dos seguintes argumentos:

1) Nem todo serviço discriminado no artigo 21 é passível de ser considerado, na prática, um serviço público. Tome-se, como exemplo, o inciso XII, *a*, do referido artigo, que estabelece ser competência da União a exploração direta ou indireta de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Aplicando-se rigorosamente esse dispositivo, toda e qualquer atividade de transmissão de imagem e som seria serviço público. No entanto, tal não ocorre. É necessária a presença de determinados requisitos que o artigo em questão não menciona. Tais requisitos serão fixados por lei ordinária. Inclusive, algumas atividades previstas na Constituição poderão não ser consideradas serviços públicos por lei ordinária, sem que isso implique inconstitucionalidade.

2) O artigo 21, incisos X, XI e XII, fala em autorização para o desempenho das atividades nele descritas. O serviço público é incompatível com a outorga por meio de autorização. Só se fala em autorização para atividades econômicas em sentido restrito, que determina fiscalização ampla e rigorosa do Estado.

3) O dispositivo constitucional em comento não se destina a definir serviço público, mas, sim, estabelecer a competência hierárquica entre os entes federais.

4) A Constituição prevê a possibilidade de particulares desenvolverem atividades equivalentes aos serviços públicos, em regime de direito privado. Ou seja, não atribui a exclusividade da prestação pelo Estado. É o caso da educação, saúde e previdência privada. Qual seria a razão para não se estender o mesmo raciocínio, por exemplo, para a energia elétrica?⁸⁹

⁸⁸ Curso de direito administrativo, op. cit., p. 484.

⁸⁹ Quanto a este último argumento, indaga-se a respeito da viabilidade econômica do serviço público. Isto porque, como vimos até então, ao prestador são impingidas todas as obrigações inerentes ao titular dos serviços públicos, qual seja, o Estado. Pois bem. Tendo a prestação do serviço público, obrigatoriamente, o dever de observar a universalidade e a modicidade tarifária,

Retomando-se o tratamento constitucional do instituto, como já foi mencionado pela doutrina de M. JUSTEN FILHO, nem todo serviço público é exclusivo do campo de atuação do Estado. A Constituição Federal estabelece quatro espécies de serviços que, embora seja dever do Estado prestá-los, é admitido, também, o exercício pela iniciativa privada. Esses serviços são: previdência social, saúde, educação e assistência social.

É nesse contexto que o professor C. A. BANDEIRA DE MELLO⁹⁰ trata das imposições constitucionais do serviço público no Brasil, distinguindo as seguintes hipóteses: serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (serviço postal e correio aéreo nacional), serviços de prestação obrigatória e em que também é obrigatório outorgar em concessão a terceiros (radiodifusão sonora ou de sons/imagens – art. 223), serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade (além dos quatro de que tratamos no parágrafo acima, acresça-se a radiodifusão sonora e a de sons e imagens, isto é, televisiva e, por último, serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas com obrigação de promover-lhes a prestação, tendo, pois, de outorgá-los em concessão ou permissão (todos os demais, notadamente art. 21, XI).

Da análise desse dispositivo, verifica-se o que já mencionamos em tópico específico, qual seja, que a titularidade do serviço prestado é do Poder Público, porém a execução desse serviço pode ser delegada a terceiros.

O referido dispositivo legal também deixa patenteada a qualificação do regime próprio do serviço público e que se distingue do que rege as relações e as entidades que atuam na atividade econômica que se não constitua serviço público.⁹¹

como atender a estes requisitos, concebendo-se a criação de uma ou várias empresas concorrentes, regidas pelo regime de direito privado?

⁹⁰ MELLO, C.A.B., op. cit., p.637.

⁹¹ Desse dispositivo constitucional extraem-se alguns princípios subjacentes à opção do sistema fundamental sobre a matéria. Pode-se vislumbrar no quanto preceituado naquele artigo que o regime jurídico do serviço impõe, nos três níveis diferenciados para a sua execução e satisfação do usuário, obrigações e limites positivos e negativos de ação do Poder Público. A responsabilidade do serviço e pelo serviço é, constitucionalmente, entregue à entidade pública, à qual compete a atividade como tal considerada, segundo a repartição de competências própria da Federação descrita na Lei Maior. O dispositivo em foco deixa o Poder Público como gestor permanente e inexcludente do serviço público, pois o que ele permite é apenas a delegação da prestação, não da sua titularidade, o que se põe, nítido, nos termos do artigo. Na condição gestor, compete ao Poder Público, na forma prevista pelo constituinte, regulamentar a forma de prestação do serviço público, definir-lhe o objeto e a forma de execução, os direitos e deveres dos prestadores da atividade ao usuário. Mas a prestação – momento em que se pode agir direta ou indiretamente para se chegar ao usuário - pode ser feita pela entidade pública ou por quem ela receba delegação

Como foi transcrito no dispositivo legal em questão, a transferência da execução dos serviços públicos se dá mediante autorização, permissão ou concessão. Dado o foco do presente trabalho, a abordagem subsequente limitar-se-á à concessão de serviço público.

Antes, porém, cumpre destacar algumas novas concepções dos serviços públicos na atualidade.

2.10. Novas concepções

Os contornos do serviço público foram traçados em fins do século XIX e início do século XX. De então até o momento, o desenvolvimento tecnológico fez surgir novos modos de atender às antigas necessidades dos cidadãos,⁹² fazendo com que as concepções clássicas do serviço público fossem revistas e adaptadas à nova realidade.

Fala-se dos serviços econômicos de interesse geral, cujo surgimento se dá na União Européia, a partir da crise do serviço público. Trata-se de uma hipótese de regime jurídico diferenciado, subsumido pelas atividades privadas.

Surgem novas entidades regulatórias administrativas,⁹³ destacadas da administração direta e, por isso, dotadas de autonomia. Uma característica importante é o amplo conhecimento técnico da matéria objeto de sua regulação. Em suas finalidades, entre outras, inclui-se a de assegurar a transparência e a gestão dos serviços.

Com a evolução tecnológica e a diversidade de serviços novos, uma concepção única dos serviços públicos torna-se ineficaz. Tal deficiência faz nascer

administrativa ou legislativa para tanto. ROCHA, C.L.A. Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 30.

⁹² JUSTEN FILHO, M., Curso de direito administrativo, p. 493.

⁹³ No modelo prevalecente até o final da década de 80 – marcado pelo colapso do último ciclo de concessões encerrado no Brasil no início dos anos 70 – firmava-se a idéia de que a melhor maneira de regular uma determinada utilidade pública era reservar sua exploração ao Estado. A simples exploração direta desta atividade já era considerada regulação suficiente. Submetido ao pleno controle estatal, o ente encarregado da exploração de uma dada utilidade pública, já o faria consoante o atendimento do interesse público.(...) Nesta perspectiva, da regulação da atividade pela reserva de sua exploração ao Estado, por óbvio, inexistia a separação entre regulador e operador da utilidade. (...) Com o processo de transferência da exploração dos serviços públicos para iniciativa privada, opera-se novamente a separação entre operador (agora um ente privado não sujeito ao controle estatal) e o regulador (já que a atividade regulatória permanece nas mãos do estado, que a exerce de forma indireta).MARQUES NETO, F.A. M. A nova regulamentação dos serviços públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n.1. – fev/mar./abr. 2005 – Salvador.Bahia – extraída do site: www.direitodoestado.com.br.

novos ramos do direito aplicável aos serviços públicos. É o caso do direito das telecomunicações, da energia elétrica, da educação.

A exclusividade na prestação dos serviços⁹⁴ é relativizada, a exemplo do que ocorreu com as telecomunicações e com a energia elétrica. Presenciamos empresas “espelho” “autorizatórias” de serviço público de telefonia que concorrem com empresas concessionárias de tais serviços públicos. É a conquista da lei de Telecomunicações, que beneficia o usuário consumidor.

Os serviços em rede também recebem tratamento diferenciado, como é o caso das ferrovias, rodovias, energia elétrica, telefonia etc. A ampliação da competição, a dissociação entre propriedade e a exploração da rede bem como o compartilhamento compulsório e da rede são exemplos dessa mudança.

⁹⁴ Durante muito tempo à noção de serviço público correspondeu a idéia de exploração exclusiva, ou impropriamente, monopólio estatal. Na base dessa noção estavam fatores ideológicos, jurídicos e econômicos. (...) No início da década de 90 se começa a questionar tais concepções, digamos, clássicas, de serviço público. A pressão pela abertura de mercado e o crescimento do direito concorrencial e do pressuposto da competição como benéfico ao consumidor afetaram fortemente as barreiras ideológicas à introdução da competição nos serviços públicos. Os avanços tecnológicos que tornam possível o compartilhamento de redes e viabilizam o convívio econômico de mais de um prestador utilizando a mesma plataforma, reduziram fortemente as barreiras econômicas que sustentavam a necessidade de exploração monopolista destas atividades e esvaziaram o peso da escala na esfera das utilidades públicas. Floriano de Azevedo Marques Neto. A nova regulamentação dos serviços públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n.1. p.1. – fev/mar./abr. 2005 – Salvador.Bahia – extraída do site: www.direitodoestado.com.br.

3. CAPÍTULO II - Concessão de Serviço Público

3.1. Introdução

Inicialmente, esclarecemos que a expressão “concessão”⁹⁵ será utilizada no presente estudo especificamente no sentido de concessão de serviços públicos.

A primeira forma jurídica de prestação de serviços públicos por particulares foram as concessões⁹⁶ e correspondeu ao momento histórico da consolidação da soberania nacional.⁹⁷

No Estado moderno, a concessão surge em meio ao pensamento liberal do final do século XVIII, aliada às dificuldades financeiras do Estado e à falta de capacitação técnica para o atendimento das necessidades básicas coletivas da época. O Estado, então, transfere para a iniciativa privada a exploração de determinados serviços públicos, por intermédio de um contrato, o que torna o particular um colaborador da administração pública.

Tal fato ocorreu sobretudo na Europa e se deveu a serviços que exigiam grandes investimentos e pessoal técnico especializado - a exemplo do transporte ferroviário, fornecimento de água e gás - encargos esses que o poder público não podia assumir; daí a razão da transferência de sua execução ao setor privado,

⁹⁵ Neste sentido, ROCHA, C.L.A. em sua obra “Estudos sobre Concessão de Serviços Públicos no Direito Brasileiro”, p. 34 adverte: “Anotese que a palavra concessão tem uso diversificado no Direito Administrativo. Aqui se cuida da concessão de serviços públicos, que se refere, fundamentalmente, à forma de prestação descentralizada dessas atividades. Mas refere-se a legislação pátria (ainda que impropriamente, inadequada ou até mesmo se poderia dizer equivocadamente) à concessão não apenas da prestação de serviços públicos, possibilitando o sistema que se conceda o uso de bem público, e, então, as características da concessão são diferentes daquelas que definem a figura de interesse neste breve estudo. Também se concedem, nos termos constitucionalmente postos (art. 174, parágrafo 4º da Lei Fundamental da República do Brasil), as atividades de pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, e ainda aqui não se estará cuidando do mesmo instituto ora epigrafado.”

⁹⁶ Os antecedentes da concessão remontam à Idade Média, mencionando-se as concessões 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 Séc. XVII, o termo *concessão* era utilizado para denominar atos de benevolência do soberano. Durante o período absolutista francês, aparece a figura de contrato de gestão de serviços públicos, e os concessionários têm poucas garantias, o que foi aos poucos sendo alterado, sendo que somente no Século XVIII ampliaram-se as garantias ao concessionário, prevendo a possibilidade de direito a uma indenização quando houvesse culpa da administração, aumento de obra, rescisão unilateral sem culpa do concessionário e ocorrência de situações imprevisíveis. Coordenação MEDAUAR, O. Concessão de Serviço Público, Revista dos Tribunais, São Paulo: 1995 pp. 11-12.

⁹⁷ OLIVEIRA, M. J. G. S., op. cit., p.94.

remunerado pela tarifa paga pelo usuário. Tinha as características do longo prazo.⁹⁸

Contudo, a partir de meados do século XIX a doutrina do Estado liberal passa a ser revista, fazendo com que ele retorne mais presente e interventor na economia; com isso, a concessão de serviços públicos perde força, até que, nos anos quarenta, quase chega a desaparecer.

A partir da década de 80 ressurgiu o interesse pela concessão, em outro contexto, porém com finalidade semelhante à que norteou sua elaboração no século XIX: execução de serviços sem ônus para a administração.⁹⁹

No Brasil não foi diferente. Com efeito, a presença das concessões remonta a longa data. Sua aplicação ocorreu ao longo do séc. XIX e início do século XX, para captação de recursos da iniciativa privada, especialmente no tocante à implantação de ferrovias.¹⁰⁰ Depois, verificou-se uma sensível redução do instituto, o que coincidiu com a ascensão das concepções de intervenção estatal direta.¹⁰¹ Esse cenário foi somente alterado na década de 90, em face da crise do Estado fiscal, ocasião em que ressurgiu a concessão como alternativa para o atendimento de necessidades coletivas.

Com efeito, a partir da Constituição de 1988, conforme prescreve o art. 175, o instituto renasce em sua forma original, ou seja, outorgado a empresas privadas e não mais estatais. A sua regulamentação deu-se pela Lei 8.987/95¹⁰².

⁹⁸ MEDAUAR, O., op. cit., p.217.

⁹⁹ Id. Concessão de Serviço Público. São Paulo: RT, 1995, p. 13.

¹⁰⁰ Nas primeiras décadas do séc. XX, a concessão foi aplicada para outros setores, especialmente no tocante à energia elétrica. Após a metade do séc. XX, porém o instituto perdeu seu prestígio. Ainda que de passagem, vale referir as lições de Bruce Baner Johnson e Outros, a propósito da história das concessões no Brasil. Após a referência à Lei Geral n. 641 de 26 de junho de 1852, que autorizava a concessão do setor de ferrovias, observam que o amplo desenvolvimento de ferrovias acabou sendo frustrado e concluem: "... a estatização das ferrovias brasileiras foi fruto das condições econômicas de sua exploração: progressivamente inviabilizadas como empresas lucrativas, ao Governo (Federal ou Estadual) só restava alternativa de estatizá-las a fim de manter em funcionamento serviço essencial a populações de várias localidades.". JUSTEN FILHO, M. Teoria Geral das Concessões, p. 52.

¹⁰¹ Id., As diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. Revista de Direito Público da Economia, RDPE, n.01 jan/fev/mar. 2003. Belo Horizonte: Editora Forum, 2003, p. 95.

¹⁰² OLIVEIRA, M. J. G. S. op. cit., pp. 96-97.

3.2. Definição legal

O artigo 175 da Constituição Federal Brasileira estabelece que *incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos*.

Embora a Constituição tenha tratado do instituto em tela, não se preocupou em conceituá-lo; tal só ocorreu com o advento da Lei Geral das Concessões, de nº 8.987/95, a qual passou a dispor em seu art. 2º, inciso II, que “a concessão de serviço público é 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”.

M. JUSTEN FILHO¹⁰³ considera, no entanto, que a definição legal é precária e insuficiente, sendo que alguns trechos da lei padecem de defeitos lógicos que descaracterizam sua própria função.

Mencionar que a concessão se dá mediante licitação não define o instituto e sim a forma como deverá ocorrer. O mesmo ocorre quanto à capacidade do concessionário: nem a sua idoneidade tampouco o prazo de duração da concessão definem o instituto.

Nessa mesma linha de raciocínio está Maria Sylvia Zanella DI PIETRO,¹⁰⁴ quando observa que o conceito legal serve apenas aos objetivos da lei, pois ele não contém todos os elementos necessários para caracterizar adequadamente essa modalidade de contrato.

Segundo essa autora, o dispositivo não se refere à concessão como contrato, nem indica a forma de remuneração que lhe é característica, a saber, a

¹⁰³ Apesar disso, tem-se reputado que a Lei 8987 teria fornecido solução suficientemente clara e precisa sobre o instituto da concessão. Não poucas vezes, invocam-se as palavras da Lei para fundamentar conclusões que, em rigor, delas não são extraíveis. Por outro lado, interpretações literais e reducionistas do instituto de concessão vêm conduzindo a impasses extremamente graves na gestão dos serviços públicos.(...) Grande parte da formulação verbal contemplada no art. 2º da Lei 8987 deve ser desconsiderada, eis que não apresenta função *descritiva (normativa)*, mas claramente prescritiva. A definição de um instituto jurídico consiste na sua individualização, o que se faz essencialmente por meio de identificação do suporte fático juridicizado e do regime jurídico derivado. Trata-se da descrição das características normativas apresentadas por uma certa figura, o que permite sua diferenciação de outros fenômenos. Eventualmente, a definição envolve também a determinação do regime jurídico que caracteriza o instituto. Mas não é possível definir e constituir o regime jurídico aplicável de modo simultâneo. Teoria Geral das Concessões, p. 54.

¹⁰⁴ DI PIETRO, M. S.Z. Parcerias na Administração Pública, p.50.

tarifa paga pelo usuário ou outra fonte de receita ligada à própria exploração do serviço.

Conclui-se, pois, que, se por um lado o conceito legal é inchado de conceitos que não lhe dão forma, por outro é pobre na substância e no conteúdo adequado a caracterizá-lo como uma concessão de serviços públicos.

Mas há doutrinadores que conseguem extrair do conceito legal de concessão características que lhe dão maior conteúdo, a exemplo do que fez Odete MEDAUAR. Se não, vejamos:

- a) Há um poder público concedente – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – em cuja competência se encontra o serviço público.
- b) A concessionária é a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que executa o serviço por sua conta e risco, por prazo determinado. Tratando-se de empresas privadas, pela concessão não se transformam em órgãos da Administração Pública, nem a integram. Se a concessão for outorgada à empresa pública ou sociedade de economia mista, haverá a condição de concessionária e, ao mesmo tempo, a de integrante da Administração indireta.
- c) A concessionária recebe remuneração diretamente do usuário do serviço, mediante o pagamento de uma tarifa.
- d) O concedente fixa as normas de realização dos serviços, fiscaliza seu cumprimento e impõe sanções ao concessionário. Além do mais, fixa e reajusta as tarifas.
- e) A concessão formaliza-se por um instrumento contratual, sendo, portanto, um tipo de contrato administrativo. Assim, os preceitos gerais sobre os contratos administrativos aplicam-se a essa figura.¹⁰⁵

Em que pese tal fato, será somente na doutrina que vamos encontrar a correta definição do instituto.

3.3. Entendimento doutrinário

E nesse contexto, é necessário iniciar destacando que um dos grandes pontos necessário ao estudo da concessão refere-se ao regime jurídico a que está inserido este instituto. Com efeito, a concessão é um instrumento pelo qual se presta serviço público. Este, por sua vez, é o núcleo da concessão¹⁰⁶. Diante disso, como já demonstramos no Capítulo I, embora se trate de pessoa jurídica de direito privado a responsável pela exploração do serviço público, a concessão é um

¹⁰⁵ MEDAUAR, O. Concessões de Serviço Público, op. cit., p.

¹⁰⁶ Logo, sobrepõe o tratamento autônomo, constitucionalmente oferecido à matéria do serviço público, e da referência especialmente posta no parágrafo único do artigo 175 da Lei Magna – que se refere ao “caráter especial” dos contratos que formalizem a delegação de sua prestação – que a natureza da atividade considerada pelo Direito como serviço público se amolda o regime jurídico sob o qual ela tem de ser executada. ROCHA, C. L. A., op. cit., p. 30.

instituto de direito público – pois seu objeto é o serviço cuja titularidade é do Estado – que não gera para o concessionário uma posição jurídica reconduzível ao direito de propriedade do Direito Civil. Ainda quando se reconheçam direitos ao concessionário e limitações à atuação do poder concedente, isso tudo não se resolve à luz do direito privado.¹⁰⁷

Mais adiante veremos que a concessão envolve uma relação triangular, travada entre poder concedente, concessionário e usuário consumidor dos serviços. Temos que, em determinadas situações, a relação entre este último e os demais sujeitos da concessão também não poderá se resolver à luz do direito privado, notadamente quando tratarmos de direitos egoísticos individuais do cidadão em detrimento dos interesses da coletividade.

Por estar contemplada na definição legal de concessão, cumpre destacar que a temporariedade da concessão é elemento essencial que lhe dá forma, posto que não se admitem concessões eternas, seja porque, ao longo do tempo, ela poderia perder a característica pública transformando-se em serviço privado, o que é inadmissível, seja porque permaneceria indefinidamente em mãos privadas, ou, ainda, ser extinta a qualquer tempo sem maiores implicações (indenizações).

A fixação de prazo não obsta à retomada antecipada pela administração pública, fundada em razões de conveniência e interesse público, independentemente da prática de ato ilícito do concessionário.¹⁰⁸

Seguindo essa linha de pensamento, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO¹⁰⁹ conceituará concessão de serviço público como sendo o instituto pelo 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 alteradas 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.

Já o professor M. JUSTEN FILHO,¹¹⁰ embora defenda a inexistência de um modelo único do instituto, o que lhe dificulta a conceituação, formula a seguinte definição: “um contrato plurilateral, por meio do qual a prestação de um

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, M., Teoria Geral das Concessões, p. 55.

¹⁰⁸ Ibid., p. 56.

¹⁰⁹ MELLO, C.A.B, Curso de direito administrativo, p.654.

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, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos”.

A exemplo de M. JUSTEN FILHO, M. S. Z. DI PIETRO¹¹¹ também considera a concessão um contrato como um “contrato administrativo pelo qual a administração pública 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”.

Por outro lado, Luiz Alberto BLANCHET¹¹² entende que não existe propriamente um ato chamado “contrato administrativo”, uma vez que aquilo que assim denominamos, a rigor, não é um ato só, pois abrange cláusulas contratuais e também cláusulas regulamentares.

Segundo esse autor, a concessão resulta de uma declaração da vontade das partes (administração pública e concessionário), o que faz com que a maioria dos estudiosos e a própria legislação utilizem a denominação “*contrato*” de concessão, de maneira imprópria, visto que as chamadas “*cláusulas*” regulamentares (também chamadas “*leis do serviço*”) não têm conteúdo contratual como as cláusulas econômico-financeiras, embora inscritas no mesmo documento (instrumento do contrato).

Para ele, o fato de se denominar *instrumento de “contrato”* não altera a natureza jurídica das “cláusulas” *regulamentares* cujo conteúdo não resulta de acordo de vontades, nem poderia resultar, uma vez que essas são frutos do exercício de uma *competência* que a autoridade não pode partilhar com o particular que deverá cumpri-la.

Em posição divergente está Lucia Valle FIGUEIREDO,¹¹³ que considera a concessão de serviço público um contrato administrativo por meio do qual o Poder Público transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, *pessoa jurídica privada*, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco.

Destaca-se que a referida autora, além de posicionar-se pelo sentido contratual do instituto, considera sua aplicabilidade tão-somente às pessoas

¹¹⁰ Teoria Geral das Concessões, p. 96.

¹¹¹ Parcerias na administração pública, p. 51.

¹¹² Op. cit, p. 27.

jurídicas de direito privado, sob o argumento de que as empresas estatais são criadas por lei, para a consecução de determinadas finalidades. E sendo possível a sua criação para esta finalidade exclusiva, ou seja, de prestação de serviços públicos, não haverá licitação. No entanto, a Lei 8.666, em seu artigo 24, inciso VIII, prescreve que, sempre que se puder proceder à licitação, deve-se fazê-lo.

E, por fim, para Arnaldo WALD,¹¹³ deve ser entendido, por concessão, o ato pelo qual o Poder Público concede, a uma pessoa física ou jurídica, o direito de explorar em seu nome e por conta própria, mediante certos encargos e obrigações, determinada atividade econômica, de interesse ou utilidade pública, durante um certo período de tempo.

O que se extrai de toda a doutrina ora transcrita, e do próprio conceito legal, indiscutivelmente, é que a concessão é um instrumento por intermédio do qual se vale o Estado para delegar ou transferir a terceiros - pessoa jurídica de direito privado ou, ainda, pessoas jurídicas de direito público - a execução de uma atividade que é lhe é própria, mantendo-se na titularidade de referidos serviços. O núcleo, o objeto, a finalidade da concessão estão na execução de serviços públicos. E exatamente por isso é que a pessoa jurídica que se submeter a aceitar a prestação de serviços públicos através de tal instituto estará sujeita a observar todos os princípios e restrições típicos de tais atividades.

Se o serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos, como já foi comentado no tópico anterior, isso significa que o instrumento criado pela lei para a execução de tais serviços deverá necessariamente seguir essa mesma linha. Suas cláusulas não poderão, por exemplo, violar princípios fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana. Esse é o norte necessário para o entendimento da concessão, antes mesmo de se aventurar em qualquer discussão doutrinária a respeito de sua natureza jurídica, o que se diz sem nenhum menosprezo ao debate acerca do tema

¹¹³ Curso de Direito Administrativo., p.64.

¹¹⁴ O direito de parceria e a nova lei de concessões. São Paulo:RT, 1996, p. 50

3.4. Concessão antecedida de obra pública

Cumpre esclarecer que existem modalidades diferenciadas de concessão de serviços públicos. É o caso da concessão precedida de uma obra pública.

Nesta hipótese, a prestação dos serviços públicos depende da execução precedente de uma obra. Para tanto, serão necessários investimentos do Poder Público.

Tome-se como exemplo o serviço público de energia elétrica. Existe uma queda d'água de domínio público e a energia hidráulica correspondente será utilizada para gerar energia elétrica.¹¹⁵

Para que o concessionário possa assumir o serviço público em questão, será necessária primeiramente a realização de uma obra para edificar uma usina hidroelétrica no local. Feito isso, será possível gerar energia elétrica.

Ao final da concessão, a obra reverterá ao patrimônio público.

3.5. Natureza jurídica

A discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica da concessão envolve basicamente as seguintes correntes: há os que defendem e entendem ser a concessão um ato unilateral do Estado, os que defendem a idéia de que a concessão tem característica contratual e, por último, os que pregam uma teoria mista, impregnada de ambos os entendimentos.

Com efeito, entender a concessão como ato unilateral do Estado implica, necessariamente, negar o caráter contratual dela. Nessa hipótese, o concessionário se restringiria a aceitar as condições estabelecidas pela administração pública. Aqui a natureza da concessão se assemelharia ao vínculo estatutário mantido com o servidor público. A circunstância de um particular dispor-se a ser investido num cargo público não dá à nomeação, produzida pelo Estado, uma natureza contratual. Portanto, a concessão envolveria dois atos unilaterais, um do Estado e outro do particular. Esses atos manteriam sua autonomia, sem se fundirem entre si.¹¹⁶

¹¹⁵ O exemplo é de JUSTEN FILHO, M. Teoria Geral das Concessões, p. 97.

¹¹⁶ Ibid., p. 156.

José CRETELLA JÚNIOR¹¹⁷ subdivide essa corrente em dois grupos: no primeiro, considera-se que na concessão há um ato unilateral, porque as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pela administração pública, o que coloca as partes em posição de desigualdade; já, no outro grupo, seriam dois atos unilaterais: um de império da administração e outro do particular. A administração fixa as condições que, posteriormente, provocam a declaração de vontade do particular.

Quanto à concepção contratual da concessão, há que se ressaltar que, mesmo nesta categoria de pensamento, existem subdivisões de doutrinadores que optam por inúmeras espécies contratuais distintas, aplicáveis à concessão. Para alguns, a concessão se constitui em contrato de direito privado; para outros, em contrato de direito público, ou, ainda, em contrato de direito misto.

Por fim, o entendimento da concessão como um ato misto admite a natureza contratual do instituto, porém, com certas limitações. A fixação da equação econômico-financeira seria um aspecto consensual da concessão, que lhe daria os contornos de um contrato, o que não ocorre com as determinações das condições da prestação de serviço, que sempre se dão por ato unilateral do Estado.

Com efeito, não se pode deixar de considerar que a concessão comporta uma parcela de acordo de vontades entre as partes – poder concedente e concessionário. O concessionário não se submete integralmente à vontade do Estado. Para assumir a prestação de um serviço público, peculiar, submetido a um regime de direito público, consagrador de prerrogativas e restrições, o concessionário estabelece seu preço por meio de uma proposta apresentada na fase licitatória. A concessão somente lhe poderá ser outorgada mediante a observância de tal proposta.

Nas sábias palavras do professor M. JUSTEN FILHO,¹¹⁸ a existência das chamadas “cláusulas exorbitantes” ou o poder regulamentar do Estado não eliminam esse fator consensual. Mais ainda, a opção por uma teoria “contratual” não significa afirmar a identidade entre concessão e qualquer outro contrato.

Segundo o citado professor, quando se defende a natureza “contratual” da concessão, não se está reconhecendo a aplicabilidade do conceito de contrato, tal como foi desenvolvido e aperfeiçoado no campo do direito privado. Até porque se

¹¹⁷ Apud DI PIETRO, M. S. Z em Curso de direito administrativo, p. 275.

¹¹⁸ Teoria Geral das Concessões,, p. 156

trata de um instituto de direito público, sujeito ao princípio da legalidade, não sendo possível, portanto, falar-se no princípio da plena autonomia de vontade das partes.

Interessa sobremaneira, ao presente estudo, o entendimento de que a margem de liberdade reservada ao contrato de concessão é constrangida pelas regras contidas no edital de licitação, o que significa dizer que o contrato não poderá ser incompatível com as normas legisladas e tampouco com o edital.¹¹⁹

Insere-se nesse contexto de normas legisladas o Código de Defesa do Consumidor, ou seja, o contrato de concessão não poderá violar as normas contidas neste diploma legal.

Tal não significa dizer que o interesse egoístico do cidadão, usuário consumidor, poderá sobrepor-se aos interesses da coletividade, ou seja, se na sua integralidade o contrato atende aos anseios da sociedade como um todo, mas viola direito individual de determinado consumidor, previsto no CDC, então não poderemos falar de incompatibilidade de normas.

Não se pode esquecer que o núcleo da concessão discutida no presente trabalho é a prestação de serviços públicos, a qual, em que pese ter o dever de considerar as condições e as diferenças sociais dos usuários, é obrigada a observar o atendimento universal, de modo a possibilitar o acesso a tais serviços a todos. Entendemos que a universalidade é o princípio pilar do serviço público e é isso que o diferencia de qualquer outro serviço, previsto no CDC.

3.6. Aspectos Gerais

Para melhor entendimento do instituto, abordamos, neste tópico, aspectos gerais da concessão. Pois bem, como vimos, a concessão envolve interesses de natureza pública e privada. Em razão desse fato, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, também se reconhece a existência de um subsistema normativo que a regula, caracterizado pela existência de regras específicas, ordenadas de modo peculiar e segundo princípios determinados,¹²⁰ e ao mesmo tempo orientado por princípios constitucionais. Ressalta-se que a atividade do poder concedente é regulada pelo artigo 37 da Constituição Federal.

¹¹⁹ Teoria Geral das Concessões., p. 157.

¹²⁰ Id., , p. 289.

De acordo com M. JUSTEN FILHO, *a composição harmônica de interesses públicos e privados* é um subprincípio fundamental desse subsistema e que atribui identidade à concessão. Segundo ele, a concessão é um instrumento de composição dialética entre princípios e interesses de diversa ordem.¹²¹

Dessa assertiva decorre que é imprescindível, sem o que não é possível compreender o regime jurídico da concessão, o entendimento dos interesses de todas as partes envolvidas na relação.

A coexistência harmônica de interesses implica a coexistência de princípios de certo modo antagônicos. Assim se diz, porque o princípio que norteia a concessão de serviços públicos é o da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Tal princípio, porém, no âmbito das concessões, se integra ao princípio fundamental da iniciativa privada que é o da intangibilidade da propriedade privada, bem como com o princípio básico da sociedade, qual seja, a satisfação das necessidades essenciais.

Cada um desses princípios sofre limitações, sob certos aspectos, e extensões, sob outros.¹²²

Tal consideração é muito importante para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, conforme assegura o artigo 22 desse diploma.

Observa-se, por exemplo, que o consumidor terá direito à prestação de serviços públicos ininterrupta, desde que efetue a contraprestação pelos serviços, pois admitir tal como verdadeiro seria violar o direito do concessionário à sua remuneração. Nessa hipótese não se poderia falar em convivência harmônica.

Diante disso, a concessão deve ser entendida não como uma manifestação unilateral da atividade administrativa do Estado, mas como uma integração de interesses, que, em última análise, devem convergir para a obtenção de um serviço adequado, prestado de modo oneroso e custeado por tarifas módicas.

¹²¹ Teoria Geral das Concessões, p. 290.

¹²² Por isso, o poder concedente dispõe da prerrogativa de introduzir modificações no conteúdo do vínculo e, mesmo, intervir no controle do concessionário, tal como lhe incumbe reprimir condutas inadequadas dos cidadãos. Mas a supremacia e indisponibilidade do interesse público não garantem ao poder concedente a possibilidade de eliminar o lucro privado ou de impedir a fruição do serviço público pelos usuários. Todas as competências do poder concedente têm de ser exercitadas de molde a preservar a essência dos princípios que norteiam o regime jurídico da propriedade privada e da satisfação das necessidades essenciais. Id., ob. cit., p. 290.

É necessário abordar, também, aspectos da natureza regulamentar da concessão. Como já foi dito, a concessão não altera o regime jurídico aplicável à prestação dos serviços públicos, ou seja, o serviço não se transforma em privado porque a sua prestação é executada por uma empresa privada. O serviço público, do mesmo modo, não perde as suas características em razão da delegação.

As regras relativas às condições da prestação do serviço são fixadas unicamente pelo Estado, que as estabelece já no edital de licitação.

Essa parte regulamentar da concessão, que diz respeito à forma de gestão do serviço, consta das chamadas **cláusulas regulamentares** do contrato de concessão. Elas definem o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários etc. Ainda que constem do contrato, mantém-se sua natureza regulamentar e não contratual.¹²³

O concessionário atua perante terceiros como se fosse o próprio Estado. Justifica-se, desse modo, o poder/dever de o Estado retomar os serviços concedidos, a qualquer tempo e independentemente do prazo previsto para a concessão.¹²⁴ Do mesmo modo, o Estado está legitimado para fiscalizar e interferir nas atividades do concessionário, podendo, inclusive, modificar as regras da prestação, notadamente em face do princípio da mutabilidade do serviço público.

Observa-se que a modificação, pelo Estado, das condições da prestação dos serviços públicos, primeiramente, deverá atender os interesses coletivos. M. JUSTEN FILHO afirma¹²⁵ que o particular – o concessionário – não poderá opor-se a essas alterações, técnicas ou jurídicas, sempre que o Estado demonstrar as razões para tanto. Assim se expressa ele:

“[...] o exercício pelo Estado da sua competência regulamentar gera efeitos jurídicos que o vinculam – não no sentido de exaurimento da competência ou de impossibilidade de alteração superveniente das condições regulamentares da prestação do serviço, mas na acepção de que os particulares aceitaram disputar a concessão e assumir a prestação do serviço *em vista e nos limites* das condições fixadas pelo Estado. A variação das condições regulamentares da prestação do serviço afeta a posição jurídica do particular.
[...]

¹²³ DI PIETRO, M. S. Z, Parcerias na administração pública, p. 53.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, M., RDPE, p. 101.

¹²⁵ Id., Teoria geral das concessões, p.300.

Dito isso em outras palavras, a titularidade da competência regulamentar dos serviços públicos não legitima que o Estado acene com grandes vantagens econômicas a um particular e, depois de formalizada a outorga, promova sua supressão.¹²⁶

Veremos adiante que qualquer discussão iniciada pelo consumidor relativamente à concessão de serviços públicos, cujo resultado acabe na alteração das condições regulamentares, *poderá* implicar alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que, posteriormente, deverá ser restabelecido.

Outro aspecto importante da concessão diz respeito à sua finalidade. Ela tem por finalidade precípua assegurar a prestação de serviço público adequado.

É o que estabelece o artigo 6º da Lei 8.987 e, segundo M. JUSTEN FILHO, pode ser generalizada para indicar o atributo essencial que se exige dos serviços públicos.¹²⁷

Contudo, em que pesem os parâmetros legais, há de se considerar a dificuldade de conceituação do que venha a ser um serviço adequado. Assim se diz, porque não se pode considerar que os requisitos contidos na norma legal por si sós já exauzem as necessidades do cidadão/usuário, relativas a um serviço adequado. Também serão *adequados* os serviços que, em face das circunstâncias, possam ser reconduzidos ao conceito, na acepção de terem sido adotadas as precauções viáveis em face das condições materiais e humanas.¹²⁸

Trata-se de um conceito indeterminado a ser moldado de acordo com as circunstâncias, isso porque a dinâmica e a evolução da sociedade conduz a uma mutabilidade constante das necessidades humanas.

Ainda no âmbito do serviço adequado, é interessante trazer ao debate as considerações de M. JUSTEN FILHO ¹²⁹a respeito da adequação como uma

¹²⁶ JUSTEN FILHO, M. Teoria Geral das Concessões, p. 300.

¹²⁷ “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. § 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. § 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, M., Teoria Geral das Concessões, p. 305.

¹²⁹ Ibid, p. 305.

relação entre vantagens e encargos fruídos pelo usuário. Segundo o autor, é preciso ter em mente que a exigência de um serviço absolutamente perfeito equivale a produzir elevação do valor pago pelos usuários. Tal poderia acarretar a existência de um serviço de mais elevada qualidade, de que não poderiam usufruir os usuários por carências de condições econômicas.

Ou seja, nessa hipótese, um serviço de absoluta qualidade, mas de alto custo, poderia não ser considerado adequado, pois não atenderia as necessidades do cidadão.

Trata-se de uma avaliação econômica, que, nos dizeres do autor, apresenta limites estabelecidos pelo valor fundamental da dignidade da pessoa humana. Uma tarifa reduzida cobrada como contraprestação por um serviço público modesto, atenderia ao conceito de serviço adequado, desde que correspondesse ao mínimo necessário à satisfação das necessidades coletivas, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Do ponto de vista técnico-econômico, o serviço, para ser adequado, deve corresponder à necessidade que motivou a sua instituição e deve, nos termos do art. 6º, ser regular, contínuo e seguro.

A regularidade está atrelada à uniformidade dos serviços, em termos de qualidade e quantidade.

Já a continuidade impõe ao concessionário a prestação de serviços ininterruptos. Por essa obrigatoriedade é que se justifica, na visão de DI PIETRO,¹³⁰ a imposição de prazos rigorosos ao contratado, a aplicação das teorias pertinentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (imprevisão, fato príncipe e fato da administração), que têm por objetivo permitir ao contratado a continuidade do serviço, a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus*¹³¹ contra a administração, o reconhecimento de certos poderes para a administração, como o de encampação, intervenção, ou, ainda, uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa concessionária e, por último, a reversão dos bens da concessionária para o poder concedente.

¹³⁰ Parcerias na administração pública, p. 54.

¹³¹ ...essa proibição é aplicada de forma mais rigorosa no caso da concessão porque a Lei 8987, no art. 6º, par. 3º, previu as únicas hipóteses em que é possível a interrupção válida do serviço: razões de ordem técnica ou segurança das instalações e inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade de modo que, em caso de descumprimento do contrato pelo poder concedente, caberá ao concessionário dar continuidade ao contrato, pleiteando

Para que os serviços sejam adequados, o concessionário deve observar o dever de segurança, tomando todas as cautelas possíveis para evitar colocar em risco a integridade física dos usuários e não usuários dos serviços públicos.

Do mesmo modo, o concessionário deve prestar os serviços a todos os potenciais interessados, ou seja, universalizar a oferta do serviço. É o requisito da generalidade previsto no conceito legal de serviço adequado. M. JUSTEN FILHO¹³² caracteriza a generalidade quando se oferta o serviço ao maior número possível de usuários, abrangendo todas as manifestações de necessidade, sem discriminações incompatíveis com o princípio da isonomia.

A cortesia deverá permear a prestação dos serviços públicos, sob pena de não ser considerada eficaz. O concessionário deverá agir com respeito à dignidade da pessoa humana e fornecer tratamento civilizado.

O interesse público também exige atualidade na prestação dos serviços públicos, inclusive para autorizar o exercício de poderes de modificação ou extinção unilateral da concessão.¹³³

Quanto a esse ponto, cabe ressaltar que os custos decorrentes da atualização dos serviços públicos são arcados pela comunidade, fato que merece uma necessária reflexão. Eventualmente, até se poderia admitir que a ausência de atualidade seria contrabalançada pela modicidade da tarifa,¹³⁴ requisito que também compõe o conceito legal de serviço adequado.

Destaca-se, por fim, que devemos olhar para a concessão como um sistema distinto das demais contratações do Estado, sujeita a regras e princípios específicos, consoante descrito na Lei 8.987.

3.7. Remuneração do Concessionário

O entendimento da sistemática da remuneração do concessionário, nos termos da lei e da doutrina, é fundamental para o presente estudo, notadamente porque se trata de contraprestação efetivada pelo consumidor, usuário do serviço público.

rescisão amigável ou judicial (art. 39), com indenização por perdas e danos; DI PIETRO, M. S. Z., *Parcerias na administração pública*, p.54.

¹³² Teoria Geral das Concessões, p. 306.

¹³³ Ibid., p. 307.

¹³⁴ Ibid., p.307.

Pois bem. Como foi dito acima, para caracterização da concessão de serviço público é necessário que o concessionário se remunere pela exploração do próprio serviço concedido, o que ocorre, em geral, pela cobrança de tarifas dos usuários. Há casos, a exemplo das concessões de rádio e televisão, em que a remuneração é feita pela divulgação das mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes, mas, ainda assim, o concessionário explora o próprio serviço concedido.

Também não há impedimento de que a tarifa seja parcialmente subsidiada pelo poder concedente, posto que é constitucionalmente impossível estabelecer uma vedação absoluta do subsídio estatal aos serviços públicos,¹³⁵ embora esta não seja a regra. Do mesmo modo não há impedimento de que sejam previstas fontes alternativas de receitas, complementares ou acessórias visando favorecer a modicidade das tarifas. Até porque a própria lei de concessões prevê em seu artigo 11.

A professora Maria Silvia Zanela DI PIETRO¹³⁶ diz que, como a concessão de serviço público é remunerada mediante tarifa paga diretamente pelo usuário ou com receitas decorrentes da exploração do serviço concedido, sua utilização está restrita aos serviços públicos prestados aos usuários que admitam uma exploração comercial, onde exista uma possibilidade de produção de renda em favor do concessionário.

A principal fonte do concessionário do serviço público é a tarifa, a qual deve ser módica, ou seja, acessível a todos os usuários, de modo a não onerá-los excessivamente. De acordo com o artigo 9º da Lei 8.987, ela será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na lei, no edital e no contrato.

O contrato de concessão pode prever fontes alternativas de receitas, a exemplo da utilização de áreas de subsolo, áreas contíguas a obras públicas etc.

Segundo Antonio Carlos CINTRA AMARAL,¹³⁷ a tarifa deve refletir a composição: custos, mais lucro, mais amortização de investimentos; menos receitas alternativas, complementares ou acessórias ou ainda de projetos associados.

¹³⁵ Marçal Justen, Teoria Geral, op. cit., p. 335.

¹³⁶ Curso de Direito Administrativo, op. cit., p. 281.

¹³⁷ Apud MELLO, C. A. B., Curso de direito administrativo, p. 682.

A remuneração do concessionário, nos dizeres de M. JUSTEN FILHO,¹³⁸ corresponderá à diferença entre o custo necessário a produzir e a comercializar o serviço público e o preço correspondente por ele auferido como resultado da exploração.

Ocorre que, indiscutivelmente, o preço cobrado pelo concessionário para exploração dos serviços é proporcional ao risco da concessão. Tal consideração significa dizer que aquela idéia tradicional de que na concessão o particular assume a prestação dos serviços por sua conta e risco deve ser mais bem avaliada.

Os riscos do concessionário são limitados, pois o insucesso da concessão é prejudicial ao interesse coletivo à medida que certamente acarretará a suspensão dos serviços.

“Pode-se dizer, então, que uma concessão até pode ser modelada de modo a transferir para o concessionário riscos ilimitados. Não seria despropositado defender a possibilidade de até mesmo os riscos extraordinários serem impostos ao concessionário.

Mas o resultado prático seria a frustração do interesse público. A solução de impor ao concessionário que arque com os efeitos negativos de todo e qualquer evento gerará a elevação relevante dos custos da transação.

Disso resultará que o empresário privado será obrigado a alocar verbas não para a prestação do serviço, mas para fazer face a um possível inadimplemento dos usuários. O aumento do custo traduzir-se-á nas tarifas. Como decorrência, todos os usuários pagarão mais do que seria necessário para compensar os riscos de inadimplemento.

Mas não se pode afastar a possibilidade de que os empresários mais cautelosos – que são, muitas vezes, os mais sérios e responsáveis – simplesmente se neguem a aplicar seus recursos num negócio destinado ao insucesso. Isso produzirá, quando menos, a redução da competição pela outorga, o que acarretará efeitos perniciosos evidentes.

Esse é o motivo pelo qual a Constituição Federal tutelou a equação econômico-financeira dos contratos administrativos: reduzir os custos de transação, do que derivam efeitos benéficos para a coletividade e a cada usuário do serviço público.

Logo, a redução do risco do concessionário de serviços públicos é uma condição para obtenção do maior número de interessados em participar da licitação e para viabilizar ofertas mais vantajosas possíveis.¹³⁹

Outro aspecto controvertido no âmbito da remuneração dos serviços públicos diz respeito à sua natureza jurídica. Assim se diz porque existem duas categorias consideradas pela doutrina, que respondem pela natureza da remuneração dos serviços públicos, que são: a taxa e a tarifa.¹⁴⁰

¹³⁸ Teoria Geral das Concessões, p.332

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Teoria Geral das Concessões, p. 334

¹⁴⁰ As receitas públicas, assim compreendidas as entradas que se integram ao patrimônio público sem qualquer reserva, são classificadas por Aliomar Baleeiro em *receitas originárias ou de direito privado*, e *receitas derivadas ou de direito público*. As primeiras, distintamente das últimas, são

Cumpra esclarecer que, a rigor, tarifa não seria sinônimo da expressão “preço público”. Antes, designa uma tabela de preços (e não os próprios preços). Sem embargo, como ensina Luiz Alberto BLANCHET, na prática nada impede o uso das duas expressões como sinônimas.¹⁴¹

Para alguns doutrinadores, a remuneração, ainda que prestada por concessionária, é *taxa*, espécie de tributo, e não *tarifa*.

Segundo Dinorá Adelaide Musetti GROTTI,¹⁴² na visão dos juristas adeptos dessa tese, seria inaceitável a concepção quanto à natureza de preço público atribuída ao quanto pago pelo usuário do serviço público, por constituir uma autêntica distorção, à medida que, mediante sua instituição, se pretende submeter a remuneração pela prestação de um serviço público a regras próprias do direito privado, procedimento não autorizado constitucionalmente, conforme o teor do artigo 145,¹⁴³ inciso II, da Constituição Federal.

Nessa linha de pensamento está Roque CARRAZA,¹⁴⁴ ao considerar que taxas são tributos que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal,

realizadas sem a nota de coação. As *receitas originárias*, ou voluntárias, compreendem ingressos a título gratuito (doações pura e simples, bens vacantes, prescrição aquisitiva, etc.) e a *título oneroso* (preços quase privados, preços públicos e preços políticos). De outra banda, as *receitas derivadas ou coativas* compreendem os tributos (taxas, contribuição de melhoria, impostos e contribuições parafiscais) as multas, penalidades e o confisco, e as reparações de guerra. SAVARIS, J. A. Pedágio Pressupostos Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004, p. 57.

¹⁴¹ O que não se pode confundir, segundo o professor paranaense, é taxa e tarifa, SAVARIS, J. A. op. cit., p. 58. O mesmo autor, esclarece mais detalhadamente o conceito de preço público, na página 57 da obra, veja-se: Segundo Molina, o conceito de preço público foi elaborado por Einaudi, no âmbito da economia financeira, como um mecanismo de financiamento das empresas públicas e se caracterizava por quatro notas: 1) a entidade que fornece o bem ou o serviço deve ter natureza pública; 2) o preço deve produzir ingresso global igual ao custo total de produção do bem ou serviço; 3) o conjunto dos ingressos por meio de preços públicos deve ser inferior ao que se obteria mediante preços de mercado; 4) o serviço deve ser inteiramente divisível em unidades de venda, de modo que, segundo o interesse público, alguns usuários pagarão um preço superior ao custo de produção do serviço, ao passo que outros se beneficiarão de tarifas reduzidas. Ainda para Einaudi, agora referido por Baleeiro, os preços são classificados em quase privados, públicos e políticos. O preço quase privado “*forma-se, como os da economia privada, segundo as condições do mercado em regime de concorrência, mas incidentalmente garante um fim público*”. O preço privado, “*apesar de anacrônico*”, encontra “*vasto cabimento nas indústrias do Estado em regime de competição com usinas particulares. É o caso dos minérios da Companhia Vale do Rio Doce ou dos laminados da Cia Siderúrgica Nacional etc., no Brasil.*” O preço público “*é fixado de modo que cubra toda a despesa com o serviço que justifica a cobrança*”, ao passo que, finalmente, o “*preço político é o preço insuficiente para suportar a despesa do serviço ou produção da coisa, cobrindo-se a diferença pelos recursos hauridos nos impostos.*”

¹⁴² GROTTI, D. A. M. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. 1ª ed. Coleção Temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003., p. 226.

¹⁴³ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) 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”.

¹⁴⁴ Apud GROTTI, D. M. op. cit., p. 227.

diretamente referida ao contribuinte. Essa atuação, consoante prevê o artigo 145, inciso II da CF (regra matriz das taxas), pode consistir ou num serviço público ou num ato de polícia. Para ele, taxa de serviço é, pois, o tipo de tributo que tem por hipótese de incidência uma prestação diretamente referida a alguém. Considera, ainda, que não há diferenciação dessa sistemática quando o serviço público é delegado à iniciativa privada.

Do mesmo modo posiciona-se Geraldo ATALIBA¹⁴⁵. Para ele a Constituição Federal previu a taxa, como uma espécie de tributo adequado a promover a remuneração dos serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao sujeito ou colocados à sua disposição, não havendo, como muitos supõem, liberdade para o legislador decidir se a prestação de dado serviço público divisível e específico será remunerada ou não.

Cumprido, neste contexto, transcrever as diferenciações entre taxa e tarifa ou preço, muito bem sintetizadas por Sasha Calmon NAVARRO COELHO:¹⁴⁶

a) O preço decorreria de livre encontro das vontades (contrato). A taxa – espécie tributária – proviria da vontade da lei (tributo). O primeiro é autônomo, a segunda heterônoma. b) No preço predominaria a “facultividade”, na taxa – tributo – a ‘compulsoriedade’. c) No preço, de origem sempre contratual, haveria a possibilidade do ‘desfazimento do pactuado’ e, ainda, antes disso, a cobrança só é possível após a acordância do usuário. Na taxa, ao revés, predominaria a vontade da lei, e a obrigação, às vezes existindo apenas 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 sujeitada aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade ou anualidade. f) Os preços seriam do *jus gestionis*, e as taxas do *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 ao seu regime”.

¹⁴⁵ Apud GROTTI, D. A.M, op. cit., p. 227.

Para o ilustre juiz federal José Antônio SAVARIS,

“taxa e preço são duas figuras jurídicas fundamentalmente distintas. A primeira é um tributo. A segunda é uma prestação devida pelo usuário de um serviço ou de um bem. Como tributo, a taxa emana da vontade da lei, do juízo lógico existente entre a hipótese de incidência e o comando normativo. Encontra-se no domínio público. O preço se acha no foro da manifestação da vontade, na equação entre oferta e a demanda, própria da seara privada”.¹⁴⁷

Essa discussão, já na visão de M. JUSTEN FILHO, deve ser resolvida no âmbito do regime jurídico da prestação dos serviços públicos.

Assevera o autor que a prestação de serviços públicos por meio de uma concessionária, empresa privada, embora permaneça norteadada pelo regime jurídico de direito público, admite um dado novo que é o da lucratividade, pois o particular tem assegurado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.¹⁴⁸

Afirma M. JUSTEN FILHO que a

“concessão estrutura-se sobre pressuposto de uma modalidade de remuneração norteadada por princípios distintos dos que disciplinam a remuneração do serviço desempenhado pelo próprio Estado. O concessionário tem direitos perante o Estado, no tocante a remuneração pela prestação dos serviços públicos, que se retratam na impossibilidade de modificação da equação econômico-financeira do contrato, na garantia do lucro e na recomposição de valores”.¹⁴⁹

Diante desses argumentos, a remuneração estaria submetida a um regime jurídico específico que, por sua vez, está sujeito a alterações a qualquer tempo, o que, sem dúvida, se distingue do regime jurídico tributário, inerente à taxa. E, muito embora a outorga do serviço público a particulares não altere o regime jurídico do serviço, altera, por outro lado, o regime jurídico da remuneração do serviço público.

Esse argumento é rebatido por SAVARIS,¹⁵⁰ ao alegar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não seria impraticável se acobertado pelas garantias tributárias, especialmente pela anterioridade e pela legalidade. No seu entendimento, o reajuste anual por lei não inibiria a adequada recomposição do valor da taxa. A preservação do equilíbrio econômico-financeiro não consiste em

¹⁴⁶ Apud Dinorá, op. cit., p. 228.

¹⁴⁷ op. cit., p. 58.

¹⁴⁸ Teoria Geral, op. cit., p. 346.

¹⁴⁹ Teoria Geral, op. cit., p. 346.

um princípio que reina absoluto sem possibilidade de mitigação. Para tanto, toma como exemplo os benefícios da seguridade social, que recebem proteção constitucional para que seus valores reais sejam preservados em caráter permanente. Essa proteção é alcançada pela atualização anual (Lei 8.213/91, art. 41, inciso III, na redação da MP 2.022-17, atual 2.187-13, em vigor nos termos do art. 2º da EC 32, de 11.09.2001); mesmo em se tratando de verbas de caráter alimentar, são adequadamente atendidas.

Como se vê, a discussão¹⁵¹ está longe de ser resolvida e, no dizer de José Antônio SAVARIS, “é uma das chagas que os teóricos do direito não conseguem ligar. E isso porque depende de uma criteriosa distinção entre taxa e preço, que, como anota Sacha Calmon, é *uma das esquinas tributarísticas*, um *verdadeiro sorvedouro de teses e critérios*”.¹⁵²

Destaca-se que essa diferenciação é base para parte da doutrina brasileira, no âmbito do estudo dos serviços públicos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme trataremos mais detidamente no Capítulo III.

A título de breve esclarecimento, pois abordaremos esse assunto em item subsequente, esclarece-se que parte da doutrina se posiciona extensivamente, entendendo que as normas contidas na legislação consumerista se aplicam, indistintamente, a qualquer serviço público. No entanto, há os que se posicionam pela aplicabilidade apenas aos serviços públicos *uti singuli*, prestados direta ou indiretamente pelo Estado, mediante o pagamento de remuneração específica por meio das tarifas. Para essa corrente, os serviços públicos prestados *uti universi*, mantidos pelos tributos gerais, não seriam abrangidos pelo CDC.

3.8. O equilíbrio econômico-financeiro

Um dos princípios mais relevantes a serem observados em uma relação de concessão de serviço público é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

¹⁵⁰ op. cit., p.71

¹⁵¹ Acrescente-se ainda, o entendimento consubstanciado na Súmula 545 do STF: “preços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária em relação à lei que as instituiu.” Dita súmula refere-se à compulsoriedade do serviço, ou seja, quando a fruição pelo usuário for compulsória estaríamos diante de uma taxa e quando facultativa, preço público ou tarifa. Observe-se que na visão de GROTTI, D. A. M., este seria o critério mais seguido pela doutrina. op. cit., p. 232.

¹⁵² op. cit., p. 59

Pode-se, dizer, inclusive, que esse princípio garante a própria continuidade da relação de concessão, de modo que a sua inobservância pode tornar materialmente impossível o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes contratantes.¹⁵³

O tema também é muito importante no âmbito do presente estudo, posto que eventuais alterações contratuais decorrentes da aplicabilidade das normas consumeristas aos contratos de concessão de serviços públicos somente serão cabíveis quando presente a manutenção da equação econômico-financeira, conforme veremos adiante.

A equação econômico-financeira é a contrapartida que o particular, concessionário de serviços públicos possui, pela intervenção e ingerência direta do Estado, sobre os serviços a serem prestados.

Tal significa dizer que, à medida que o Estado disciplina os encargos e delimita as vantagens de que o concessionário pode usufruir, amplia-se a vinculação estatal quanto ao destino do empreendimento.¹⁵⁴

Do contrato de concessão decorrem encargos e vantagens, bem como direitos e deveres para ambas as partes contratantes.

A relação havida entre os encargos e vantagens deve ser igualitária e mantida em equilíbrio. Segundo M. JUSTEN FILHO,¹⁵⁵ “a expressão equilíbrio esclarece que o conjunto de encargos é a contrapartida do conjunto das retribuições, de molde a caracterizar uma equação – sob o prisma puramente formal”.

Além do dinheiro, tal equação abrange, também, o prazo estimado e a periodicidade para o pagamento, bem como qualquer outra espécie de vantagem. E, no âmbito dos encargos, com ela se integram todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração.

É interessante destacar algumas diferenciações encontradas na doutrina de M. JUSTEN FILHO¹⁵⁶ a respeito da equação econômico-financeira.

A primeira delas refere-se ao conceito de lucro. Segundo o autor, equação econômico-financeira não se traduz em lucro auferido pelo concessionário ou resultado econômico do contrato de concessão. Aquela trata

¹⁵³ SANTOS, J. A. A. Contratos de Concessão de Serviços Públicos – Equilíbrio Econômico-Financeiro, 1ª. Ed. Curitiba:Juruá, 2004, 129.

¹⁵⁴ JUSTEN, M. Teoria Geral das Concessões, p. 382.

¹⁵⁵ Ibid., p.388.

¹⁵⁶ Ibid., p. 388.

apenas de uma relação entre encargos e vantagens, os quais, na análise de caso concreto, poderão ser harmônicos e equivalentes, porém sem resultado lucrativo para o concessionário.

M. JUSTEN FILHO considera que, diante disso, não poderá o concessionário invocar um direito ao lucro. O que lhe é assegurado é a manutenção da relação original entre encargos e vantagens. O resultado lucrativo será outra questão.¹⁵⁷

A segunda diferenciação refere-se à equação econômico-financeira e o equilíbrio empresarial. A equação prende-se unicamente ao contrato administrativo em si, enquanto que o equilíbrio empresarial envolve um resultado geral da empresa. Este poderá estar em desequilíbrio, porém o contrato permanecer intocável no aspecto da equação econômico-financeira.

O aspecto contratual da concessão é a equação econômico-financeira. Esta parte é imutável, ou seja, não pode ser unilateralmente alterada pelo poder concedente. São as ditas cláusulas econômicas, onde as partes fixam a remuneração do serviço, o prazo da concessão, suas formas de extinção e outras condições que a lei não as tenha fixado.

Muito embora disponha o Estado de liberdade, desde que conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço, está adstrito ao elemento verdadeiramente contratual da concessão que é o equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, se ocorrer alteração nas cláusulas regulamentares que afetarem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão será necessário reajustar as cláusulas econômicas a fim de adequar as tarifas aos novos encargos do concessionário.

Segundo Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO,¹⁵⁸ toda vez que o Estado alterar a igualdade da relação entre encargos e vantagens, modificando a grandeza do ônus do concessionário, terá que recompor este último economicamente.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Teoria Geral das Concessões, p. 389.

¹⁵⁸ Op, p. 684.

¹⁵⁹ O STF já firmou entendimento também neste sentido: “Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao concessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido. MS 17957, RTJ 46/146”.

A imagem da balança com dois pratos, contendo, de um lado, as vantagens e, de outro, os encargos representa perfeitamente a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Sempre que um dos pratos estiver mais pesado, haverá desequilíbrio.

SUNFELD, ao tratar do tema, afirma que “o regime jurídico dos contratos da administração, no Brasil, compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo, ao contratado, o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e, à administração, o dever de rever o preço quando, em decorrência de ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual) e de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato.”¹⁶⁰

Por essa razão é que se afirma que a intangibilidade da equação econômico-financeira é princípio fundamental do contrato administrativo de concessão de serviços públicos.¹⁶¹ No entanto, tal não significa afirmar que as condições contratuais são imutáveis. Lembre-se que o regime jurídico a que se submete este contrato é de direito público, consagrador de prerrogativas e restrições, que admite modificações unilaterais pela administração pública, obviamente ressaltando-se os direitos do contratado.¹⁶²

Além da hipótese de modificação unilateral pela administração pública, a intangibilidade da referida equação estará presente, do mesmo modo, quando a relação original entre vantagens e encargos for afetada por eventos supervenientes imprevisíveis ou, embora previsíveis, de consequências incalculáveis.¹⁶³ É o que dispõe o artigo 65, inciso II, aliena “d” da Lei 8.666.

¹⁶⁰ Apud JUSTEN, M. Teoria Geral das Concessões, p. 391.

¹⁶¹ A consagração do princípio do equilíbrio econômico-financeiro nas relações jurídicas contratuais de concessão de serviço público atende a duas finalidades distintas, que convergem em razão da condição de parceiro que detém o particular contratante na prossecução do interesse público. Do ponto de vista financeiro projetado quando da elaboração da proposta no procedimento licitatório que antecedeu a contratação. Do ponto de vista da Administração e da coletividade, contribui para o exercício da função de realização interesse público e para a continuidade dos serviços. SANTOS, J. A. A., op. cit., p. 136.

¹⁶² Art. 58, I da Lei de Licitações: O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

¹⁶³ Ob.cit, p. 392.

A intangibilidade da equação econômico-financeira está garantida constitucionalmente, conforme explicitado no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal.¹⁶⁴

Porém, mesmo descartando o referido dispositivo, pelo simples entrelaçamento de alguns princípios constitucionais com as razões de existência da equação econômico-financeira, já seria possível encontrar a sua proteção constitucional.

Assim se diz porque, partindo-se da constatação de que a indisponibilidade do interesse público bem como a moralidade são princípios constitucionais, extrai-se que a administração pública não poderá arcar com desembolsos superiores aos necessários à satisfação de suas necessidades, tampouco será legítima a obtenção de vantagens econômicas pela administração pública em razão de eventos imprevisíveis ou extraordinários.

Do mesmo modo, considera M. JUSTEN FILHO¹⁶⁵ que a ausência de garantias para o empresário contra fatos imprevisíveis, impossibilitaria à administração receber propostas com o menor valor possível, isso porque estariam eliminadas as possibilidades de o particular agregar a seus custos verbas correspondentes a riscos imprevisíveis ou de conseqüências incalculáveis. Ademais, a proposta do particular e suas perspectivas de resultados econômicos são protegidas face ao princípio do interesse público, já que induz à redução geral dos preços pagos pelo Estado no conjunto global de suas contratações.

Por último, a ausência de uma proteção à equação econômico-financeira do contrato de concessão fere o princípio constitucional da isonomia e também da proteção da propriedade privada.

Na primeira hipótese, a comunidade se beneficiaria de um único particular, que, por sua vez, não teria benefício algum. E, no segundo caso, o Estado estaria se apropriando do patrimônio privado, sem prévia e justa indenização.

Registre-se, ainda, que o disposto no artigo 10 da Lei 8.987, que assim dispõe: “sempre que forem atendidas as condições do contrato considera-se

¹⁶⁴ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”, deverá ser interpretado em cotejo com os princípios constitucionais supracitados.

É por essas razões que a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato de concessão é considerada também como um direito fundamental do concessionário, assegurado constitucionalmente.

No dizer de BLANCHET,¹⁶⁶ devem necessariamente integrar tal equação as fontes de receita alternativa (substituem a decorrente do recebimento, pela concessionária, do preço público), complementar (que ocorre quando a tarifa não é suficiente para remunerar o investimento da concessionária) e acessória (distingue-se pelo fato de não ser estranha às outras duas).

No entanto, a determinação de quais são os encargos e vantagens relevantes para as partes e responsáveis pela garantia do equilíbrio econômico do contrato somente será precisada pela análise do caso concreto, ou seja, é variável de acordo com as circunstâncias.

O mesmo se diga quanto à quebra desse equilíbrio. Isso porque, muito embora a alteração das condições originais do contrato seja requisito necessário para a quebra do equilíbrio econômico, é imperioso que tal alteração acarrete uma consequência consistente na mudança dos resultados econômicos previstos originalmente. Aferir essa mudança é algo que também se dá somente no mundo dos fatos.¹⁶⁷

No âmbito da equação econômico-financeira do contrato de concessão, é importante entender também quais espécies de riscos podem ser suportadas pelo concessionário e quais as que devem ser suportadas pelo poder concedente. A doutrina costuma distinguir esses riscos em álea ordinária (riscos normais - do concessionário) e álea extraordinária, que se subdivide em administrativa (que corre por conta do poder concedente) e econômica (situações anômalas, excepcionais e imprevisíveis).

Segundo Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO,¹⁶⁸ os riscos que o concessionário efetivamente tem que assumir

“abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestramente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de

¹⁶⁵ Teoria Geral das Concessões, p. 393.

¹⁶⁶ op. cit., p. 70.

¹⁶⁷ op. cit., p. 399.

¹⁶⁸ Curso de direito administrativo, p. 698.

eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojarse em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público.”

Os demais riscos devem ser arcados pelo poder concedente.

O artigo 65, inciso II, *d*, da Lei 8.666 trata de alguns riscos extraordinários. São aqueles atos de efeitos previsíveis, mas com conseqüências incalculáveis e inevitáveis.

O que se pode notar é que o tema da equação econômico-financeira do contrato de concessão é sobremaneira extenso. É óbvio que essa dimensão decorre do fato de se tratar de um princípio fundamental da concessão de serviço público. Conforme já se viu, sem tal garantia não é possível pensar a prestação do serviço público. Trata-se de um princípio de grande relevância importância para as duas partes contratantes, notadamente para a coletividade.

Também é corolário da função social da empresa, porquanto o particular deve ter assegurado o resultado financeiro esperado quando da elaboração de sua proposta.

Por fim, é interessante trazer ao presente estudo uma pequena consideração do professor M. JUSTEN FILHO a respeito das formas de recomposição da equação econômico-financeira. Ao lado do reajuste contratual e da revisão de preços, consideramos que a redução dos encargos do concessionário é uma solução alternativa para algumas polêmicas envolvendo a aplicação da legislação do consumidor aos contratos de concessão de serviços públicos, a exemplo da questão da tarifa básica de telefonia.

De acordo com JUSTEN FILHO¹⁶⁹,

A solução da revisão de preços ou do reajuste pode conduzir a resultados reputados como indesejáveis (ou, mesmo, insuportáveis) por parte do Estado. É que essa solução redundará na elevação das tarifas, o que significará oneração dos usuários. Há situações em que o valor das tarifas atingiu os limites máximos de absorção pelos usuários. A elevação acarretará efeitos insuportáveis, inclusive gerando potencial

¹⁶⁹ Teoria Geral das Concessões, p. 394.

insucesso da concessão. É que, ultrapassado certo limite, a decorrência será a redução do consumo das utilidades por parte dos usuários. Logo, o efeito prático da elevação das tarifas poderá ser o forte e inevitável desincentivo à fruição do serviço público, o que equivalerá à sua supressão. Tal significa infringir os princípios fundamentais norteadores da atuação estatal.

“Em hipóteses dessa ordem, a solução reside em produzir a redução dos encargos do particular. Ao invés de produzir-se a ampliação dos seus benefícios, determina-se a diminuição das cargas a ele impostas. Isso poderá traduzir-se em uma vasta gama de providências, as quais dependerão da natureza e das condições concretas da outorga. (...) numa concessão de serviços de telecomunicação, podem ser adiadas exigências relacionadas com a universalização do serviço.

3.9. O usuário do serviço público: direitos e deveres.

Em princípio, os sujeitos que participam da concessão de serviços públicos são o poder público concedente e o concessionário. Ocorre, no entanto, que, indiscutivelmente, essa relação gera efeitos sobre pessoas distintas, quais sejam, os usuários dos serviços.

Alejandro HUALDE¹⁷⁰ relata que o usuário e os terceiros não são parte do contrato de concessão de serviço público, mas são sujeitos da relação jurídica de direito público originada daquele; por isso, possuem direitos e obrigações que emanam desse contrato e estão legitimados para exercer os direitos que nascem não somente da Constituição e das leis, mas também das cláusulas inseridas no contrato de concessão.

A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, enumerou, em seu artigo 7º, direitos e deveres do usuário de serviço público.

De acordo com a referida lei, os usuários têm o direito a receber a prestação dos serviços públicos de maneira adequada, direito de escolha dentre os prestadores que existam (inciso III); têm, também, o direito de informar-se e ser informados das condições a eles relativas, de participar de sua administração, tanto pela fiscalização quanto por sugestões sobre a sua prestação. O concessionário não pode negar ou interromper a prestação, salvo se houver previsão nas cláusulas regulamentares; sendo cumpridas pelo usuário as

¹⁷⁰ Apud OLIVEIRA, R.P.O. Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual. São Paulo: Ed. Altas, 2003, p. 2003.

exigências estatuídas, o concessionário é obrigado a oferecer o serviço de modo contínuo e regular.

Posteriormente, foi contemplado o direito do usuário de escolher, dentro do mês de vencimento, os dias de vencimento de seus débitos, no mínimo entre seis datas opcionais ofertadas pelas concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, nos termos do art. 7º-A, da Lei 8.987/95, acrescentado pela Lei 9.791, de 24 de março de 1999.¹⁷¹

Tratamos da adequação do serviço público em item anterior deste trabalho; no entanto, há que se destacar que a ausência de prestação de serviço público, nessas condições, gera direito de indenização ao usuário, conforme artigo 37, § 6º, da CF.¹⁷²

Cumprе destacar que o direito de informação previsto no inciso II, artigo 7º, da Lei de Concessões é corolário do princípio da publicidade insculpido no artigo 5º da CF. Diante disso, não é dado ao Estado omitir informações, notadamente quando isso prejudique a sua fiscalização pelo usuário. Poderá, no entanto, manter sigilo de determinados dados, sempre que tal fato privilegie o interesse público.

Interessante se faz destacar que M. JUSTEN FILHO¹⁷³ sustenta somente ser possível o sujeito (pessoa física ou jurídica) postular o fornecimento de informação se evidenciar a sua utilidade ou necessidade para defesa de outros interesses.

No aspecto da liberdade de utilização de serviço público evidencia-se que determinados serviços são de utilização compulsória do usuário cidadão, a exemplo do consumo de água potável e utilização do esgoto. A ligação da rede de água e de esgoto até a residência do particular não é de sua livre escolha. Isso porque o cidadão que não consome água potável poderá ser vítima de inúmeras

¹⁷¹ Destaca SOUTO, M. J. V: trata-se de norma de duvidosa constitucionalidade eis que interfere em contratos já firmados, atingindo cláusulas econômicas – de pagamento – criando um encargo para o concessionário (de administrar várias datas de cobrança) que poderá implicar na necessidade de elevação das tarifas.” Desestatização, privatização, concessões e terceirizações, p.420 apud GROTTI, D. A. M., p. 337.

¹⁷² Mas a mera inadequação do serviço, ainda que não provoque dano autônomo a usuário, caracteriza infringência a ordem jurídica. O Estado está obrigado, por isso, a promover as medidas necessárias a eliminar os defeitos e produzir um serviço adequado. Não há faculdade da Administração, quanto a isso. (...) Em termos práticos, a ausência de serviço adequado caracteriza infringência a direito subjetivo dos potenciais usuários, mas também contraria o interesse público, de modo objetivo. JUSTEN FILHO, M., Teoria Geral das Concessões, p. 562.

¹⁷³ Ibid., p. 562.

doenças e, posteriormente, transmiti-las à coletividade. Com efeito, trata-se de uma situação excepcional, mas de interesse ao presente estudo. No mais dos casos, prevalece a autonomia do particular quanto à fruição do serviço público.

Cite-se, ainda, que o usuário possui os direitos de participação na elaboração das condições da outorga, de acompanhar a licitação, de participar na atividade da regulamentação, na fiscalização e, ainda, de ser indenizado por danos configuradores de falha do serviço.

Ocorre, entretanto, que o referido rol não é taxativo, pois outros direitos decorrem de dispositivos esparsos, ou também poderão ser reconhecidos à luz dos princípios que disciplinam essa área, do regulamento específico do serviço público ou das particularidades do caso concreto.¹⁷⁴

Neste contexto, destaca-se que a lei em análise não excluiu a aplicabilidade do CDC,¹⁷⁵ fato que implica reconhecimento da vulnerabilidade técnica e fática dos usuários de serviços públicos.

Mas, além de direitos, o usuário dos serviços públicos também possui deveres, seja em face do poder concedente seja em face do concessionário.

Destaca-se aqui o dever de remunerar o concessionário pela fruição do serviço, pelo uso adequado do serviço público, de respeito aos prestadores de serviço, bem como da integridade dos bens aplicados à prestação do serviço. Estão sujeitos, ainda, à responsabilização civil, por atos ilícitos, bem como à administrativa e penal.

A prestação não é instituída apenas em benefício da coletividade em abstrato, mas também do usuário individualmente considerado, ou seja, daqueles que arcarão com o pagamento das tarifas a fim de serem servidos, portanto, aquele a quem for negado o serviço *adequado* (art. 7º, inciso I) ou que tiver a interrupção poderá exigir judicialmente o cumprimento da obrigação.

No entanto, há que se considerar, conforme sustenta M. JUSTEN FILHO,¹⁷⁶ que, em razão de a prestação de serviços públicos refletir a realização de interesses comuns do Estado, da sociedade e do direito do concessionário, a situação jurídica do usuário também é atingida pelo fenômeno da funcionalização inerente ao regime de direito público.

¹⁷⁴ GROTTI, D.A.M, op. cit., p. 337

¹⁷⁵ Caput do art. 7º da Lei 8987: Sem prejuízo do disposto na Lei 8078/90, são direitos e obrigações dos usuários.

Sustenta o autor *supra* que a tutela da posição do usuário não se faz segundo o modelo *direito subjetivo X dever jurídico* do direito privado, pois que as faculdades não são outorgadas em vista de interesses privados. Ou seja, o usuário dispõe da faculdade de valer-se do serviço público, mas tal deve ocorrer em compatibilidade com o serviço público.

Sobre esse aspecto, o presente estudo trata mais detidamente à frente, enfocando a temática da compatibilidade dos interesses do usuário com o serviço público, como dado de restrição da incidência das normas insertas no Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados por meio de concessão.

3.10. Nova concepção: reformulação do instituto

A exemplo do que foi abordado no âmbito dos serviços públicos, percebeu-se a necessidade de adequação do instituto no âmbito dos pressupostos teóricos e princípios jurídicos ao contexto contemporâneo, até por decorrência lógica das transformações do Estado.

Mais uma vez, à frente do tempo, M. JUSTEN FILHO¹⁷⁷ chama a atenção dos operadores do direito para uma reflexão acerca do tema.

Neste contexto, destaca-se a importância da concessão para realizar os fins preconizados pelo novo modelo de Estado que requer a participação ativa da sociedade. A concessão é uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da sociedade, especialmente no que diz respeito à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana. Ou seja, a concessão é um meio de implementar políticas públicas.¹⁷⁸

O chamado fenômeno da “funcionalização” decorrente do regime do Estado democrático de direito, pelo qual os particulares submetem seus interesses individuais à função social da propriedade e do lucro privado, transforma a concessão, mais uma vez, em um instrumento adequado a realizar tal regime.

Tal função social somente poderá ocorrer uma vez presente a boa-fé na relação mantida com a administração pública. Dito isso de outro modo, é

¹⁷⁶ Teoria Geral das Concessões, p. 561.

¹⁷⁷ Ibid., p. 57.

¹⁷⁸ Ibid., p. 57.

necessário que o Estado observe a boa-fé no âmbito da concessão de serviços públicos, o que significa a impossibilidade de ignorar suas condutas anteriores e desconhecer as orientações que transmitiu ao particular ou as exigências a ele impostas.¹⁷⁹ Vale dizer que a boa-fé confere certeza e segurança às relações jurídicas.

Outro aspecto relativo a esta “nova construção” do instituto e que interessa sobremaneira ao presente estudo é a natureza trilateral da relação jurídica de concessão. Considere-se que a delegação de serviço público não é uma decisão unilateral do poder concedente. Necessariamente ela envolve também a manifestação da comunidade. Ou seja, somente se pode obter a integral e satisfatória operacionalização da concessão a partir do reconhecimento de que a comunidade não é um terceiro à relação jurídica,¹⁸⁰ por isso uma relação jurídica trilateral.

Ainda nesse universo de relação trilateral, observamos que a concessão possui uma natureza associativa na qual todos (usuário + poder concedente + concessionário) buscam o funcionamento de um serviço de modo eficiente, satisfatório e lucrativo.

No âmbito específico dos interesses dos cidadãos usuários, a opção pela prestação de serviços públicos pela concessão não é uma escolha livre da administração pública. Ela somente será viável se assegurar ao usuário o recebimento de prestações de melhor qualidade por preços iguais aos praticados pelo Estado, ou seja, sempre deverá resultar em maior vantagem ao cidadão.

Outro aspecto importante no estudo do tema diz respeito à remuneração do concessionário, que deverá ser justa e adequada, sob pena de inviabilizar-se a sua exploração pelo particular.

Com efeito, à medida que é admitida a delegação de um serviço público para as mãos da iniciativa privada, admite-se, também, a obtenção de lucro pelo particular, com a exploração de tais serviços. O que se deve evitar, no entanto, são os abusos da iniciativa privada. Por outro lado, pretender que os concessionários prestem serviços gratuitos à coletividade é contribuir para a violação dos direitos fundamentais, pois tal inviabiliza a prestação dos serviços públicos nesta modalidade.

¹⁷⁹ Teoria Geral das Concessões, p. 60.

¹⁸⁰ Ibid., p. 61.

Nesse aspecto, a professora DI PIETRO¹⁸¹ fala em “idéias antitéticas do contrato de concessão,” cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão, e que são: de um lado, um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da administração, e, de outro, uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está à sua testa, o máximo de proveito possível.

Assim, nas palavras do Prof. M. JUSTEN FILHO,¹⁸² na atualidade a concessão deve se diferenciar pela noção de “comunhão” entre Estado, concessionário, cidadão e usuário (efetivo ou potencial). Não se admite a simples invocação de um “interesse público abstrato” como fundamento para sacrifício de direitos e interesses privados. De um lado, os concessionários têm de aprimorar a qualidade de seus serviços e a eficiência de sua gestão; de outro, os usuários/consumidores devem ser conscientizados de que o êxito da concessão refletir-se-á na manutenção de serviços adequados e tarifas módicas.

É certo que o tema das concessões é absolutamente volumoso e comporta inúmeras outras abordagens; porém, no âmbito do presente estudo, essas foram as considerações que se fizeram necessárias para o correto entendimento do instituto da concessão dos serviços públicos e que servem de base para o foco desta dissertação.

3.11. Considerações sobre as parcerias público-privadas

A lei 11.079, publicada em 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A exemplo do que restou mencionado a respeito da Lei Geral de Concessões, mais uma vez verifica-se que do conceito legal não é possível extrair-se adequadamente o sentido jurídico deste novo instituto do direito administrativo.¹⁸³

¹⁸¹ Parcerias na administração pública, p. 51.

¹⁸² Teoria Geral das Concessões, p. 95.

¹⁸³ BLANCHET, L.A., em sua recente obra Parcerias Público-Privadas, Curitiba: Juruá, 2005, p. 21, relata que a lei, ao conceituar parceria público privada, em verdade faz menção à sua natureza contratual e cita suas duas modalidades.

Diante disso, convém trazer ao estudo os ensinamentos de M. JUSTEN FILHO acerca do tema:

Parceria público-privada envolve um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.¹⁸⁴

De acordo com o artigo 2º do referido regramento, a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

A concessão patrocinada difere da concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei Geral das Concessões, porque, além da tarifa cobrada diretamente dos usuários, será necessária, também, uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A modalidade administrativa de que trata o artigo 2º refere-se aos contratos administrativos em que a administração pública participa na condição de usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Observa-se que as espécies de contratação abordadas na lei não poderão envolver as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de quaisquer outras de exclusividade do Estado.

Os dispositivos da Lei Geral de Concessões são aplicados subsidiariamente às concessões patrocinadas.

Conclui-se que prevalecem assegurados os direitos e garantias previstos na concessão de serviços públicos, inclusive no que se refere à prestação de serviços adequados, eficazes, contínuos, seguros e atuais. O mesmo se diga da manutenção do equilíbrio financeiro do contrato.

Diante disso, grande parte do que abordamos neste trabalho estende-se também às concessões patrocinadas, exceto quando colide com os dispositivos da Lei 11.079.

¹⁸⁴ Curso de Direito Administrativo, p. 549.

Esclareça-se que, com o advento deste novo diploma, as concessões tratadas até então neste estudo recebem da Lei 11.079 a denominação de “concessões comuns”.

Vale dizer que, na visão de Luiz Alberto BLANCHET, “a nova lei veio alterar a Lei 8.987/95, discernindo o que para aquela lei era irrelevante, pois, antes, tudo era simplesmente concessão. Anteriormente à edição da lei ora comentada, já se podiam constituir parcerias público-privadas. Entretanto, estas não eram assim denominadas, nem suas espécies eram diferenciadas; aliás, nem precisavam ser, pois a elas aplicavam-se indistintamente as mesmas normas, ao contrário do que hoje ocorre.”¹⁸⁵

A novidade que se extrai das parcerias público-privadas é o estabelecimento de diretrizes muito claras a serem observadas na contratação (art. 4º), notadamente no que se refere ao respeito dos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução, bem como a repartição objetiva de riscos entre as partes.

Mas é preciso deixar claro, no entanto, que as diretrizes a serem observadas na contratação das parcerias não se esgotam neste artigo.

O artigo 5º da Lei de Parcerias especialmente estabelece a necessidade de conter, nas cláusulas dos contratos firmados sob sua égide, a repartição dos riscos entre as partes, inclusive os referentes aos casos fortuitos, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Evidencia-se que a intenção do legislador foi mesmo a de deixar claro que esta espécie de contratação envolve o compartilhamento de esforços públicos e privados visando atender o interesse público.

Some-se a isso o fato de que a prestação de serviços públicos custeada apenas pelo usuário dos serviços não atendia mais aos anseios da classe mais carente de cidadãos.

A participação do poder público será essencial para a efetivação do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Imagina-se com isso que o problema decorrente da suspensão da prestação de serviços públicos, que na atualidade consideramos essenciais para uma existência digna, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, face ao inadimplemento do consumidor

¹⁸⁵ Parcerias público-privadas, op. cit., p. 23.

carente, possa ser suprida ou solucionada com essa nova modalidade de contratação.

Estamos diante de um compartilhamento de riscos; por isso é possível admitir que a coletividade, representada pelo Estado, arque com os custos dos serviços públicos prestados à comunidade que não possui condições econômicas para tanto.

Nesse sentido, vale dizer que o Prof. M. JUSTEN FILHO¹⁸⁶ já admitia a contribuição pública para assegurar o fornecimento de serviços essenciais aos carentes. Para ele, tal raciocínio, aplicável às concessões regidas unicamente pela Lei 8.987/95, não poderia ser considerado nem ilegal nem inconstitucional, pois sempre que estivermos à frente de uma situação cuja remuneração, ainda que custeada (parcialmente) pelos cofres públicos, seja vinculada ao desempenho do concessionário, isto é, quando não eliminado o risco de insucesso para o empresário, poderia haver concessão de serviços públicos.

Sustenta esse mesmo raciocínio Luiz Alberto BLANCHET,¹⁸⁷ ao afirmar que a atual lei não criou novo instituto denominado parceria público-privada, mas apenas disciplinou, mais claramente, sem dúvida, o que já anteriormente era possível fazer.

Afirma BLANCHET, que

A lei veio, enfim, apenas “rebatizar” algo que já existia. É claro que isso absolutamente não equivale a, levianamente, afirmar-se que essa lei teria sido inútil. Ela era necessária, não apenas porque estabeleceu critérios e condicionamentos em função de cada espécie de concessão, mas também porque impôs termo às discussões derivadas da interpretação (se é que podemos assim chamá-la) meramente literal dos textos até então existentes.¹⁸⁸

Mesmo assim, há que se considerar que o tema das parcerias, agora positivado, é novo, não existindo ainda um posicionamento consolidado na doutrina e na jurisprudência; por isso, nossas considerações são modestas. Ressaltamos que a aplicabilidade do CDC aos contratos firmados sob a égide dessa lei foi tratada no capítulo que segue.

O capítulo seguinte - e final - do presente trabalho, trata do estudo do direito do consumidor, abordando seus conceitos básicos, fundamentos, até atingir

¹⁸⁶ Teoria Geral das Concessões, p. 103.

¹⁸⁷ Parcerias público-privadas, p. 25.

o problema em que se insere o tema desta dissertação e que se relaciona à aplicabilidade da legislação consumerista quanto aos serviços públicos objeto da concessão.

¹⁸⁸ BLANCHET, L.A. Parceria público-privada, p. 24.

4. Capítulo III – Direito do consumidor e sua aplicabilidade aos serviços públicos prestados mediante concessão.

4.1. Introdução e evolução histórica

A Revolução Industrial, como de resto as revoluções do fim do século XVIII, modificaram substancialmente as relações políticas, sociais e econômicas, culminando também no surgimento de uma nova categoria de indivíduos, os consumidores, que passaram a sentir os efeitos da produção em série e da ampliação das atividades empresariais e comerciais. Desde essa época, há mais de duzentos anos, portanto, os participantes da chamada sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*) passaram a ter alterações em sua vida cotidiana, sob o influxo das demandas econômicas.¹⁸⁹

O chamado movimento “consumerista”, tal qual nós o conhecemos hoje, nasceu e se desenvolveu a partir da segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que movimentos sindicalistas lutavam por melhores condições de trabalho e do poder aquisitivo dos chamados “frigoríficos de Chicago”.¹⁹⁰

Essa nova realidade da sociedade contemporânea, que é marcada pelo capitalismo e pelo crescente desenvolvimento tecnológico e industrial, também é responsável por significativas mudanças no campo do direito contratual.

O surgimento da sociedade de consumo, responsável pela massificação dos contratos e pelo individualismo, criou um desequilíbrio nas relações contratuais.

Registre-se que nos últimos cinquenta anos, em especial, assistimos ao agigantamento dos grupos econômicos e empresariais e à concentração da

¹⁸⁹ TEIXEIRA, S. F. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro, Revista de Direito do Consumidor, n. 43. ano 2002, julho-setembro: São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 69.

¹⁹⁰ Ou seja: o sucesso da luta por melhores salários e condições de trabalho certamente propiciaria, como de resto propiciou, melhores condições de vida. Somente em 1891, com a criação da *Consumers' League* em Nova Iorque, é que se cindiu o movimento trabalhista-sindicalista, cada qual enveredando pelo seu próprio caminho, mas com propostas bastante semelhantes, sobretudo quanto aos instrumentos de tutela de seus interesses. FILOMENO, J. G. B., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7ª ed. – Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2001, pp. 55/56.

produção em empresas em variados setores. E no crepúsculo do século passado, o fenômeno da globalização possibilitou ainda mais que os fornecedores de produtos e de serviços se unissem em corporações internacionais de grande porte. Enquanto isso, do outro lado, permaneciam os “consumidores” em sua esfera individual, como destinatários finais dessa produção.¹⁹¹

Tais corporações, detentoras do poder de manipulação das necessidades de consumo, passaram a direcionar o risco de suas atividades empresariais também para o consumidor.

Nesta sociedade de consumo, homens e mulheres são condicionados, persuadidos e induzidos pela produção industrial a adquirirem produtos e serviços, muitas vezes sem sequer necessitar deles. Trata-se de um consumo que não é livre, que não é consciente.

Tal fenômeno, qual seja, o *consumerismo*, é visível tanto nas sociedades industrializadas quanto nas economias em desenvolvimento. Persegue-se, freqüentemente, a satisfação de necessidades irreais ou incorretamente hierarquizadas, em função do condicionamento psicológico criado por uma estratégia de produção industrial extremamente dinâmica no oferecimento de novidades.¹⁹²

A comunicação das grandes empresas é comandada por atraente e maciça publicidade, em especial pela mídia eletrônica, sobre seus produtos e serviços. Criam-se novos hábitos na coletividade, e sucessivos impulsos de compra são gerados.¹⁹³

Nesse contexto, o contrato perde a sua ligação com a propriedade e passa a configurar instrumento geral das atividades econômicas organizadas e voltadas para a obtenção do lucro.

Como já foi comentado, em consequência dessa política surge o desequilíbrio nas relações de consumo, situação essa que reclamou a adoção de mecanismos jurídicos eficazes para a proteção do consumidor.¹⁹⁴

¹⁹¹ TEIXEIRA, S. F., op. cit., p. 70.

¹⁹² ALVIM, A., Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.12.

¹⁹³ BITTAR, C. A., apud LIMA, R. M. G., Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo:RT, 2003, p.32.

¹⁹⁴ LOPES, J. R. L. afirma que o direito do consumidor esteve, na sua origem, ligado tanto ao ideal democrático, quanto ao ideal igualitário e forma parte inseparável do direito social da economia capitalista. Não é por acaso que a proteção ao consumidor se inscreveu na Constituição Federal em dois lugares distintos: art. 5º, inciso XXXII (entre os direitos fundamentais) e no art. 170, V (entre

A sistematização do direito do consumidor nasce, dessa forma, como resposta da ciência jurídica ao abismo entre as poderosas redes de fornecedores e os milhões de consumidores, que se viam afastados da efetiva proteção de seus direitos.¹⁹⁵

Dito isso de outro modo, a tutela consumerista surge como resposta ao fenômeno conhecido como massificação social,¹⁹⁶ tipo de sociedade onde não existem indivíduos, mas simplesmente *massas*. Trata-se de *conjuntos humanos*, isto é, de um aglomerado de homens anônimos e despersonalizados.¹⁹⁷

Por tais razões, o direito do consumidor revela um caráter de intervenção estatal no mercado, visando evitar o esmagamento do particular pelas grandes corporações, e garantir-lhe o acesso à justiça e aos direitos formalmente proclamados no ordenamento jurídico.

No dizer de Sálvio Figueiredo TEIXEIRA,

“Os séculos XIX e XX, até a II Grande Guerra, revelaram a fragilidade dos direitos declarados formalmente na Constituição e nas leis ordinárias em garantir os indivíduos e as células sociais contra o arbítrio e os excessos e abusos dos grupos políticos e econômicos. As sociedades passaram a preocupar-se com os instrumentos para assegurar a inclusão de cada um e de todos como protegidos pela ordem jurídica, como aplicação do princípio democrático. O direito do consumidor insere-se neste panorama.”¹⁹⁸

4.2. A proteção do consumidor no Brasil como garantia constitucional e o princípio da dignidade da pessoa humana

Diante da gravidade desse cenário, a proteção do consumidor é erigida à categoria de direito fundamental. Assim, com o advento da Constituição Federal, o artigo 5º, inciso XXXII, em meio aos *Direitos e Garantias Fundamentais*, ao

os princípios da ordem econômica, que dão forma jurídica ao mercado). Trata-se de um sistema de cunho nitidamente social e promocional, de caráter distributivo (Bourgoignie 1988, 82:85). O direito do consumidor nos tempos da privatização é um dos mecanismos adequados e importantes para impedir que a volta do 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 do Direito do Consumidor, n. 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 123.

¹⁹⁵ TEIXEIRA, S. F., op. cit., p. 70.

¹⁹⁶ A expressão é de AZEVEDO, F. C., Defesa do Consumidor e Regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação dos serviços públicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 65.

¹⁹⁷ Ibid., p. 66.

¹⁹⁸ TEIXEIRA, S. F., loc. cit.

cuidar dos *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, estabeleceu que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Além disso, o art. 170, V, ao tratar dos *Princípios Gerais da Atividade Econômica*, determinou a observância do princípio da “defesa do consumidor”.

Destaca-se que José Afonso da SILVA,¹⁹⁹ ao comentar o referido dispositivo, ponderou:

“Realça de importância(...)sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se isso com a consideração do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista”.(original em itálico).

Certamente, a proteção constitucional nasceu com o objetivo de promover a igualização desta relação faticamente desigual,²⁰⁰ qual seja, a do consumidor x fornecedor.

E é dessa idéia de desigualdade que surge o conceito de vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor.

Frise-se que, ao inserir-se na categoria de direito fundamental, indiscutivelmente, o direito do consumidor adquire uma posição de destaque no ordenamento jurídico, isso porque os direitos fundamentais constituem a base axiológica e lógica sobre a qual se assenta todo nosso ordenamento jurídico.

Assim se diz porque os direitos fundamentais são, em verdade, a materialização jurídica dos direitos humanos. Ou seja, os direitos humanos, assim declarados oficialmente, tornam-se direitos fundamentais quando objetivados.²⁰¹

¹⁹⁹ Apud LIMA, R. M. G., op. cit., p. 33.

²⁰⁰ Na verdade, o que se convencionou indicar como relação de igualdade, sobretudo centrado na figura do contrato entre livres e iguais, era uma conformação própria do liberalismo político e econômico, traduzido no individualismo jurídico, que acabou por redundar no dogma da autonomia da vontade. Fundado na idéia de *liberdade para contratar entre iguais*, do que, conseqüentemente surgiu a força obrigatória dos pactos contraídos entre homens livres (*pacta sunt servanda*), o único modo de excluir-se a vinculatividade da obrigação, por muito tempo, era a alegação dos chamados vícios de consentimento. MIRAGEM, B. N. B. Revista de Direito do Consumidor, n. 43. julho-setembro 2002, São Paulo:RT, 2002, p. 119.

²⁰¹ ALEXY, R. fala de duas condições que tornam os direitos do homem em direitos fundamentais: “Nos objetos dos direitos do homem deve tratar-se, em primeiro lugar, de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados por direito. Assim, muitos homens têm uma carência fundamental de amor. Não deve haver poucos aos quais é mais importante ser amado do que participar em demonstrações políticas. Contudo, não existe um direito ao amor, porque amor não se deixa forçar pelo direito. A segunda condição é que o interesse ou carência seja tão fundamental que a ‘necessidade’ de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. A fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade

Nesse contexto, analisando-se o artigo 1º da Constituição Federal, verifica-se que a nossa ordem constitucional é fundamentada na proteção e respeito aos direitos humanos, uma vez que em tal dispositivo legal consta que a dignidade da pessoa humana se constitui em princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Diante disso, todos os demais direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal possuem como pano de fundo a dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, o direito do consumidor, por se tratar de um direito fundamental, terá seu ponto de apoio também no princípio da dignidade da pessoa humana.²⁰²

Nessa perspectiva, a caracterização dos direitos do consumidor como direitos humanos revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade de consumo.²⁰³

O Estado tem o dever de propiciar ao cidadão condições econômicas para que este possa consumir bens e serviços. A inclusão social mede-se, também, pela capacidade de consumo do indivíduo, porque nossa sociedade tem cunho capitalista.

Assim, viver em condições dignas significa poder consumir bens e serviços que satisfaçam as necessidades básicas do cidadão. Contudo, esse consumo há de ser livre e consciente. Não pode ser manipulado pelos detentores do poderio econômico e da produção de bens, sob pena de violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Outro aspecto que denota a importância do direito do consumidor é a sua posição como princípio informador da ordem econômica (art. 170, inciso V).

Está posicionado ao lado da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno

sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia". Apud BOLSON, S. H. O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. Revista de Direito do Consumidor. n. 46, São Paulo: RT, 2003, pp. 268,269.

²⁰² No exato entendimento de SARLET, I., constitui dignidade da pessoa o elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional. Apud MIRAGEM, op. cit., p. 120.

²⁰³ Ibid., p.121

emprego e do tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

Utiliza-se a expressão “ao lado”, porque não existe hierarquia entre tais princípios. Nas palavras de Eros Roberto GRAU,²⁰⁴ tal decorre de uma função que é conformadora da ordem econômica. Para ele,²⁰⁵ a defesa do consumidor trata de um princípio constitucional impositivo, a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos a existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a função de diretriz – norma/objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.

Nesta seara de hierarquia de princípios, Fábio Konder COMPARATO afirmou que

(...) não há porque distinguir a defesa do consumidor, em termos de nível hierárquico, dos demais princípios econômicos declarados no art. 170. Quer isto dizer que o legislador, por exemplo, não poderá sacrificar o interesse do consumidor em defesa do meio ambiente, da propriedade privada, ou da busca do pleno emprego; nem inversamente, preterir estes últimos valores ou interesses em prol da defesa do consumidor. O mesmo se diga do Judiciário, na solução de litígios interindividuais, à luz do sistema constitucional.²⁰⁶

Retomando o que foi dito acima, todos os demais princípios e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal sustentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, também no âmbito dos preceitos contidos no art. 170, eventual tensão entre princípios, há que se resolver à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e na proporcionalidade da aplicação de um ou de outro princípio lá contido.

Além do artigo 5º, inciso XXXII, e do artigo 170, a Constituição também trata da defesa do consumidor no artigos 24, os quais prevêm competência para legislar, concorrentemente, da União, Estados e Distrito Federal, sobre matéria de produção e consumo, bem como responsabilidade por danos ao consumidor. O mesmo ocorre no artigo 150, parágrafo 5º, o qual trata do direito dos consumidores em serem esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

²⁰⁴ op. cit., p. 260.

²⁰⁵ Apud EFING, A. C. Direito do Consumo. Curitiba: Juruá, 2001, p.29

²⁰⁶ Ibid, pp. 28,29.

Há os que sustentam, ainda, que o artigo 175, parágrafo único, inciso II, também trata da defesa do consumidor, à medida que menciona a defesa dos usuários de serviços públicos.

Registre-se, ainda, que considerável parte da doutrina e da jurisprudência brasileira firmou entendimento de que a localização da defesa do consumidor (art. 5º), nesse setor privilegiado da Constituição, o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído.²⁰⁷

Nesse item foi possível perceber que, a exemplo do que ocorre com os serviços públicos, o direito do consumidor também se prende ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Os serviços públicos existem para a satisfação das necessidades da coletividade que estão inseridas no contexto da dignidade da pessoa humana, ou seja, dos direitos humanos.

O consumo também é uma necessidade humana. E, assim sendo, os serviços públicos servem ao propósito de satisfazer também essa necessidade.

Ocorre, no entanto, que a prestação dos serviços públicos atende, primeiramente, a um interesse coletivo, geral, da sociedade. Qualquer violação, nesse âmbito, implica violação de princípio fundamental constitucional.

Assim, para assegurar a implementação de todas essas prescrições, restou disposto no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o qual “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.²⁰⁸

A Lei 8.078 cria, então, o Código de Defesa do Consumidor, que fez incorporar no sistema jurídico brasileiro normas específicas e protetivas do consumidor, com a finalidade precípua de equilibrar as relações de consumo.

Conceitos tradicionais, como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade, permaneceram, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações foi reduzido por normas imperativas. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de

²⁰⁷ Segundo o artigo 60, parágrafo 4º., IV da Constituição, que estabelece a vedação de que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. MIRAGEM, B. N. B., op. cit., p. 117.

²⁰⁸ ARAÚJO FILHO, L.P.S., op. cit., p.52.

elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.²⁰⁹

À procura do *equilíbrio contratual*, na sociedade de consumo moderna, o direito destaca o *papel da lei* como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passa a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as expectativas e a *boa-fé* das partes contratantes.²¹⁰

4.3. Natureza jurídica das normas consumeristas

As normas inseridas no Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública e interesse social, conforme preceitua o artigo 1º desse diploma, o que lhes concede natureza cogente, em atendimento ao mandamento contido nos arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal.²¹¹

A conclusão lógica dessa natureza jurídica é a incidência de suas regras independentemente da vontade das partes, bem como a impossibilidade das partes e do magistrado, diante do caso concreto, de alterar as situações jurídicas reguladas por tais normas. No dizer de EFING,

...sendo o ‘ius cogens’ forma de proteção do interesse social, vez que tutela as instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e protegem os direitos personalíssimos e situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz e pelas partes, por deverem ter certa duração. Há quem diga que a ordem pública é a parte essencial da ordem social, necessária a manter a sociedade: as leis de ordem pública são as bases jurídicas da sociedade.²¹² (grifo nosso)

Qualificar uma norma jurídica de natureza cogente, de ordem pública e de interesse social, corresponde a dizer o seguinte: possuindo ela um caráter de comando ou proibição, visa a preservar a seguridade das relações jurídicas, contendo caráter inderrogável e atendendo ao interesse social. Segundo o professor, ainda,

²⁰⁹ MARQUES, C.L., Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 175.

²¹⁰ Ibid., p.176.

²¹¹ LUNARDI, S. G., Tutela Específica no Código de Defesa do Consumidor diante das Garantias Constitucionais do Devido Processo Legal – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.35.

²¹² EFING, A. C., op. cit., p. 32.

Quando o CDC preceitua o estabelecimento de normas de ordem pública e interesse social para reger as relações de consumo, quer o legislador proporcionar o equilíbrio dentro do qual o consumidor possa se equiparar ao fornecedor, sem que este se valha da sua vontade para obter vantagens mediante acordos contratuais. Portanto, ao dispor de normas impositivas de ordem pública e interesse social, o CDC se sobrepõe à vontade das partes no intuito de promover a defesa do consumidor, não cabendo às partes da relação de consumo a derrogação de tais preceitos cogentes.

Seus preceitos devem ser interpretados de acordo com o fim para o qual foram editados: restabelecer ou garantir o equilíbrio entre as partes. Feito isso, atingiu seu objetivo, e o mais deve ser decidido com base nos princípios da boa-fé, uma vez que todos os interesses dos envolvidos na relação de consumo são igualmente relevantes para o Estado, desde o produtor primário até o consumidor.²¹³

Interessa significativamente ao presente estudo o entendimento de que o Código também se destina à satisfação de uma necessidade privada do consumidor, em razão de este não dispor, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados. Na verdade, submete-se ao poder das condições dos produtores, ou seja, é vulnerável.²¹⁴

Finaliza-se este tópico esclarecendo que o Código de Defesa do Consumidor é um microssistema jurídico que: contém princípios peculiares (isto é, a vulnerabilidade de um lado, e a destinação final de produtos e serviços, de outro); é interdisciplinar (pois relaciona-se com inúmeros ramos do direito, como constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo, etc.); também é multidisciplinar (contém normas de caráter variado, de cunho civil, processual e administrativo).²¹⁵

4.4. O princípio da vulnerabilidade

“O consumidor é o elo mais fraco da economia, e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco.” Essa é frase de Henry Ford, pai da produção em série, citada em grande parte de livros que abordam a questão da vulnerabilidade do consumidor.

²¹³ LUNARDI, S.G., op. cit., p.36.

²¹⁴ Ibid., p.93.

²¹⁵ FILOMENO, J. G. B. Manual de direito do consumidor – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2000, pp. 29/30.

Como já foi tratado nesta dissertação, o consumidor é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, deve se submeter ao poder dos titulares desses bens, quais sejam, os empresários.²¹⁶

Vulnerável é um conceito jurídico de direito material e busca evidenciar o significado daquela situação, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, “pela qual alguém ou algo pode ser atacado”.²¹⁷

Ou seja, o consumidor é vulnerável não só porque economicamente está em desvantagem, mas porque pode ser atacado de várias maneiras, sofrendo pressões que invadem a sua privacidade, na maioria das vezes sendo alvo de maciças publicidades que criam necessidades antes inexistentes²¹⁸. E tal fato decorre, também, do sistema econômico capitalista em que estamos inseridos.

O indivíduo é psiquicamente manipulado e induzido a consumir mais e mais, sem tempo para efetivar qualquer reflexão a respeito. A tecnologia avançada desenvolvida pela indústria faz com que um aparelho celular, por exemplo, se torne obsoleto em apenas seis meses. O cidadão é instigado a adquirir um novo aparelho com novas funções de que ele sequer necessita. Indiscutivelmente, trata-se de um consumo que não é livre, não é consciente.

Nos valores éticos da sociedade ocidental infelizmente predomina o “ter” sobre o “ser”. A vulnerabilidade, então, a par de ser econômica, é também psicológica. E talvez essa seja a maior desvantagem existente na relação de consumo. O empresário, o fornecedor, o fabricante de bens e serviços retira do consumidor o poder de discernimento a respeito do objeto a ser adquirido.

Nesse afã de impor produtos ou serviços, os agentes econômicos usam técnicas muito bem estudadas de *marketing*, as quais induzem o expectador a realizar condutas previamente determinadas, sem que perceba.²¹⁹

E mais ainda, o fornecedor freqüentemente define, inclusive, quais serão as novas necessidades dos consumidores. A sociedade de massas, de que tanto se fala e de que tratamos anteriormente, também pode ser entendida como uma massa disforme, cujo molde ou contorno é constantemente definido pelo fornecedor de bens e serviços.

²¹⁶ COMPARATO, F. K., A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico, Revista de Direito Mercantil, n. 15/16, ano XIII, 1974, p.104.

²¹⁷ BONATTO, C. MORAES, P. V. D. P., Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 42.

²¹⁸ Ibid., p. 43.

Nesse particular, é interessante registrar o pensamento de Carlos Alberto BITTAR:²²⁰

Ora, como consumidores, os particulares – e mesmo empresas ou outras entidades que integram a relação de consumo – encontram-se, diuturna e sistematicamente, atraídos por produtos diferentes, das mais diversas origens e qualidades, no lar e em todos os locais que freqüentam, mas, muitas vezes, sem possibilidade de: eleger o contratante; proceder à escolha racional do bem; conhecer o contexto ou a essência do produto; discutir as condições para sua aquisição; ou participar na definição das cláusulas do contrato, ficando, pois, em posição de desvantagem [...].

Na ânsia de prover as exigências pessoais ou familiares – portanto, sob pressão da necessidade -, os consumidores têm sua vontade desprezada, ou obscurecida, pela capacidade de imposição de contratação e, mesmo, de regras para a sua celebração, de que dispõem as grandes empresas, face à força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas. A vontade individual fica comprimida; evidencia-se um descompasso entre a vontade real e a declaração emitida, limitando-se esta à aceitação pura e simples, em bloco, do negócio (contratos de simples adesão).

Além da fragilidade econômica e psicológica, tecnicamente o consumidor também poderá ser considerado vulnerável. Ou seja, pode ocorrer que um cidadão possua uma situação financeira estável, seja suficientemente esclarecido e consciente das armadilhas manipuladoras do mercado de consumo, porém detenha pouco ou nenhum conhecimento técnico sobre determinado bem ou serviço.

Destaca-se, assim, que a vulnerabilidade é um princípio jurídico geral que consagra uma presunção. Os consumidores (todos eles) são considerados os mais fracos, não sendo necessário provar sua vulnerabilidade perante os fornecedores de produtos e (ou) serviços.²²¹

No dizer dos autores Arruda ALVIM, Thereza ALVIM, Eduardo Arruda ALVIM e James MARINS,

a vulnerabilidade do consumidor é incindível do contexto das relações de consumo e independe do grau cultural ou econômico, não admitindo prova em contrário, por não se tratar de mera presunção legal. É, a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física.²²²

²¹⁹ BONATTO, C. MORAES, P.V.D.P., op. cit., p. 43.

²²⁰ Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor (Lei 8078 de 11 de setembro de 1990) – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2.

²²¹ AZEVEDO, F. C., op. cit., p. 69.

²²² Apud BONATTO, C. e MORAES, P. V. D. P., op. cit., pp. 46/47.

Tal princípio não se constitui como sendo o único que informa a tutela do consumidor; contudo, tendo em vista o foco do presente estudo e a fundamental importância do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, tal qual descrito no inciso I do artigo 4º do CDC, limitamo-nos a analisar somente este princípio.

4.5. Conceitos básicos contidos no Código de Defesa do Consumidor

Antes de nos aprofundarmos um pouco mais no tema da proteção do consumidor, cumpre inicialmente tecer algumas considerações a respeito dos conceitos básicos de consumidor, de fornecedor/fabricante e de serviço, até porque tratam das partes e do objeto da relação contratual em análise no presente estudo.

4.5.1. Consumidor

O artigo 2º. da Lei 8.078/90, o CDC define como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Vale dizer que, no Brasil, existem duas correntes doutrinárias que possuem entendimentos divergentes a respeito de quem vem a ser o “destinatário final” estabelecido na lei.

Para os finalistas, a interpretação é restrita. Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica, seja pessoa física. Logo, segundo essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário final do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência; é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço seria incluído no preço final do profissional que o tivesse adquirido. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final”.²²³

²²³ MARQUES, C. L., op. cit., p. 254.

Segundo esse entendimento, o consumidor será apenas quem utiliza o bem para si ou sua família e não no uso de sua profissão, até porque somente o consumidor poderia ser tido como parte vulnerável.

A outra teoria refere-se aos maximalistas, cujo conceito é mais amplo. O entendimento prende-se à idéia de que o CDC deve abranger o maior número possível de relações. Nesse raciocínio, a legislação consumerista brasileira teria sido criada para uma sociedade de consumo com intuito de regular o mercado e não para o consumidor “não-profissional”.

O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que instituiria normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais poderiam assumir ora papéis de fornecedores, ora de consumidores.²²⁴

A crítica que se faz a essa teoria é a seguinte: efetivamente, se a todos considerarmos “consumidores”, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serviria para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. E mais, passaria a ser um direito comum, não civil, mas sim comercial, nacional e internacional, o que não nos parece correto.²²⁵

A jurisprudência brasileira, que, no início do advento do CDC, se balizou na doutrina maximalista, atualmente vem refletindo e aplicando com maior responsabilidade também a teoria finalista. Tudo irá depender da análise do caso concreto.

Frise-se que, no âmbito da prestação dos serviços públicos concedidos, nossa visão é de que a presente discussão não tem o menor cabimento. Primeiramente, porque o objeto da relação de consumo nesta hipótese será sempre um serviço, e não é possível conceber o repasse ou revenda de um serviço. Em segundo lugar, trata-se de serviço público, cuja titularidade é do Estado, conforme restou demonstrado em capítulos anteriores. O particular não pode revender ou repassar algo que não lhe pertence e tampouco pertence à concessionária de serviço público.

Advirta-se, ainda, que, por se tratar do poder público no contexto brasileiro, a produção de bens pelo Estado, por intermédio de suas empresas,

²²⁴ MARQUES, C. L., pp. 254/255.

²²⁵ Ibid., p. 278.

visou sempre os bens ditos de capital, os quais, por definição, não são suscetíveis de consumo em sentido específico.²²⁶

A prestação do serviço público só é possível de ser executada pelo Estado ou por terceiros – particulares ou não - delegatários do serviço. Os particulares, no entanto, para poder executar tal atividade, foram submetidos a uma prévia licitação, além de se exigir deles uma série de requisitos, conforme a lei, para poderem executar a prestação do serviço público.

Diante disso, entendemos que a pessoa física ou jurídica que se vale de um serviço público, será sempre destinatária final dele.

Por mais óbvio que pareça esse raciocínio, encontramos no judiciário decisões que consideram inaplicável o CDC à pessoas jurídicas que consomem energia elétrica, por exemplo²²⁷.

Recentemente, o magistrado da 34ª Vara Cível da comarca de São Paulo, nos autos n.º 000.05.026264-5, ao proferir despacho saneador em demanda intentada por empresa distribuidora de bebidas em face de uma concessionária de serviço público de energia elétrica, assim se manifestou:

“[...]”

3. *Necessário, desde já destacar que não se aplica o CDC ao caso em tela. Isto porque a aquisição de energia elétrica pela autora é para incremento de sua atividade produtiva (visando lucro); não podendo ela ser considerada destinatária final da operação. É o direito comum que regulamenta a relação entre a autora e a ré.*

4. *Prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento.*

“[...]”

Com efeito, a decisão acima analisou a demanda sob a ótica da aquisição de produto (energia elétrica), olvidando tratar-se de uma relação jurídica que envolve a prestação de serviço público; para tanto, adotou o raciocínio aplicado na chamada *teoria dos insumos*.

Nesse sentido, é interessante registrar o entendimento de Roberto Senise LISBOA sobre bem de insumo:

Não parece razoável o puro e simples entendimento segundo o qual o bem de insumo não poderia ser objeto da relação de consumo.

O artigo 3º, parágrafo 1º da Lei 8078/90, expressamente estabelece que produto é ‘todo o bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo’.

Não confere o legislador, uma vez mais, margem à interpretação, senão por via indireta, ao distinguir produto de serviço.

²²⁶ CAPUCHO, F. J. O Poder Público e as relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, n. 41, p. 108.

²²⁷ Consomem e não revendem ou comercializam energia.

Não cabe ao intérprete distinguir, onde o legislador não estabeleceu qualquer distinção.

A aceitação da teoria da análise econômica, isto é, daquela que distingue bem de insumo, é contrária à dicção do texto legal, pois praticamente suprime da pessoa jurídica a possibilidade dela ser consumidora, restringindo a incidência do Código de Defesa do Consumidor de forma não pretendida pelo legislador.

Impedir a incidência da legislação consumerista às hipóteses em que o bem não é recolocado, mas tão somente serve de instrumento para a colocação de um bem transformado ou de outra coisa, ou ainda, de um serviço, equivale à supremacia da noção econômica sobre o conceito jurídico, preceituado no art. 2º, *caput*, e 3º, parágrafo 1º, da lei vigente.²²⁸

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre este tema ainda não está consolidado,²²⁹ porém já existem decisões favoráveis ao entendimento da pessoa jurídica como consumidora final de bens empregados em sua cadeia produtiva.²³⁰

É necessário destacar, ainda, que o parágrafo 2º. do artigo 2º. do CDC estabelece que é equiparada a consumidores a coletividade de pessoas, ainda que indeterminável, que haja intervindo nas relações de consumo.

²²⁸ Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro – São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 25.

²²⁹ No mesmo sentido o STJ, em recente decisão da lavra do Ministro José Scartezinni da 4ª Turma, REsp 660026 / RJ, publicada em 27.06.2005, assim se manifestou: Responsabilidade civil. Concessionária de telefonia. Serviço público. Interrupção. Incêndio não criminoso. danos materiais. Empresa provedora de acesso à internet. Consumidora intermediária. Inexistência de relação de consumo. Responsabilidade objetiva configurada. Caso fortuito. Excludente não caracterizada. Escopo de pacificação social do processo. Recurso não conhecido. 1. No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, à medida que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (internet) e de consultorias e assessoramento na construção de homepages, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo. Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância. 3. (...) 4. (...) 5. (...) 6. (...) 7. Recurso não conhecido.

²³⁰ Em sentido contrário: Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: Conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes. A Expressão “*destinatário final*”, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento. (...) Recurso Especial não conhecido. (Resp. n. 208.793/MT).

4.5.2. Fornecedor

O conceito de fornecedor vem estampado no artigo 3º. do CDC, e se define por toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem suas atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços.

Ao nosso estudo interessa o enquadramento da pessoa jurídica de direito público no conceito de fornecedor. Com efeito, da análise do artigo, verifica-se que se enquadram, como fornecedores, o poder público, por si ou então por suas empresas que desenvolvam atividades de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos. Incluem-se nesse conceito os entes estatais ou paraestatais, sob as formas de autarquias, companhias de economia mista e empresas públicas quando prestadoras de serviços para a coletividade, sobretudo os de fornecimento de energia elétrica, água, telefonia etc..²³¹

4.5.3. Serviço

A regra geral acerca desse conceito está prevista no parágrafo 2º do artigo 3º do CDC, que dispõe tratar-se de serviço “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”.

O CDC procurou estabelecer a distinção entre produto e serviço, contrariando nomenclatura ordinariamente utilizada, segundo a qual, no universo jurídico, tudo aquilo que não se pode enquadrar na concepção de sujeito é considerado objeto de direito, desde que economicamente apreciável.²³²

Para os fins do Código, produto relaciona-se ao conceito de “bem”, e serviço, à noção de “atividade”.

O fundamental neste contexto é o entendimento de que esta atividade seja remunerada e não decorra de uma relação trabalhista. O CDC não se presta a regular relações que envolvam uma prestação de serviços gratuita e tampouco sob

²³¹ OLIVEIRA, M. J. G., op. cit., p. 118

²³² LISBOA, R.S., op. cit., p. 27.

a relação em que haja vínculo jurídico entre empregador e empregado, sob regime de subordinação.

Por outro lado, pouco importa que o serviço, como atividade remunerada, seja de natureza civil, comercial ou administrativa. Para a análise da questão ora suscitada, tanto faz que o consumidor seja pessoa física como jurídica civil, uma sociedade empresarial ou a administração pública direta ou indireta.²³³

A temática dos serviços, no entanto, enfrenta algumas complicações quando nos deparamos com a prestação dos serviços públicos.

4.6. Serviços públicos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor

O presente estudo possui como foco os serviços públicos prestados mediante concessão, e como vimos no capítulo II, nesta modalidade de outorga, sempre haverá uma remuneração direta do usuário ao concessionário. E, assim sendo, tomando-se por base o que foi tratado até aqui, facilmente se visualiza uma relação de consumo, estando presente a figura do fornecedor (concessionário de serviço público), do consumidor (usuário do serviço – pessoa física ou jurídica) e de um serviço remunerado diretamente pelo consumidor.

Diante disso, mesmo sem adentrar no mérito do que dispõe o artigo 22 do CDC, tomando-se por base apenas os conceitos básicos previstos nos artigos 2º e 3º deste diploma legal, conclui-se que os serviços públicos objeto de um contrato de concessão, efetivamente, são tutelados pelo CDC.

Mas é preciso tornar claro que nem todo serviço público é passível de ser objeto de uma relação de consumo. Esclareça-se que a presente afirmação não é partilhada por parte considerável da doutrina consumerista.

Pois bem. Como já foi discorrido no presente estudo, os serviços públicos também são classificados em *uti universi* e *uti singuli*.

Os serviços *uti universi* são aqueles que a administração presta sem ter usuário predeterminado; ele é posto à comunidade como um todo, sendo sua característica a essencialidade e sua necessidade.

²³³ LISBOA, R. S., op. cit., p. 28.

O Estado oferece o serviço independentemente da cobrança de qualquer valor. O custeio de sua prestação é feito pelo recolhimento de impostos.

Os serviços *singuli* ou individuais, por sua vez, encontram-se ligados à noção de serviço de utilidade pública. O serviço é relevante, recebe da lei um tratamento especial, porém não é essencial. Dele se utiliza quem quiser mediante pagamento de uma tarifa. São serviços divisíveis e mensuráveis para cada destinatário. Sua utilização é facultativa e individual.

A doutrina irá se dividir, posicionando-se ora extensivamente, cujo entendimento é no sentido de que as normas contidas na legislação consumerista aplicam-se, indistintamente, a qualquer serviço público, ora restritivamente, pela aplicabilidade apenas aos serviços públicos *uti singuli*, prestados direta ou indiretamente pelo Estado, mediante o pagamento de remuneração específica por meio de tarifas. Para essa corrente, os serviços públicos prestados *uti universi*, mantidos pelos tributos gerais, não seriam abrangidos pelo CDC.²³⁴

Fábio Jun CAPUCHO²³⁵ partilha da corrente extensiva e fundamenta seu posicionamento primeiramente sobre o aspecto da intenção do legislador, que foi a de incutir, no âmbito do serviço público, a mesma dinâmica proposta para o

²³⁴ Súmula de Estudos do Cnacon 6 – Serviço Público – Objeto de proteção pelo Código de Defesa do Consumidor – *Uti Singuli* – “São objeto de tutela do 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 empresas concessionárias ou permissionárias, sobretudo para os efeitos do seu art. 22. Não o são, porém, os serviços públicos prestados *uti universi* como decorrência da atividade perspicua do Poder Público e retribuídos 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” (junho/92 – atualizada em maio/96). Fundamento: a) educação, saúde, etc. enquanto serviços públicos por excelência, eis que prestados pelo Poder Público por expressa disposição constitucional, são possíveis pela atividade tributária genérica do Estado, ou então pela cobrança de taxas; ao contrário, os serviços de transporte, água, energia elétrica, telefonia, gás, etc., ainda que prestados diretamente pelo Poder Público, são individualizáveis e remunerados por “tarifa” que é “preço público” e não taxa. Com efeito, é extremamente complexo investigar-se a natureza do serviço público, para tentar surpreender, neste ou naquele caso, o traço de sua essencialidade. Com efeito, cotejados em seus aspectos multifários, os serviços de comunicação telefônica, de fornecimento de energia elétrica, água, coleta de esgoto ou de lixo domiciliar, todos passam por uma “graduação de essencialidade” que se exacerba justamente quando estão em causa os serviços públicos difusos (*uti universi*), relativos à segurança, saúde e educação e outros casos de serviço público tarifado, o Poder Público é o fornecedor, pois o consumidor paga por aquilo que consome (tarifa), e que é fornecido pelo Estado. O preço do serviço só aparece com a utilização do seu serviço. Situação diversa ocorre com a saúde e educação, que são deveres do Estado, por expressa disposição constitucional. Esses serviços, porém, não são considerados como de relação de consumo, pois são possibilitados pelos pagamentos de tributos, os quais os contribuintes pagam por dever, e não porque utilizam os serviços. Não existe aqui relação de consumo, entrega de quantidade a ser paga e a utilização feita. A relação jurídica que então se apresenta é entre o contribuinte (aquele que é cadastrado ou lançado para pagar impostos, segundo De Plácido e Silva) e o Poder Público.

²³⁵ op. cit., p. 110.

setor privado, de harmonização das relações de consumo. Excluindo-se os serviços de utilidade pública (classificação de Hely Lopes MEIRELLES), ou *uti singuli*, uma parcela considerável da sociedade, que vive em condições precárias, não estaria albergada pela legislação protetiva do consumidor.

Para ele, somente com a aplicação irrestrita do CDC para todo e qualquer serviço público estar-se-ia atendendo ao princípio da universalidade da tutela, tão caro ao direito social, em geral, e ao consumidor, em particular, sem prejuízo ao sistema em apreço.

Em outra ponta está José Geraldo de Brito FILOMENO, quando afirma:

Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os “tributos”, em geral, ou “taxas” e “contribuições de melhoria”, especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária.

Não se há de confundir, por outro lado, referidos tributos com as “tarifas”, estas sim, inseridas no contexto dos “serviços” prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante concessão ou permissão pela iniciativa privada.

O que se pretende dizer é que o “contribuinte” não se confunde com “consumidor”, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.²³⁶

Como se vê, para esse autor, os serviços públicos *uti universi* estariam excluídos do âmbito de aplicação do CDC.

Em outro artigo, a professora Regina Helena COSTA²³⁷ executa o mesmo raciocínio de Filomeno, acrescentando, porém, um dado a mais, qual seja, a questão da remuneração específica. Afirma ela:

para saber-se se a prestação do serviço público, [...] sujeita-se à disciplina das relações de consumo, impõe-se lembrar, antes de mais nada, a definição legal de serviço constante do código de defesa do consumidor: ‘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’ (art. 3º, § 2º). portanto, é a exigência de remuneração específica pela prestação de determinado serviço público que vai determinar sua sujeição à disciplina legal das relações de consumo. A remuneração pela prestação de serviços públicos, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, é feita mediante taxa, na precisa dicção do art. 145, inciso II, da Constituição da República. A prestação de serviços públicos que não se revestem dos atributos da especificidade e da divisibilidade é realizada independentemente da exigência de remuneração específica; é custeada pelos impostos, espécies tributárias não vinculadas a nenhuma atuação estatal. Assim, serviços públicos como o fornecimento de água e energia elétrica, por exemplo, por serem específicos e divisíveis, e

²³⁶ Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.44

²³⁷ A tributação e o consumidor. Revista de Direito do Consumidor, n.21. São Paulo:RT, ano 1997, 97/104

ensejarem a exigência de taxa, estão sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Já serviços públicos gerais, como a segurança e a iluminação públicas, não comportando a exigência de remuneração específica, estão excluídos do regime jurídico da relação de consumo. Dessarte, o usuário-consumidor de serviço público, cuja prestação é remunerada mediante taxa, goza da proteção contemplada no Código de Defesa do Consumidor.

Na verdade, consoante tratamos no Capítulo II, quando se falamos de concessão de serviços públicos e de acordo com diferenciação traçada por S. C. NAVARRO COELHO a respeito de taxa e tarifa, aos serviços de fornecimento de água e energia elétrica, não é possível aplicar-se o raciocínio de remuneração de serviço mediante taxa.

Por essa razão, discorda-se de alguns dos fundamentos utilizados pela autora supracitada.

Rememorando um pouco o que foi mencionado neste trabalho, embora tenha uma destinação específica e divisível, conforme trata o inciso II do artigo 145 da Constituição Federal, a taxa possui característica de tributo. Por essa razão é compulsória, independe da acordância do usuário e sim da vontade da lei, está sujeita aos princípios da anterioridade, legalidade e anualidade.

Tal não ocorre nos serviços mencionados pela autora (energia elétrica, fornecimento de água). Em tais serviços estamos diante de uma remuneração mediante tarifa, adequada para remunerar atividades estatais delegáveis, impróprias, pois se faz necessária uma maleabilidade maior. A tarifa não está sujeita ao princípio da legalidade, tampouco da anterioridade. Sujeita-se ao regime jurídico do particular, prestador do serviço público, o qual, indiscutivelmente, visa o lucro.

As taxas seriam utilizáveis para remunerar serviços estatais ‘próprios’, indelegáveis, como ‘polícia’, ‘justiça’, ‘fisco’. E tais atividades, em face de todo o raciocínio desenvolvido pela própria autora, não estão albergadas pelo CDC.

Já Marcos Juruena VILELA²³⁸ observa que não há serviços públicos gratuitos, sendo todos custeados por impostos, em geral taxas e tarifas e ainda por meios alternativos, acessórios e complementares e que, ao equiparar o usuário ao consumidor, o Código não exigiu remuneração específica do serviço.

²³⁸ Apud GROTTI, D. A. M., op. cit., p. 344.

Maria José Galleno de SOUZA OLIVEIRA²³⁹ observa que existem serviços cujo cumprimento é de competência do Estado e, tendo em vista o caráter geral e a prestação universal à coletividade, são mantidos pela receita pública proveniente de fontes tributárias. Encaixa-se nesse conceito a segurança pública, justiça, emissão de papel moeda e saúde pública. Para essa autora, tais serviços não seriam tutelados pelo código do consumidor, por não haver prestação individual do usuário e a contraprestação sob forma de remuneração.

Outro dado interessante a ser considerado, ainda neste contexto, refere-se ao direito básico do consumidor de liberdade de escolha, previsto no artigo 6º do CDC.²⁴⁰

Ora, à medida que se admite a natureza compulsória da taxa, não é possível admitir a prevalência de liberdade de escolha do consumidor na utilização de referido serviço público. E, por não estar presente esse direito básico, não se evidencia uma relação de consumo.

BONATTO²⁴¹, ao tratar do tema, considera que: “na aferição da existência da figura do consumidor, deverá estar presente a consensualidade, a qual não se apresenta na situação de pagamento impositivo de tributos (...) Resulta que é fundamental que ao consumidor seja reconhecido o seu direito de livre escolha, pois, ao contrário, de um modo geral, não será consumidor”.

Roberto Senise LISBOA,²⁴² seguindo essa mesma linha de raciocínio, considera:

Mesmo as taxas não se constituem na remuneração preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor (...) A especificidade da destinação da taxa se refere ao destino que esse tributo terá. A especificidade do serviço nas relações de consumo denota a escolha do consumidor em obter determinada atividade remunerada e não outra. A remuneração paga pelo consumidor deve importar na contraprestação pelo serviço que ele está adquirindo e efetivamente vai se utilizar. A destinação dos recursos da taxa não é necessariamente revertida para toda a coletividade no sentido empregado pelo Direito do Consumidor, não se podendo afirmar que todas as pessoas de fato se valerão dos resultados da verba obtida pela arrecadação de taxas.

²³⁹ op. cit., p. 120.

²⁴⁰ Art. 6º – São direitos básicos do consumidor: II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

²⁴¹ apud AZEVEDO, F. C., op. cit., p. 94.

²⁴² apud Ibid., p. 94.

Dito isso de outro modo, não há relação contratual entre o poder público, arrecadador de tributos, e o particular, que se vale dos serviços públicos prestados por este agente, pois não há consensualidade na relação jurídica. Quando o Estado cobra tributo, age com *ius imperii*.²⁴³ Sua relação para com o cidadão não é de coordenação, e sim de subordinação.

Por fim, registre-se a posição contrária de Cláudia Lima MARQUES,²⁴⁴ manifestada na obra “Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor”. Segundo a autora, há serviços prestados de forma monopolista pelo Estado, sem outra alternativa para o administrado, o que impõe a aplicação do Código. Aduz, ainda, que muitas taxas cobradas no Brasil são, na verdade, preços públicos; e, por fim, que retirar os consumidores de alguns serviços públicos *uti singuli* (hoje semipúblicos) da égide do Código de Defesa do Consumidor significa excluí-los de uma proteção efetiva e baseada na noção de igualdade material e no ideal de liberdade.

Efetivamente, trata-se de uma questão polêmica, que, ao nosso ver, está longe de se consolidar. O que é certo, entretanto, é que a controvérsia acerca dos serviços públicos tutelados pelo CDC se restringe, basicamente, à forma como são remunerados.

O posicionamento firmado no presente estudo filia-se à inaplicabilidade do CDC aos serviços públicos remunerados mediante taxa ou qualquer outra espécie de tributo, cuja exigibilidade é compulsória. Nessa hipótese, não estaremos diante da figura do Estado como fornecedor de serviços, pois ele estará agindo com exclusivo *ius imperii*. Inexistindo a figura do fornecedor de serviços, não estaremos diante de uma relação de consumo. Acrescente-se a isso o fato de

²⁴³ NOVELLI lembra que a taxa, enquanto tributo é, uma prestação pecuniária, devida a um ente público e juridicamente fundada (frise-se: tanto quanto ao imposto) no poder de império do Estado, sendo que o seu fato gerador consiste, genericamente, no exercício de uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte (cf. CTN, arts. 16 e 77). Daí segue a conclusão: o critério diferencial entre a taxa e o preço público deve respeitar à natureza e ao conteúdo da atividade estatal, ocorrendo o fato gerador da taxa quando esta atividade for específica, ou seja, atividade não apenas subjetivamente pública, mas pública no sentido de que necessariamente requeira, como de fato requer, para fundamento jurídico da correspondente prestação (pecuniária) do obrigado, o poder de império do Estado. Apud SAVARIS, J.A., op. cit., p. 68. E mais, para este autor, o poder de império do Estado será o fundamento jurídico da prestação do obrigado, sob a forma de tributo, quando constitua forma necessária de uma relação jurídica instaurada por uma atividade estatal específica – inerente ao Poder Público – relativa ao contribuinte. A existência de um serviço que somente pode ser prestado pelo Estado conduziria à sua remuneração pela via tributária da taxa.

²⁴⁴ apud VERDANA, A. T., Direito do Consumo. Antônio Carlos Efig (coord.). Curitiba: Juruá, 2001, p. 159.

que a relação jurídica tributária não se confunde com a relação jurídica de consumo.

Ainda, entendemos que o espírito das normas do CDC demandam uma remuneração identificável e como contrapartida exata do serviço prestado.

4.7. Aplicabilidade do CDC às normas contidas na nova Lei de Parcerias

O novo regramento relativo à lei de parcerias, regulado pela Lei nº 11.079/04, criou duas novas figuras jurídicas no âmbito das concessões.

Nascem, dessa lei, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Aquela, envolve a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, porém com um dado novo, que é a contraprestação pela administração pública, além da tarifa cobrada dos usuários dos serviços; esta, envolve contratos administrativos em que a Administração Pública participa na condição de usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Observe-se que, no âmbito da concessão dos serviços públicos, independentemente da existência de uma contraprestação efetivada pela Administração Pública, persiste a figura do concessionário particular, a figura do usuário, bem como o fornecimento de um serviço remunerado, também por este último.

Diante disso, nesta nova modalidade de concessão, indiscutivelmente, também se evidencia uma relação de consumo.

Por outro lado, tal conclusão não se pode estender plenamente para a modalidade de concessão administrativa de que trata o artigo 2º, e que se refere aos contratos administrativos de que a Poder Público participa na condição de usuário direta ou indireta.

Assim se diz, primeiro, porque a relação mantida entre administração pública e concessionária é de direito público regulada por lei específica e pela Constituição Federal. Além do mais, a administração pública não poderá ser considerada destinatária do produto da contratação, no caso a obra pública executada, e sim a coletividade.

Segundo, porque não encontramos a figura do usuário de serviço público que remunere direta e especificamente, mediante tarifa, o serviço a ser por ele usufruído.

Por outro lado, como estamos diante do nascimento recente de uma nova relação jurídica, será somente com o tempo e à medida que as contratações forem efetivadas que será possível analisar com maior profundidade a aplicação do CDC a esta espécie de contrato público. Ademais, reiteramos que o foco deste trabalho é a concessão de serviços públicos.

4.8. Os direitos básicos e os serviços públicos

Uma das alternativas encontradas para o estabelecimento de uma relação paritária entre fornecedores e consumidores, tendo em vista a evidente situação vulnerável destes últimos, foi a fixação de um rol de direitos básicos dos consumidores no CDC.

O artigo 6º do Código sintetiza um número considerável de direitos materiais e processuais. Tais dispositivos sempre serão o norte necessário para as partes envolvidas em uma relação jurídica cujo objeto é a relação de consumo, bem como para o aplicador da lei diante do caso concreto.

Há quem diga que o Código de Defesa do Consumidor poderia se encerrar no artigo 6º, já que este dispositivo contém toda a gama de direitos necessários à proteção o consumidor. O mais, contido na lei, decorreria necessariamente dos preceitos inseridos nesse artigo.

Não se pode entender, por outro lado, que o rol contido no artigo 6º seja taxativo, já que, enquanto direito fundamental, a defesa do consumidor possui ampla proteção.

Pois bem. De acordo com tal dispositivo legal, os fornecedores são obrigados a inserir no mercado de consumo bens ou serviços que não afetem a segurança, a vida ou a saúde dos consumidores.

Do mesmo modo, o consumidor possui direito à educação e à divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, sendo asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

Para que o consumidor possa consumir de forma livre e consciente, ele necessita ser informado adequadamente e de forma clara sobre os produtos ou

serviços que está adquirindo. São necessárias especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço. Acreditamos que o princípio da informação seja o pilar de toda a sistemática do Código de Defesa do Consumidor.

A lei confere ao consumidor proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços.

É seu direito, também, a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Ressaltamos que os preceitos de ordem processual foram tratados logo no item seguinte.

Por fim, o inciso X do artigo 6º do CDC estabelece a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Com efeito, este não é o primeiro dispositivo do Código que trata da prestação dos serviços públicos; já no artigo 4º, no âmbito da Política Nacional de Relações de Consumo, encontramos a racionalização e melhoria dos serviços públicos²⁴⁵ como princípios a serem observados para satisfação das necessidades dos consumidores.

Vale dizer que restou demonstrado no Capítulo II deste trabalho que a matéria atinente à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, prevista na Lei 8.078/90, é tratada na lei específica de concessões, editada posteriormente, em 13/02/95.

Diante disso, em razão da especificidade da matéria, o entendimento do que vem a ser uma prestação de serviço público adequado e eficaz deve se dar à luz da lei de concessões e no âmbito da disciplina de direito público (o Direito Constitucional e Administrativo).

²⁴⁵ A idéia de racionalização tem a ver com o emprego da lógica do racional (técnico), que é diferente da lógica do razoável (político). MOREIRA NETO, D. explicita a distinção, ao tratar do princípio da razoabilidade, exemplificando: “para se construir uma ponte, usa-se a lógica do racional; para decidir se se deve ou não construí-la, necessita-se da lógica do razoável. No primeiro caso, trabalha-se com causas e efeitos, e, no segundo, com razões e interesses.” (*Curso de Direito Administrativo*, p.72) . SOUTO, M. J. V esclarece: “ Enquanto o controle do razoável envolve forte conteúdo político, sindicável apenas diante de ‘ zonas de certeza (positiva ou negativa)’, mas nunca na chamada zona cinzenta, o controle da racionalidade, sendo técnico, permite uma avaliação objetiva do resultado, que, em síntese, representa o atendimento do princípio da eficiência, elevado à categoria de princípio constitucional” (*Desestatização, Privatização, concessão e terceirizações*, p.416). *apud* GROTTI, D. A. M. op. cit., p. 341.

Assim se diz, porque o núcleo da prestação de serviços é o serviço público, que possui regramentos específicos (restrições ao particular prestador do serviço e também ao seu usuário, assim como prerrogativas do poder público), como já repetitivamente demonstramos nos capítulos anteriores desta dissertação.

Trata-se, inclusive, de afirmação do princípio da unicidade e da coerência do sistema jurídico que confere certeza e segurança às relações jurídicas²⁴⁶. Não é possível que o conceito de serviço eficaz e adequado no âmbito das relações de direito público seja apartado dos objetivos preconizados na legislação consumerista.

Rememore-se que a adequação é atributo essencial que se exige dos serviços públicos. É o que estabelece o artigo 6º da Lei 8.987.

É certo que não existe uma fórmula pronta do que venha a ser serviço adequado no âmbito da disciplina de direito público, pois, como já foi afirmado, trata-se de um conceito indeterminado, que deve ser moldado de acordo com as circunstâncias, isso porque a dinâmica e a evolução da sociedade conduz a uma mutabilidade constante das necessidades humanas.

Assim, na disciplina de Direito Público, serão *adequados* os serviços que, em face das circunstâncias, possam ser reconduzidos ao conceito, na acepção de terem sido adotadas as precauções viáveis em face das condições materiais e humanas.²⁴⁷

Peculiaridades dessa relação devem ser lembradas, notadamente no que diz respeito à visão da adequação como uma relação entre vantagens e encargos a serem fruídos pelo usuário. Segundo M. JUSTEN FILHO, já citado nesse aspecto, é preciso ter em mente que exigência de um serviço absolutamente perfeito equivale a produzir elevação do valor pago pelos usuários. Tal poderia acarretar a existência de um serviço da mais elevada qualidade, de que não poderiam usufruir os usuários por carências de condições econômicas.

²⁴⁶ “O sistema jurídico deverá, teoricamente, formar um todo coerente, devendo, por isso, excluir qualquer contradição lógica nas asserções, feitas pelo jurista, elaborador do sistema, sobre as normas, para assegurar sua homogeneidade e garantir a segurança na aplicação do direito. Para tanto, o jurista lançará mão de uma interpretação corretiva, guiado pela interpretação sistemática, que o auxiliará na pesquisa dos critérios para solucionar a antinomia a serem utilizados pelo aplicador do direito”. DINIZ, M. H. Conflito de Normas. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13, no mesmo sentido Bobbio: (...) a falta de coerência impede sejam atendidas duas exigências fundamentais em que se inspiram, ou devem inspirar-se, os ordenamentos jurídicos, a saber, a exigência de certeza e a exigência de justiça. Apud MACHADO, H. B. Introdução ao estudo do direito. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 171.

²⁴⁷ JUSTEN FILHO, M. Teoria Geral das Concessões, p. 305.

Ou seja, nessa hipótese, um serviço de absoluta qualidade, mas de alto custo, poderia não ser considerado adequado, pois não atenderia às necessidades do cidadão.

Trata-se de uma avaliação econômica, que, no dizer do autor, apresenta limites, estabelecidos pelo valor fundamental da dignidade da pessoa humana. Tal significa dizer que uma tarifa reduzida, cobrada como contraprestação por um serviço público modesto, atenderia ao conceito de serviço adequado, desde que correspondesse ao mínimo necessário à satisfação das necessidades coletivas, quais sejam, a dignidade da pessoa humana.

Relembre-se que, do ponto de vista técnico-econômico, um serviço, para ser adequado, deve corresponder à necessidade que motivou a sua instituição e deve, nos termos do art. 6º da Lei de Concessões, ser regular, contínuo e seguro.

O objetivo aqui foi introduzir o pensamento de que, ao longo deste trabalho, se procurou direcionar a aplicação do CDC aos serviços públicos, sob o olhar das peculiaridades da disciplina de Direito Público em que está inserido este instituto.

Como veremos adiante, é indiscutível a aplicação do código aos serviços públicos prestados mediante concessão, até porque o artigo 22 do CDC é expresso nesse sentido. Tal afirmação denotaria, à primeira vista, uma análise a ser efetivada sem nenhum mistério jurídico. Esse argumento seria ainda mais reforçado, se considerarmos o pensamento equivocando de alguns doutrinadores que não levam em conta, na aplicação do CDC aos contratos de concessão de serviços públicos, a relação jurídica de fundo, mantida entre Estado (administração pública) e as empresas concessionárias.²⁴⁸

Ocorre, no entanto, que estamos diante de relações interligadas, pois é inegável que o contrato mantido entre a administração pública e a concessionária gera efeitos aos usuários consumidores dos serviços. Muitas das atitudes do

²⁴⁸ AZEVEDO, F. C. em sentido contrário considera que: “Nunca é demais lembrar o motivo pelo qual o CDC acolhe a prestação de serviços públicos como objeto da relação de consumo. Em que pese a prestação de serviços públicos estar sob a titularidade do Estado, e submetida às regras de direito público, bem como ao princípio da supremacia do interesse público, o fato é que a relação jurídica que se estabelece entre prestadores (públicos e privados) e usuários é uma relação econômica marcada pelo vínculo obrigacional (muitas vezes contratual) regido, desta maneira, pelo direito privado. Para o CDC interessa o equilíbrio das relações de consumo. No caso do consumo de serviços públicos, não se leva em conta a relação jurídica entre o Estado (leia-se Administração Pública *indireta* ou empresas privadas (fornecedores, segundo o art. 3º *caput*, do CDC) e os usuários de serviços públicos (art. 2º c/c art. 3º, § 2º, ambos do CDC).” op. cit., p. 85.

fornecedor de serviços (leia-se “concessionária”) são ditadas pelo poder público concedente. E o poder público, via de regra, assim o faz, em vista do interesse da coletividade.

Este pensamento nos leva a considerar que o tema relativo aos direitos básicos do usuário consumidor guarda estreita intimidade com a matéria que foi explorada no item subsequente, e que trata dos limites de aplicação do CDC. Antes, porém, foi feita uma breve abordagem sobre os aspectos processuais da legislação do consumidor.

4.9. Aspectos processuais

A Lei consumerista também se preocupou com a efetividade do processo sob sua égide, pois era necessário garantir a “acionabilidade” e adequada reparação ou prevenção de qualquer direito do consumidor.

Por essa razão, o artigo 6º, que trata especificamente dos direitos básicos do consumidor, dispôs, no inciso VI, sobre a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

De acordo com esse inciso, constata-se que efetividade está diretamente ligada à amplitude da reparação, ou seja, deverá abranger danos patrimoniais, morais e estará relacionada tanto a direitos individuais como a direitos difusos e coletivos.

Destaca-se, também, que esta tutela específica é uma das mais notáveis superações do direito tradicional, o qual somente se fazia atuante ante os danos produzidos e trazidos ao ordenamento jurídico.²⁴⁹

Diante desse contexto, além da efetividade, o inciso VI nos traz a noção clara da prevenção enquanto instrumento absolutamente necessário à proteção do consumidor.

Gabriel STIGLITZ entende que:

Trouxe o Código de Defesa do Consumidor formas de proteger os consumidores antes de os mesmos sofrerem lesões uma vez que, ‘no âmbito da proteção do consumidor’, um sistema unicamente sancionatório seria inadequado, especialmente porque o custo social que os danos derivados de produtos com problemas – acidentes de consumo – apresentam aos

²⁴⁹ LUNARDI, S. G., op. cit., p.39.

consumidores e ao mercado não são reparáveis adequadamente através daqueles mecanismos clássicos *ex posto facto*.²⁵⁰

Do mesmo modo, temos no artigo 6º. do Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso VII, a previsão de acesso aos órgãos judiciais e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. Trata-se, mais uma vez, da “prevenção”, ou seja, a forma adotada pelas próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços para evitar danos aos consumidores ou a terceiros, como é o caso dos conhecidos *recalls*, nos quais fornecedores buscam essa prática preventiva com a troca de peças em veículos ou até eletrodomésticos.²⁵¹

Como se vê, a tutela preventiva é a forma mais eficaz de proteção do consumidor. Nela busca-se amparar os direitos que não podem ser protegidos de forma adequada pelo ressarcimento em dinheiro, como, por exemplo, o consumo de alimento com efeitos cancerígenos. Num caso como este, não se outorgar a tutela preventiva equivaleria à expropriação dos direitos, admitindo-se apenas a tutela patrimonial, sem garantir aos cidadãos daqueles imprescindíveis a dignidade da pessoa humana.²⁵²

Também no inciso VIII do mesmo artigo dispôs sobre a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Com a inversão do ônus da prova o Código do Consumidor busca mais uma vez dar efetividade aos seus preceitos, pois restabelece o equilíbrio, no plano processual, da relação entre fornecedor e consumidor, à medida que relega o ônus da prova a cargo daquele que tem a capacidade técnica e financeira para tanto, o fornecedor.

Mas em que pese o artigo 6º. já conter previsão expressa a respeito da efetividade do processo no âmbito da relação de consumo, será nos artigos 83²⁵³ e 84 do Código de Defesa do Consumidor que vamos encontrar formas mais eficazes para assegurar a instrumentalidade e efetividade dos processos de proteção.

²⁵⁰ Soraya Gasparetto Lunardi, op. cit., p.40.

²⁵¹ José Geraldo Brito Filomeno, Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, op. cit., p.127.

²⁵² Soraya Gasparetto Lunardi, op. cit., p.42.

4.10. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessões

Além do disposto nos artigos 4º e 6º do CDC, encontramos no artigo 22 a seguinte disposição legal:

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.

A primeira polêmica que surge a respeito desse tema diz respeito à extensão do contido neste artigo. Ou seja, discute-se se a incidência do CDC aos serviços públicos se restringe ao que trata o dispositivo legal em questão, ou se o campo de incidência do CDC seria mais amplo, estendendo-se também aos demais regramentos do Código, a exemplo da responsabilidade, publicidade, dever de informação, adequação, inversão do ônus da prova e tudo o mais que a lei prevê.

Adalberto PASQUALOTO afirma que “basicamente, a disciplina dos serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor encontra-se no artigo 22. Os outros dispositivos mencionados (art. 4º, inciso VII, e 6º, inciso X) cuidam, respectivamente, de diretriz administrativa (norma programática) e de um direito geral do consumidor frente à administração pública”.²⁵⁴

José Geraldo Brito FILOMENO considera que “o poder público, enquanto produtor de bens ou prestador de serviços, remunerado não mediante a atividade tributária em geral, mas por tarifas ou preços públicos, se sujeitará às normas estatuídas, em todos os sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do novo Código do Consumidor, sendo, aliás, categórico o seu art. 22.”²⁵⁵

²⁵³ Art. 83 – Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

²⁵⁴ Apud GROTTLI, D. A. M., op. cit., p. 347.

²⁵⁵ Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 133.

Esse posicionamento é sustentado com base no parágrafo único do próprio artigo 22, claro ao estabelecer que, nas hipóteses de descumprimento parcial ou total das disposições do *caput* do referido artigo, as pessoas jurídicas serão compelidas a cumpri-las na forma do Código.

O autor argumenta, ainda, que esse dispositivo legal é um desdobramento do artigo 175 da Constituição Federal, ao dizer que cabe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos, já estabelece as linhas mestras de tal prestação de serviços públicos, dentre as quais se encontra precisamente a defesa do consumidor. Ou, então, quando em seu inc. II fala que a lei disporá sobre “os direitos dos usuários”, e, além disso, sobre a “política tarifária” (inc.III) e na “obrigação de manter serviço adequado” (inc. IV).²⁵⁶

Além das observações desse ilustre doutrinador, argumenta-se, também, a necessidade de se efetivar uma análise do artigo 22 em cotejo com os demais dispositivos do Código, que regulam a prestação dos serviços públicos, notadamente os artigos 4º, inc. VII, e 6º, inc. X.

Ora, se a racionalização e melhoria dos serviços públicos integram a Política Nacional de Defesa do Consumidor, e a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos constituem direitos básicos do consumidor, não seria possível imaginar que a aplicação da legislação consumerista se esgotaria nos limites do artigo 22.

“Grosso modo”, tal interpretação não estaria adequada ao princípio constitucional da defesa do consumidor e informador da ordem econômica.

O que grande parte da doutrina consumerista, focada apenas na análise isolada do direito do consumidor e desprendida da adequada interpretação do regime jurídico a que estão inseridos os serviços públicos prestados mediante concessão, irá dizer é que todas as demais disposições protetivas do CDC são irrestritamente aplicáveis aos serviços públicos em questão, até porque a própria lei específica, reguladora de tais contratos públicos, assim estabelece em seu artigo 7º.

De acordo com essa visão parcial e condicionada, as prestadoras de serviços públicos deveriam, em princípio, sofrer idêntico tratamento dos demais

²⁵⁶ FILOMENO, J.G.B., Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 88.

prestadores de serviços privados, abarcados pelo CDC. Isso significa dizer que as concessionárias são responsáveis pelo fato ou vício do serviço, pela oferta, pela publicidade, por eventuais práticas comerciais abusivas, pela cobrança de dívidas, pelos bancos de dados e pelo fiel cumprimento dos contratos, incluídas as cláusulas abusivas.

Não se pode olvidar, no entanto, que a relação mantida entre consumidor e concessionária de serviços públicos é antecedida e guiada por uma relação de direito público, firmada com o poder concedente e que assegura a este algumas faculdades e prerrogativas diferenciadas.

Tal não significa afirmar que o usuário consumidor não possua legitimidade para discutir e questionar as decisões regulatórias do poder público. Todavia, haverá situações em que o consumidor esbarrará em certas restrições típicas de direito público.

Observa-se, por exemplo, a impossibilidade de controle do mérito dos atos administrativos, uma vez que esses se inserem no conceito de *discrecionalidade administrativa*.²⁵⁷

Daí decorre que a ampla e irrestrita aplicação do direito do consumidor à relação jurídica de direito público, típica dos contratos de concessão, implica um número significativo de conflitos e que nem sempre será possível harmonizá-los.

Nesse contexto, M. JUSTEN FILHO²⁵⁸ fornece, como um primeiro exemplo de conflito, a problemática envolvendo o princípio da mutabilidade que é inerente aos serviços públicos e o disposto no artigo 51, inc. XIII do CDC, o qual considera nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração. Perceba-se que a incompatibilidade é notória.

O exemplo do autor elucida melhor o conflito:

²⁵⁷ Embora a concepção moderna do direito administrativo entenda que a “discrecionalidade deve deixar de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à participação e à eficiência como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública”. BINENBJOM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, p. 239:1-31 Jan/Mar. 2005.

²⁵⁸ Teoria Geral das Concessões, p. 557.

Suponha-se, então, o caso de telefonia fixa. Imagine-se que o concessionário estabeleça relação jurídica com o usuário (contrato), orientando-se por determinada regulamentação do poder concedente. Se houver necessidade e conveniência, o poder concedente alterará as regras pertinentes, com reflexos na situação jurídica do usuário. Em face do regime de Direito Administrativo, o usuário não poderia invocar *direito adquirido* à manutenção do regime jurídico. Mas sua pretensão poderia encontrar respaldo no regime característico do Direito do Consumidor.

A controvérsia é evidente porque, em termos de prestação de serviços públicos, não estamos diante de uma relação jurídica típica e unicamente do direito privado, em que pese reconhecermos que o Direito do Consumidor possui caráter multidisciplinar e, por essa razão, não se encaixaria unicamente no regime de direito público ou no regime de direito privado.

Na relação de direito público o interesse que está presente transcende a órbita das partes,²⁵⁹ o que não ocorre na relação de direito privado, cujo foco é o interesse egoístico das partes.

É certo, porém, que a dicotomia “público/privado” há muito se encontra superada. É por isso que Juarez de FREITAS irá afirmar que “mostra-se absurdo qualquer corte rígido ou linha divisória estrita e imoderada entre as esferas do público e do privado, pois tal corte impede a proporcional (adequada, necessária e razoável) visão dialética da mútua constituição entre Estado e cidadãos (não propriamente súditos) e desconhece o direito público justamente como o direito que cumpre, a par de outras funções, a meta de servir de anteparo ou de escudo de *garantia* contra o esmagamento do indivíduo perante o aparato estatal [...]”.²⁶⁰

Neste trabalho, inclusive, não se tem a pretensão de rejeitar a necessidade de entrelaçamento e harmonização das esferas pública e privada, como será possível demonstrar em abordagem subsequente.

No entanto, é fato que os regimes (direito do consumidor e serviços públicos) possuem divergências; delas decorrem conflitos, não sendo possível, desse modo, incidência plena do CDC no instituto de direito público em análise.

²⁵⁹ Não seria excessivo afirmar que a concepção do serviço público defere ao poder concedente a função de tutelar e defender o interesse coletivo (aí abrangido também o interesse dos usuários). Já o Direito do Consumidor assegura ao próprio consumidor e às entidades da Sociedade a função de sua defesa (sem que isso exclua a intervenção de órgãos estatais). JUSTEN FILHO, M., Teoria Geral das Concessões, p. 558.

²⁶⁰ FREITAS, J., Direito do Estado - Novos Rumos. Coordenadores Paulo Modesto e Oscar Mendonça. Tomo 2. Direito Administrativo. São Paulo: Max Lemonad, 2001, p. 206.

Lembre-se que a não observância dos princípios que dão sustento aos serviços públicos implica violação direta de direito fundamental da dignidade humana.

Diante dessa importante constatação, verifica-se que a problemática a respeito da extensão da aplicabilidade do artigo 22 do CDC envolve, na verdade, uma discussão prévia e de dimensão muito maior, vinculada aos limites de aplicação de todo o sistema do CDC aos serviços públicos prestados mediante concessão.

Nos itens subseqüentes, procuramos demonstrar e relacionar os fundamentos que se prendem a essa constatação, alguns já muito bem consolidados pelo professor M. JUSTEN FILHO, como veremos adiante, bem como alguns casos práticos que evidenciam os conflitos enfrentados pela magistratura brasileira.

4.10.1. A situação do fornecedor de serviços públicos e o serviço público como desempenho de função pública

O fornecedor que não presta serviços de caráter público não é obrigado a estruturar sua atividade visando o interesse público. O objetivo de sua instituição é tão-somente a obtenção de lucro. Por outro lado, a empresa concessionária de serviço público submete sua atividade aos princípios de direito público e apenas pode intentar a satisfação egoística de seu interesse de lucro à medida que se realize o interesse público.²⁶¹

Nas palavras de M. JUSTEN FILHO, “O interesse público que entranha a prestação do serviço público significa, que o usuário é titular de interesses assemelhados aos do prestador”.²⁶²

Além disso, prevalece a questão da autonomia. O particular prestador de serviços privados possui autonomia para gerir seus negócios, decidir o rumo de sua instituição, definir a forma em que seus serviços serão estruturados, qual o público-alvo pretende atingir, etc. Tal não ocorre com o prestador de serviços públicos, cuja estruturação dos serviços é formatada em outros moldes. À medida que executa essa espécie de serviço, necessita atender à universalidade de

²⁶¹ JUSTEN FILHO, M. Teoria Geral das Concessões, p. 558.

²⁶² Ibid., p.558.

usuários, mesmo que parte significativa de consumidores não lhe desperte interesse econômico algum, ou seja, não gere lucro. Dependendo da dimensão da concessão outorgada, todos os demais negócios da empresa concessionária poderão restar comprometidos e vinculados a esse empreendimento.

Essa questão também é tratada por M. JUSTEN FILHO como uma diferenciação decorrente da disciplina regulamentar administrativa a que está inserido o concessionário e que lhe impede escolher as regras e fixar as condições das negociações que praticará.²⁶³

Por essas razões, não seria incorreto afirmar que o desequilíbrio típico da relação de consumo, como tratado anteriormente, por decorrer do poderio econômico e manipulador de grandes corporações privadas que inclusive ditam as regras no mercado de consumo e as próprias necessidades dos consumidores, deve ser analisado sob outra ótica, já que esse raciocínio não é possível de ser aplicado rigorosamente aos prestadores de serviços públicos. Não se está diante de um desequilíbrio decorrente da busca desenfreada pelo lucro. A situação pode gerar desequilíbrio, mas em vista de um fim primeiro, que é o interesse público.

Conclui-se, pois, que a prestação do serviço público corresponde a uma função pública e, por essa razão, muitas restrições ou limitações impostas ao consumidor do serviço público são justificadas pelo interesse público, o que não ocorre nas atividades privadas.

Isso significa dizer que, no âmbito dos serviços públicos, é um dever a satisfação do interesse coletivo e qualquer lesão à comunidade como um todo, para assegurar a satisfação de um único e determinado usuário²⁶⁴ implica violação da ordem constitucional.

Observa-se, por fim, que esse posicionamento coincide com o fenômeno da *funcionalização* do direito,²⁶⁵ que submete os interesses individuais, egoísticos, dos cidadãos à realização dos direitos fundamentais.

²⁶³ Teoria Geral das Concessões, p. 559.

²⁶⁴ Ibid., Teoria Geral das Concessões., p. 558.

²⁶⁵ Expressão de JUSTEN FILHO, M. Teoria Geral das Concessões., p.49.

4.10.2. A situação do usuário e o interesse a ser tutelado

Retomando o que foi tratado no âmbito dos princípios dos serviços públicos, vimos que o serviço público é um instrumento de satisfação dos direitos fundamentais. Sua finalidade é o interesse público. Por tais razões, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade, jamais os interesses secundários do Estado ou dos que hajam sido investidos no direito de prestá-los.²⁶⁶

O serviço público existe para garantir a satisfação das necessidades coletivas; por essa razão, o Estado, ou o que lhe faça as vezes na sua execução, é obrigado a fornecer e proporcioná-lo à generalidade dos cidadãos.

Diante disso, é possível constatar que a prestação de serviços públicos deverá sempre estar focada no interesse da coletividade e não apenas na conveniência de uma parcela ou minoria de usuários.

A fixação das condições atinentes à prestação do serviço tem que levar em consideração a generalidade dos usuários para evitar que a atribuição de benefícios ou vantagens individuais comprometa a possibilidade de atendimento a todas as necessidades.²⁶⁷ O CDC não contempla, em suas disposições, a observância desses princípios no âmbito da prestação de serviços públicos.

Para fixar esse entendimento, o que se pretende deixar claro é que a disciplina do direito do consumidor destina-se a tutelar, primariamente, o interesse privado do consumidor, pois ele existe também para tutelar interesses difusos e coletivos,²⁶⁸ enquanto que os serviços públicos tutelam interesses da coletividade.

Nesta seara, com razão está M. JUSTEN FILHO quando afirma que:

[...] impõe-se tutela muito mais intensa ao usuário do serviço privado do que se passa perante o público. No serviço privado, somente existem em jogo interesses disponíveis; a tutela da parte economicamente mais fraca não põe em jogo questões mais relevantes. No campo do serviço público, o interesse do prestador do serviço é público; o do usuário é privado. Logo, é cabível evitar que o usuário, como parte economicamente mais fraca, tenha seus interesses indevidamente sacrificados. Mas não é admissível que o interesse particular do usuário seja superposto ao interesse público.

²⁶⁶ MELLO, C.A.B., *Direito do Estado – Novos Rumos*, op. cit., p. 28.

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, M., *Teoria Geral das Concessões*, p. 559.

²⁶⁸ Nessa hipótese entendemos não existir controvérsia ou conflito, pois o interesse coletivo é único.

4.10.3. A proteção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o CDC.

No âmbito da aplicação do CDC aos serviços públicos prestados mediante concessão, um dos temas essenciais e mais controversos relaciona-se ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, isso porque estamos diante de um princípio fundamental da concessão dos serviços públicos. Pode-se afirmar, inclusive, que o equilíbrio representa a garantia da prestação de tais serviços.

Já dissemos que a equação “econômico/financeiro” é a contrapartida que o particular, concessionário de serviços públicos, possui, pela intervenção e ingerência direta do Estado sobre os serviços a serem prestados, e que a quebra desse equilíbrio acarreta uma consequência consistente na mudança dos resultados econômicos previstos originalmente.

Repise-se que não se trata de direito a lucro e sim de manutenção das condições originais da outorga.

Também demonstramos que a intangibilidade da equação “econômico/financeiro” está protegida constitucionalmente, conforme explicitado no artigo 37, inc. XXI da Constituição Federal, que dispõe:

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

Dito isso, ao se fazer valer qualquer alteração originária dos preceitos do Direito do Consumidor e não de previsão contratual, automaticamente estaremos diante de uma alteração de relevância econômica a ser arcada pelo prestador de serviços públicos.

Como não estamos diante de uma relação privada, não poderá o particular repassar este custo de acordo com as regras de mercado. A imposição atinente ao serviço público reflete-se diretamente sobre o Estado, o que significa elevação da carga tributária ou das tarifas públicas.

Ou seja, supondo-se que determinada particularidade do serviço público é executada porque assim restou determinado pela administração pública desde o

edital licitatório até o contrato de concessão. O concessionário programou todo o seu custo e realizou o projeto de execução de tais serviços públicos de acordo com as exigências do poder público. Observe-se que, talvez, se as condições fossem outras, o particular nem tivesse ingressado no processo licitatório. Posteriormente, determinada associação de consumidores ingressa com medida judicial contra a concessionária alegando que determinada atividade do fornecedor de serviços públicos, embora fundada no contrato de concessão, constitui pretensa prática infrativa às normas protetivas do consumidor.

A alteração da prática da concessionária poderá implicar aumento de seus encargos e, conseqüentemente, alteração das condições originais da outorga. Será imperativa a reposição econômica das perdas do concessionário, notadamente se a ausência dessa atitude colocar em risco toda a prestação do serviço público.

Observa-se que não se está negando a aplicação do CDC na hipótese aventada, mas o que se pretende é chamar a atenção para uma necessária reflexão sobre o tema.

É por isso que se diz que a proteção do equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia da prestação do serviço público. O concessionário ingressa no processo licitatório e, saindo vencedor, aceita a prestação dos serviços, mesmo ciente de que o poder público possui prerrogativas para alterar as condições da outorga; sabe que os serviços públicos possuem peculiaridades inúmeras, que em última análise, se traduzem na satisfação do interesse público, porque lhe é assegurada a garantia à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Inúmeras demandas vêm sendo intentadas nesse sentido, sendo que algumas delas foram tratadas mais adiante; elas exigem do magistrado a cautela necessária para análise rigorosa do entrelaçamento da disciplina dos serviços públicos, do instituto das concessões e do microsistema do código de defesa do consumidor.

A aplicação isolada do CDC resultará em um posterior restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ônus que, em última análise, será suportado pela própria comunidade, na pessoa de seu representante, o Estado, ou seja, sairá do bolso do próprio consumidor.²⁶⁹ Obviamente, a análise envolve prática do concessionário calcada nas diretivas do poder público.

²⁶⁹ Em sentido contrário, adverte FREITAS, J.: Por outra banda, como a prestação de serviços públicos (...) precisa guardar nexos direto com o contrato público – para evitar, em regra, a

4.11. Conflito de leis: lei especial posterior

Como estamos diante de duas leis ordinárias, válidas, ambas calcadas em princípios e direitos fundamentais, cumpre abordar o tema do conflito de leis, sem nenhuma pretensão de exaustão, cuja utilização servirá como subsídio para solucionar as controvérsias decorrentes da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos delegados pelo instituto da concessão.

A matéria relativa à vigência das leis no tempo e o conflito decorrente de normas pertencentes ao mesmo escalão é regulada pela Lei de Introdução ao Código Civil - LICC e tratada, também, na doutrina da Teoria Geral do Direito.

No âmbito da doutrina, argumenta-se que o primeiro passo para a solução de um conflito de leis se dá pelo conhecimento das características e natureza dos normativos envolvidos.

Pois bem, a discussão em exame envolve a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que possui *status* de lei geral, pois tutela todo o universo de relações entre consumidores e fornecedores, e a lei que dispõe especificamente sobre os contratos de concessão, de n. 8.987, publicada em 13 de fevereiro de 1995, lei subjetivamente específica, pois regula o instrumento pelo qual se dá a prestação dos serviços públicos. Não olvidamos, no entanto, que esta lei também é considerada uma lei geral das concessões.

A legislação consumerista, como já esclarecemos neste trabalho, tem fundamento constitucional, pois o direito do consumidor é assegurado como direito fundamental (art. 5º) e ainda como princípio informador da ordem econômica (inciso XXXII).

Em que pese tal proteção, destina-se esta lei à tutela de um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre

reprovável precariedade instabilizadora – as cláusulas disciplinadoras do ajuste hão de ser, por isso mesmo, tangidas pelo interesse público e pelos demais princípios que regem a Administração, proibida qualquer alteração desproporcional, o que não afasta, muito pelo contrário, que se tenham como nulas de pleno direito as referidas cláusulas abusivas (nulidade insuscetível à preclusão), a teor inclusive, nos termos presentes, do art. 51, IV do CDC. Portanto, o reequilíbrio econômico-financeiro nunca poderá ser abusivo em relação ao usuário, sob pena de cristalização de nulidade absoluta. op. cit., p. 227.

mercado, intervindo em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade das partes.²⁷⁰

Na outra ponta está a lei de concessões que regula o instrumento pelo qual se presta o serviço público. Este, por sua vez, enquanto núcleo deste instrumento, encontra fundamento também na Constituição Federal e, ao contrário do microssistema consumerista, possui como foco o interesse coletivo. Não está destinado a nenhum grupo específico e sim à generalidade dos usuários. Ele existe para satisfação dos direitos fundamentais dos usuários e de suas conveniências.

Face às peculiaridades dessas leis, que se revelam incompatíveis em certas situações até por conta dos princípios que as inspiram e dos regimes jurídicos envolvidos, constata-se a ocorrência de conflitos em alguns de seus dispositivos. Observa-se que não se trata de incompatibilidade da integralidade do CDC ou da lei de concessões, mas, sim, de alguns de seus preceitos.

Claudia Lima MARQUES utiliza a expressão “conflito de normas”,²⁷¹ pois, segundo ela,

(...) se duas leis estão em conflito para determinar qual será aplicada a um caso, por exemplo, quanto à validade de uma determinada cláusula contratual, se o intérprete conclui pela aplicação de uma das leis (lei prevalente), tal conclusão parece determinar logicamente a total exclusão de aplicação da outra lei, mesmo no que se refere a outros temas, como o da interpretação do referido contrato ou a existência ou não de um dever anexo, dever contratual de informação, etc. Na maioria dos casos, porém, a contradição existente é apenas entre algumas disposições (normas), continuando-se a aplicar ambas as leis (a exceção das normas conflitantes) a um mesmo contrato. A regra geral é, justamente, da continuidade das leis do sistema.²⁷²

Não é possível, por exemplo, entender ou aplicar o conceito de revogação do CDC em face do advento da lei de concessões por se tratarem de diplomas com regulações normativas distintas, muito embora ambos tratem dos direitos dos usuários de serviços públicos e da forma em que deve ocorrer a prestação de tais

²⁷⁰MARQUES, C. L., op. cit., p. 504.

²⁷¹ Importante é a distinção que há de se fazer entre *norma e lei*. A norma pode ser veiculada através da lei, mas com esta não se confunde. Lei, em sentido formal, é o ato estatal, produzido pelo órgão do Estado, geralmente o parlamento, dotado de competência para o exercício da função legislativa. Pode albergar uma norma, e pode albergar uma prescrição jurídica concreta, vale dizer, destinada a uma situação concreta determinada. A lei, em sentido material, esta sim é uma norma. Mas a norma não é necessariamente uma lei. Pode estar na Constituição, e pode estar em um ato estatal inferior, como o regulamento, uma portaria, etc. Por outro lado, uma norma pode estar em mais de uma lei. Parte em uma e parte em outra. A palavra *lei* designa o veículo, que pode conduzir uma *norma* ou um *ato de efeitos concretos*. A palavra *norma* designa a prescrição jurídica de efeito repetitivo e pode ser veiculada através da Constituição, da lei, do regulamento, da portaria. MACHADO, H. B. op. cit., p. 88.

²⁷² op. cit., pp. 515/516.

serviços. A revogação do CDC implicaria abrir uma imensa lacuna no sistema jurídico,²⁷³ até porque a LICC, ao tratar do tema, dispõe, no § 1º do artigo 2º, que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Assim, quando nos deparamos com duas normas contraditórias total ou parcialmente, estamos diante de uma antinomia jurídica.

O entendimento desse fenômeno muito comum entre os operadores do direito, dada a incrível multiplicação de leis,²⁷⁴ é importante para o presente estudo, porque dá uporte para uma interpretação mais adequada nas situações de choque entre as normas do microssistema do consumidor e do regime de direito público típico dos contratos de concessão.

A antinomia, como já foi dito, é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular.²⁷⁵

De acordo com os ensinamentos de Niklas LUHMANN²⁷⁶ e da Teoria Geral do Direito, o sistema jurídico é composto por vários subsistemas, que se relacionam entre si e por isso são interdependentes. Trata de sistemas abertos que recebem e trocam informações entre si. Para que seja possível essa convivência entre subsistemas, é necessária a unidade e a coerência do sistema jurídico. A antinomia ocorre quando há quebra de coerência dentro do subsistema normativo. Já, quando ocorre uma incongruência entre subsistemas, estamos diante de uma lacuna.

Quando se afirma que o sistema jurídico é aberto, nas palavras de Tércio Sampaio FERRAZ JR.,²⁷⁷ significa que nele se pode encaixar um elemento

²⁷³ Nesse sentido, DINIZ, M. H. , nos ensina: Como o conflito normativo não é uma contradição lógica, a derrogação que o soluciona também não é um princípio lógico. A *derrogação*, segundo Hans Kelsen, é uma função normativa, consistente na negação da validade da norma, geral ou individual, em vigor, por meio de edição de outra norma. O problema da derrogação é, portanto, relativo ao âmbito de validade temporal da norma. A função derogatória não é de uma das duas normas conflitantes, mas de uma terceira norma, que estabelece que em caso de conflito de normas uma ou outra, ou ambas perdem a validade. Logo nenhuma das normas em conflito retira a validade da outra. A abolição da validade de uma delas ou de ambas só pode dar-se mediante um processo de produção de normas, ou seja, por meio de uma norma derogatória. Op. cit., p. 14.

²⁷⁴ Maria Helena Diniz, op. cit., p. 15.

²⁷⁵ Maria Helena Diniz, op. cit., p. 19.

²⁷⁶ LUHMANN, N. A nova teoria dos sistemas. Trad.: SAMIOS, E. B. M.. Porto Alegre: UFRGS, GOETHE INSTITUT/ ICBA, 1997.

²⁷⁷ apud DINIZ, M. H., op. cit., p.12.

estranho, sem necessidade de modificar sua estrutura. É um sistema incompleto e prospectivo, porque se abre para o que vem, não alterando suas regras.²⁷⁸

Tal significa dizer que o sistema jurídico não é estático; ele é dinâmico. Por essa razão, uma vez constatada a antinomia, o jurista deverá se valer dos vários subsistemas a fim de encontrar uma solução harmônica.

Ao construir o sistema jurídico e levando em conta essa dinâmica do direito, o jurista tem a tarefa de estabelecer critérios para identificar ou reconhecer a antinomia e a de apontar critérios para a sua resolução, tão logo a reconheça.²⁷⁹

Esclareça-se que a solução a ser encontrada há de ser legítima.

C. L. MARQUES irá dizer que estaremos diante dessa legitimidade ao nos valermos do “diálogo das fontes” - expressão de Erik JAYME – e que se traduz na aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da Constituição, com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas com eficácia (brilhos) diferenciados a cada uma das normas em colisão. O “brilho” maior será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito, embora todas as leis participem da solução concorrentemente.²⁸⁰

Já deixamos claro neste estudo que os serviços públicos se destinam à satisfação dos direitos fundamentais, tendo por finalidade o interesse público. A garantia da dignidade da pessoa humana se faz também pela prestação dos serviços públicos. E a dignidade, como já mostramos, nada mais é do que um direito humano.

Sendo possível, a compatibilização das normas em conflito, sempre com um pano de fundo constitucional e seguindo a linha mestra da pós-modernidade, cuja bandeira é o respeito aos direitos humanos, no dizer desta autora, a antinomia aparente desaparecerá.

²⁷⁸ O sistema jurídico é o resultado de uma atividade instauradora que congrega os elementos do direito (repertório), estabelecendo as relações entre eles (estrutura), albergando uma referência à mundividência que animou o jurista, elaborador desse sistema, projetando-se numa dimensão significativa. O sistema jurídico não é, portanto uma construção arbitrária. O direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida. A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de maneira que os legisladores, quase que diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais, constantemente, estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. DINIZ, M.H., op. cit., pp. 9/10.

²⁷⁹ Bobbio apud ibid., p. 16.

²⁸⁰ MARQUES, C.L., op. cit., p. 519

Contudo, se a contradição é tal que não seja possível resolvê-la pelo critério interpretativo, como a hipótese de uma norma que proíbe determinada cláusula contratual enquanto a outra autoriza essa conduta, estamos diante de uma antinomia real, solucionável pelos critérios tradicionalmente utilizados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

O critério cronológico é resolvido no âmbito da LICC. Define que a lei posterior prevalece sobre a anterior. Só resolve controvérsia entre leis de mesmo grau hierárquico e se ambas forem de mesma espécie (geral ou especial).

Pelo critério hierárquico, a norma hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior. Tem sua origem na idéia de hierarquia entre as leis presentes no mesmo sistema, fixando-se hoje, especialmente, no caráter constitucional, complementar ou derivado de uma das normas em contradição.²⁸¹

Registre-se que o artigo 59 da Constituição Federal também fornece a ordem hierárquica das fontes legislativas.

Por fim, o critério da especialização considera a matéria regulada na lei como recurso aos meios interpretativos.

A norma será especial por conter, em sua definição legal, todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes.²⁸² A norma geral não será aplicável ante a maior relevância desses elementos especiais.

Assim, diante de uma incompatibilidade entre lei nova especial e lei geral anterior, pelo critério da especialidade, prevalecerá aquela.

Esta é a situação em enfoque. O CDC é um Código de conduta geral e princípios a serem observados nas relações de consumo; por isso, não regula contratos específicos. A lei de concessões trata de contratos específicos para prestação de serviços públicos, embora admita a aplicação do CDC em seu artigo 7º, o que se presume somente para aquilo com que não restar incompatibilidade evidente.

Analisando-se as disposições das leis em comento, sob o enfoque da incompatibilidade, vemos, por exemplo, que o CDC, em seu artigo 51, considera nula de pleno direito cláusula que permita ao fornecedor, direta ou indiretamente,

²⁸¹ MARQUES, C. L., op. cit., p. 522

²⁸² DINIZ, M. H., op.cit., p. 40.

variação do preço de maneira unilateral. No entanto, em termos de prestação de serviços públicos, a tarifa é previamente regulada no contrato de concessão e segue as especificações contidas neste instrumento, inclusive no que diz respeito às elevações tarifárias. A alteração, quando ocorrer, será unilateral, e, nem por isso, estará eivada de nulidade. Trata-se de previsão contida no artigo 9º, § 1º, que assim estabelece: “Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico- financeiro do contrato.”

Não seria possível, por exemplo, negociar com cada consumidor o valor da tarifa de pedágio, por exemplo. Atitude como esta redundaria no comprometimento da própria concessão, face ao princípio do equilíbrio financeiro, e, conseqüentemente, à prestação dos serviços público.

É o que ocorre também com a disposição que considera nula a cláusula contratual que autorize o fornecedor a modificar unilateralmente o contrato, prevista no CDC e que se choca com o princípio da mutabilidade inerente ao serviço público, contido no Estatuto das Concessões. O serviço público precisa ser atual e se, para tanto, necessita modificar-se, não estaremos diante de uma nulidade; é o interesse coletivo que está em jogo.

Aplica-se esse entendimento também à questão da liberdade de escolha do consumidor, que não será possível quando nos depararmos com a hipótese de monopólio natural viabilizador dessa categoria de serviços públicos. Além disso, existem serviços públicos cuja utilização pelo usuário é compulsória, sem margem alguma de liberdade. É o caso dos serviços de ligação de água e esgoto até as residências. Tal medida visa preservar a saúde da coletividade e evitar a disseminação de doenças contagiosas.

Do mesmo modo, há que se destacar que a responsabilidade do Estado, como titular do serviço público será sempre subsidiária, pois, nos termos da Lei 8.987/95, os concessionários assumem a execução indireta da prestação por conta e risco (art. 2º). Aqui não seria aplicável a disposição do CDC relativa à responsabilidade solidária de todos os envolvidos na cadeia de fornecimento do serviço ou produto (art. 7º, parágrafo único do CDC).

Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, regula a responsabilidade objetiva também das empresas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, que, nessa qualidade, ocasionarem danos a terceiros. Assim, uma vez demonstrada a existência de dano e o nexo causal entre

eles, estará configurada a responsabilidade do fornecedor de serviços. Por isso, não há que se falar em inversão do ônus da prova face à hipossuficiência ou de verossimilhança das alegações conforme prevê o CDC.

Outros conflitos podem surgir, cuja análise não é possível trazer ao debate, pois dependem de situações concretas, fáticas, que ocorrem no cotidiano das relações jurídicas. Acresça-se, ainda, o fato de que o rol de práticas e cláusulas infrativas do CDC não é taxativo. Constantemente novas situações são prescritas pelo DPDC – Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor, órgão do governo.

Por essas razões, há quem diga que, ainda quando um contrato é regido predominantemente por regras de direito privado, em função do primado do interesse público, havendo a administração pública como uma das partes, inescapavelmente a regência haverá de ser determinada pelo respeito aos princípios de direito público.²⁸³

Frise-se, no entanto, que nosso entendimento prende-se à idéia de incompatibilidade somente quando estiver em jogo o interesse egoístico de determinado consumidor ou consumidores em detrimento do interesse público, e cuja medida conciliatória a ser adotada pelo poder público em favor daquele afete toda a prestação do serviço público. Quando, porém, não resultar nessa espécie de comprometimento, nosso posicionamento será pela aplicabilidade absoluta das normas do CDC.

Diante de todas essas considerações, é possível concluir que, na hipótese concreta de conflito, sempre que estivermos diante de uma situação em que o interesse coletivo reste prejudicado em face do interesse individual de determinado consumidor ou categoria de consumidores, será imperativo o afastamento da lei 8.078/90.

²⁸³ A distinção técnica e sutil entre regras e princípios colabora, desta maneira, para solver a referida antinomia e manter a dialética salutar entre as especificidades parcelares e autônomas do público e do privado. FREITAS, J., op. cit., p. 213

4.12. Interesse público e interesse privado

Neste trabalho não pretendemos, de forma alguma, negar a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos de prestação de serviços públicos.

Reconhece-se a fundamental importância desse espetacular instrumento de defesa da classe tão frágil de indivíduos que são os consumidores e na qual todos nós nos inserimos.

É certo, também que, nosso país, se viu invadido por grandes corporações, algumas multinacionais, que enxergaram na privatização e na prestação dos serviços públicos um grande filão lucrativo. Indiscutivelmente, trata-se de empresas que detêm o poderio e a posição economicamente superior à dos consumidores de tais serviços.

Ocorre, no entanto, que as particularidades da prestação dos serviços públicos merecem uma análise mais aprofundada dos juristas.

Veja-se que, por mais que a relação jurídica mantida entre a concessionária de serviços e o consumidor esteja em desequilíbrio e que encontre respaldo no CDC para restabelecimento dessa ordem, não é possível afirmar que o interesse privado deste último prevalecerá sob o interesse público inerente a essa espécie de serviços.

Já foi repisado que o objeto dessa relação é um serviço público cujo interesse transcende a órbita de ambas as partes.

Por essa razão é que se afirma a existência de interesses distintos entre o direito do consumidor e prestação de serviços públicos.

A solução para tal situação, dentro do conceito da pós-modernidade, será perflhar um caminho juntos, em sistema de cooperação e harmonização, visando um fim único que, em última análise, deve coincidir com o interesse público.

Nesse contexto, destaca-se o pensamento de Peter HABERLE:

A diferença das atuais relações de interesses públicos e privados apresenta profundas transformações. Do desenvolvimento do primado do interesse público (...) está o Judiciário a reforçar os interesses privados para uma ponderação diferenciada, orientada para o caso particular e para a Constituição. A jurisprudência do bem particular (*Privatwohlrechtsprechung*) torna-se parte – indireta – da jurisprudência do bem comum (*Gemeinwohlrechtsprechung*).²⁸⁴

²⁸⁴ FREITAS, J. complementa este raciocínio citando CANOTILHO, J. G.: “Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais também os direitos

Rememore-se o nosso entendimento segundo o qual o interesse público coincide com o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

E, nesse sentido, Josef INSENSEE²⁸⁵ nos ensina:

Na prática, é muito discutido o que, em uma dada situação, proporciona o interesse público, se ele obtém a primazia em face dos interesses particulares colidentes ou, ainda, como se deve obter um ajuste. Mas não se trata de medidas inconciliáveis ou antinômicas. O bem comum inclui, então, o bem de suas partes (...) Interesses privados podem se transformar em públicos. *Bonum commune e bonum particulare* exigem-se reciprocamente. Essa principal coordenação exclui uma inconciliável contraposição. A tensão entre ambos é evidente.

Juarez de FREITAS²⁸⁶, pretendendo solucionar essa tensão, afirma que:

(...) mister não esquecer a primazia dos princípios de Direito Público nas relações de administração, sempre que houver conflito. Igualmente, não convém negligenciar que a invocação do princípio do interesse público precisa ser feita em resguardo simultâneo do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, mais do que simples contato de ou de confluência, *os direitos fundamentais mostram-se aptos a funcionar como superadores da dicotomia*, uma vez que o respeito à dignidade impõe-se, ao mesmo tempo, nas relações entre indivíduos e Estado e nas relações dos indivíduos entre si. Mais: o reconhecimento da dignidade deve operar como uma espécie de amálgama entre as normas de Direito Público e as normas de Direito Privado. [grifo nosso].

As sábias palavras de FREITAS nos fornecem o norte necessário para a superação das incompatibilidades provenientes das relações jurídicas sob enfoque do respeito ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º da Constituição Federal.

Além disso, o princípio da proporcionalidade ingressa como um elemento essencial de auxílio ao julgador diante do caso concreto ou mesmo do administrador público para aferição do interesse prevalecente. É o que se convencionou chamar de sistema de ponderações.

Sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à administração lançar mão da *ponderação*

fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em direito da não-liberdade do direito privado.” op. cit., p. 208.

²⁸⁵ Apud FREITAS, J. op. cit., p.210.

²⁸⁶ op. cit., pp. 210/211.

de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a máxima realização²⁸⁷.

Registre-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal²⁸⁸ acerca do tema:

[...] o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada a restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de realização do princípio contraposto).

4.13. Interpretações dos tribunais

Grande parte das questões analisadas até então já foram ou estão sendo objeto de discussão no judiciário brasileiro. Como medida enriquecedora deste estudo, fizemos a análise de alguns dos debates considerados polêmicos no âmbito da prestação dos serviços públicos.

4.13.1. A controvérsia da assinatura básica: serviços públicos de telefonia.

Esclareça-se, inicialmente, que os serviços públicos de telefonia estão sujeitos à legislação específica, no caso à Lei 9.742 de 16.07.1997.

²⁸⁷ BINENBJOM, G., op. cit., p. 21.

²⁸⁸ Decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, n.2.257-6/São Paulo apud BINENBJOM, G, op. cit. pp. 21/22.

A dita lei dispõe que a administração pública deve garantir a toda a população acesso às telecomunicações e fortalecer o papel regulador do Estado. Ao listar os direitos dos usuários (art. 3º), fornece elementos importantes para o direito do consumidor em tema de serviços públicos, como o direito ao acesso aos serviços, sem discriminação (art. 3º I e III), e que levam sempre à questão da universalidade.²⁸⁹

Pois bem. Diversas demandas vêm sendo ajuizadas, inclusive ações civis públicas, em face das concessionárias de telefonia, cujo objeto é obter a declaração da ilegalidade das cobranças efetuadas a título de assinatura básica.

Sob o manto da legislação consumerista, entidades de defesa do consumidor bem como consumidores individuais apontam a ilegalidade da cobrança. Na outra ponta, as concessionárias alegam a necessidade de cobrança face à obrigação de universalidade do fornecimento desses serviços conforme lei específica exige e a própria Lei Geral de Concessões estabelece, bem como tendo em vista a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O *leading case* tramitou no Juizado Especial de São Paulo e ficou conhecido como o “caso Kelli”. Em julho de 2003, o 1º Colégio Recursal de São Paulo proferiu o primeiro precedente contra a assinatura básica em favor da consumidora Kelli Regina dos Santos. Essa decisão deu início a uma corrida aos Juizados Especiais da capital paulista. Para se ter uma idéia, em janeiro de 2005, o número de ações contra a empresa Telefônica atingiu o montante aproximado de 80 mil. O Conselho de Ética da OAB/SP chegou a afirmar a existência (irregular) de vendas de kits prontos para o questionamento da assinatura básica.²⁹⁰

Em janeiro deste ano de 2005, outra decisão judicial, porém em sede liminar, tomou proporções vultosas no cenário da telefonia fixa brasileira. O Juiz Zenildo Bodnar, da 2ª Vara Federal de Itajaí (SC), na ação civil pública de n. 2.004.72.08.006858-3, proibiu a concessionária Brasil Telecom de cobrar tarifa de assinatura mensal em nove Estados brasileiros e no Distrito Federal, sob pena de multa de um milhão de reais.

A referida liminar foi cassada pelo Tribunal Regional da 4ª Região um mês após a decisão de primeira instância. O Juiz Álvaro Eduardo Junqueira

²⁸⁹ LOPES, J. R. L., op. cit., p. 121.

²⁹⁰ Informação retirada da notícia *Liminar impede Brasil Telecom de cobrar assinatura de Fernando Teixeira* - veiculada no site: www.valoronline.com.br.

entendeu que a suspensão da cobrança geraria o comprometimento da adequada prestação dos serviços, à vista da dificuldade de ingresso de considerável receita para a empresa concessionária.

Posteriormente, a concessionária suscitou conflito de competência, autos de n. 47.731-DF (2005/00010679-9) perante o STJ. O Ministro Francisco Falcão decidiu que a 2ª Vara Federal do Distrito Federal deve deliberar, em caráter provisório, medidas urgentes sobre a validade ou não da assinatura mensal. Ele determinou, ainda, o sobrestamento de todas as ações coletivas e individuais que tramitam em todo o país.

Segundo se extrai desse acórdão, proferido em 10 de março deste ano, atualmente tramitam no país cerca de 15 mil ações discutindo o pagamento da tarifa de assinatura básica.

Até então, a matéria estava longe de ser pacificada nos tribunais. Inclusive o mesmo Colégio Recursal que proferiu a primeira decisão polêmica já não sustenta atualmente esse posicionamento.

Observa-se que o conflito trazido aqui aborda exatamente o que tratamos neste estudo. São inúmeras decisões judiciais que não examinaram adequadamente o regime jurídico a que estão inseridos os serviços públicos prestados mediante concessão. Ou seja, não se verificou o necessário aprofundamento que a temática dos serviços públicos requer. Não é demais afirmar que os efeitos da decisão “Kelly” poderiam colocar em risco toda a concessão de tal telefonia, inclusive incorrer na suspensão dos serviços em razão da quebra do equilíbrio econômico-financeiro, além de prejudicar o interesse público em jogo. É certo que caberia ao Poder Público restabelecer o prejuízo econômico do concessionário, o que, em última análise, sairia dos bolsos da própria coletividade, leia-se *consumidores*.

Entendemos que decisões já proferidas pelo STJ referentes à tarifa mínima poderiam ser utilizadas como subsídio para a hipótese em questão. Em ditas demandas discutiu-se a impossibilidade de cobrança de tarifa mínima relativa ao serviço de consumo de água. O fundamento era o mesmo referente às tarifas básicas de telefonia, ou seja, não havendo o uso do serviço, ela seria indevida. Acresça-se a esse argumento outro relativo à aplicabilidade do CDC por ser legislação mais específica. Segundo tal diploma legal, a tarifa mínima cobrada não correspondia ao consumo real do serviço fornecido.

Nesses casos específicos, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que a “utilização obrigatória dos serviços de água e esgoto não implica que a respectiva remuneração tenha natureza de taxa” e ainda considerou que o regime não só favorece os usuários mais pobres, possibilitando-lhes consumir expressivo volume de água a preços menores, como também, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, garante a viabilidade econômico-financeira do sistema, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado²⁹¹.

4.13.2. Outras decisões sobre o serviço público de telefonia

Em outra discussão, de ação civil pública, cujo objeto era a declaração de ilegalidade de determinada cobrança interurbana, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Resp. 572.070 / PR, concluiu que a referida tarifa se inseria no critério de decisão técnica da agência reguladora e que tal procedimento, por ter integrado as bases do contrato de concessão, se fosse alterado pelo judiciário, resultaria no desequilíbrio econômico da contratação e, junto com ele, na impossibilidade de se prestar os serviços nos padrões de qualidade almejados. Conseqüentemente, entendeu que tal desequilíbrio resultaria na inaplicabilidade do artigo 22 do CDC, pois esse dispositivo obriga a concessionária a prestar os serviços de maneira contínua, com qualidade e eficiência. O relator foi o ministro João Otávio de Noronha, e a referida decisão foi publicada em 14 de junho de 2004. A seguir, transcrevemos a ementa:

Administrativo. Telecomunicações. Telefonia fixa. Lei n. 9.472/97. Cobrança de tarifa interurbana. Suspensão. Área local. Ação civil pública. Código de defesa do consumidor. 1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os

²⁹¹ STJ, Resp. 39.652-2-MG, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 29.11.1993 (DJU 21.12.1994, P. 2.137); STJ, Resp 20741.-DF, 2ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, v.u., j.9.5.1996 (RT 732/176); STJ, Resp 150.137-MG, 1ª Turma rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 17.2.1998 (DJU 27.4.1998, p.93) STJ, Resp 95.920-SC, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, v.u., 17.4.98 (DJU 8.6.1998); STJ REsp 214.758-RJ, 1ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v. u., j. 21.3.2000 (DJU 2.5.200, p.104); STJ, Resp 239.525-ES, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 11.4.2000). No mesmo sentido, STF, RE 207.609-DF, rel. Min. Neri da Silveira, j. 16.4.1999 (DJU 19.5.1999, p.67) (...)Apud GROTTI, D.A.M., op. cit., p. 243.

eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. 4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido. (grifo nosso)

Já, no Recurso Especial 2003/004.330-6 (REsp. 13850/SC), a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar demanda envolvendo discussão sobre reabertura de postos de atendimento de empresa concessionária de telefonia, entendeu que a supressão desse serviço acarretaria violação da norma que determina a prestação de serviço adequado. Vejamos a ementa abaixo:

Administrativo. Empresa concessionária de serviços de telefonia. Postos de atendimento. Reabertura. Sistema de teleatendimento ou via internet. Alegação de violação aos artigos 330, I, 458, II, 535, II, 520 do CPC e 14 da lei 7.347/85. Inocorrência. Aplicabilidade ao caso dos artigos 6º, §1º da Lei 8.987/95, 2º da Lei 10.048/2000 e 32 da Resolução n.º 30/98 da Anatel. Ausência de prequestionamento do artigo 330, I do CPC. Recurso especial ao qual se nega provimento.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. Sendo a recorrente concessionária de serviço de telefonia pública, tem o dever, de prestar um serviço para plena satisfação dos usuários, que são, no dizer de Hely Lopes Meirelles, "seus legítimos destinatários". A utilização exclusiva do sistema de teleatendimento, internet ou de casas lotéricas implica a prestação de serviço inadequado, por implicar em várias consequências prejudiciais ao usuário que se vê completamente lesado no seu direito a um bom e eficiente serviço, pelo qual paga caro, e impotente no sentido de não ter como buscar a reparação do dano sofrido pela má prestação desse serviço.

6. Desarrazoada e sem respaldo legal, a argumentação aduzida pela recorrente de não estar obrigada à prestação de serviço por meio de postos de atendimento e que o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo acarretou-lhe sérios prejuízos, tendo ocorrido por isso,

violação dos artigos 420 do CPC e 14 da Lei 7.347/85. Maior prejuízo certamente advirá aos usuários que dependem dos serviços da concessionária. Aplicação, ao caso, dos preceitos legais insertos nos artigos 6º, §1º da lei 8.987/95, 2º da lei 10.048/2000 e 32 da resolução n.º 30/98 da ANATEL. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

A referida decisão olvidou que o serviço público demanda a cobrança de tarifas módicas, além de se submeter ao princípio da mutabilidade ou atualidade. Conforme já abordado neste estudo, a satisfação plena e intocável de todos os interesses dos usuários nem sempre irá corresponder à prestação de um serviço adequado, pois tal refletirá, em sua grande maioria, na majoração dos custos da tarifa.

4.13.3. A questão da suspensão do serviço público pelo inadimplemento por parte do usuário

O tema aqui abordado prende-se à possibilidade ou não de suspensão do serviço pela concessionária quando ocorre inadimplemento por parte do usuário de tal serviço.

O Código de Defesa do Consumidor expressamente assegura, em seu artigo 6º, o direito básico de prestação de serviço público de forma contínua. No mesmo sentido, o artigo 22 do CDC estabelece a obrigatoriedade de prestação de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Registre-se que a definição de serviço essencial vem sendo extraída da Lei 7.783/89, que regulamentou o direito de greve previsto na Constituição Federal.²⁹² O artigo 10 dessa lei assim dispõe:

“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; 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”.

²⁹² Art. 9º, §1º.

Por outro lado, a Lei 8.987/95²⁹³, em seu artigo 6º²⁹⁴, § 3º, II, admite a possibilidade de suspensão do serviço público quando ocorrer inadimplimento do usuário.

O entendimento da 1ª Seção, 1ª, 2ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça,²⁹⁵ admite ser possível o corte no fornecimento dos serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, quando houver inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, desde que seja precedido por aviso, não acarretando tal procedimento ofensa ao Código de Defesa do Consumidor, não se caracterizando, por conseguinte, descontinuidade na prestação do serviço.

A exceção está para o usuário em condições de miserabilidade. Nessa hipótese, de acordo com a recente decisão abaixo e nos moldes do próprio artigo 6º da lei de concessões, que admite a suspensão, no interesse da coletividade, a atitude da concessionária não estará legitimada frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Vejamos a ementa:

Processual civil. Administrativo. Corte do fornecimento de energia elétrica. Inadimplência do consumidor. Legalidade. 1. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, §

²⁹³ Os incisos I e II do artigo 24 da Lei Federal 10.848/2004, faculta às concessionárias, segundo disciplina a ser estabelecida pela ANEEL, condicionar a continuidade do fornecimento aos usuários inadimplentes de mais de uma fatura mensal em um período de doze meses a: “I - ao oferecimento de depósito-caução, limitado ao valor inadimplido, não se aplicando o disposto neste inciso ao consumidor integrante da Classe Residencial; ou II - à comprovação de vínculo entre o titular da unidade consumidora e o imóvel onde ela se encontra, não se aplicando o disposto neste inciso ao consumidor integrante da Subclasse Residencial Baixa Renda.” MIRAGEM, B., A regulação do serviço público de energia elétrica. Revista de Direito do Consumidor, 51. São Paulo: RT, 2004, p.98.

²⁹⁴ “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; II por inadimplimento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

²⁹⁵ Precedentes: 1ª S * ERESP 337965 MG Decisão:22/09/2004 DJ:08/11/2004 (unânime) Min. Luiz Fux; 1ª S * RESP 363943 MG Decisão:10/12/2003 DJ:01/03/2004 (maioria); Min. Humberto Gomes de Barros; 1ª T - RESP 715074 RS Decisão:03/03/2005 DJ:04/04/2005 (unânime); Min. José Delgado; 1ª T - RESP 623322 PR Decisão:14/09/2004 DJ:30/09/2004 (unânime) Min. Luiz Fux; 1ª T - RESP 617588 SP Decisão:27/04/2004 DJ:31/05/2004 (unânime) Min. Luiz Fux; 2ª T - AGA 497589 SP Decisão:06/04/2004 DJ:03/05/2004 (unânime) Min. João Otávio de Noronha; 2ª T * RESP 525500 AL Decisão:16/12/2003 DJ:10/05/2004 (unânime); Min. Eliana Calmon; 2ª T * RESP 337965 MG Decisão:02/09/2003 DJ:20/10/2003 (maioria); Min. Eliana Calmon; 2ª T - RESP 510478 PB Decisão:10/06/2003 DJ:08/09/2003 (unânime); Min. Franciulli Netto; 4ª T - RESP 702214 CE Decisão:01/03/2005 DJ:02/05/2005 (unânime); Min. Aldir Passarinho Junior.

3º, II). 2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG, conclui que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95. 3. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção. 4. Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação. 5. *In casu*, o litígio não gravita em torno de uma empresa que necessita da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como afirmou o Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Forçoso distinguir, em primeiro lugar, o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. 6. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa. 7. Outrossim, é voz corrente que o 'interesse da coletividade' refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos. 8. Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (*notoria non eget probationem*), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos. 9. Esses fatos conduzem à conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contra-partida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis. 10. Recurso especial provido, ante a função uniformizadora desta Corte. REsp 647853 / RS. Min. José Delgado. Publicado em 06.06.2005. 1ª Turma.²⁹⁶

²⁹⁶ No mesmo sentido: REsp 591692 / RJ, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 14.03.2005 p. 205. REsp 625119 / RS. Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. DJ 18.10.2004 p. 249. E ainda: REsp 337965 / MG. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. DJ 20.10.2003 p. 244. REsp 302620 / SP. Ministro Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. DJ 16.02.2004 p. 228.

Na hipótese em análise, é nítido o confronto entre o disposto na norma contida no artigo 6º, § 3º, da lei de concessões, e as normas insertas nos artigos 6º, 22 e 42²⁹⁷ do CDC. Nosso posicionamento é pela prevalência da norma atinente às concessões, por ser posterior e mais específica no tema e ainda porque atenta ao princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato²⁹⁸, sem olvidar, no entanto, a submissão deste direito de interrupção ao interesse da coletividade. Ou seja, se a ausência do serviço causar prejuízo a interesses transindividuais, ficará supressa a faculdade do prestador.²⁹⁹

Claúdia Travi Pitta PINHEIRO³⁰⁰ traça considerações interessantes acerca deste tema, ao afirmar que o direito de suspensão do concessionário é legítimo quando submetido aos princípios da boa-fé e da proporcionalidade, sempre levando em conta as circunstâncias fáticas particulares do caso concreto.

Para tanto, toma como exemplo a situação em que o usuário inadimplente demonstra a intenção de quitar o débito junto à prestadora dos serviços públicos, porém de forma parcelada. Nesse caso, a boa-fé imporia o dever de aceitar o parcelamento, notadamente se o usuário demonstra estar em dificuldades financeiras e não possui outra forma de cumprir sua obrigação.³⁰¹

A autora aplica o mesmo raciocínio para os casos em que o débito do usuário é irrisório.

Não entendemos, contudo, que esse posicionamento pode ser tomado como absoluto. Primeiro, dada a dificuldade de conceituação do que venha a ser *valor irrisório*. Em segundo lugar, porque a situação poderia incentivar uma

²⁹⁷ Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

²⁹⁸ Em sentido contrário, MIRAGEM, B., op. cit., pp. 97/98: (...) o risco de inadimplência e seu combate devem necessariamente estar previstos no custo do serviço, base para a formação da tarifa, em grau tal que, ao mesmo tempo em que não estimule a inadimplência, igualmente preserve a continuidade do serviço essencial, no limite do razoável. O que se identifica, contudo, é que a continuidade da prestação do serviço merece tal consideração que, a mesma não pode ser oposta, sequer, o argumento do déficit da concessionária durante certo tempo, suscetível que é, de recomposição futura da tarifa.

²⁹⁹ PINHEIRO, C. T. A suspensão de serviço público em virtude do inadimplemento do usuário à luz dos princípios da boa-fé e da proporcionalidade. Revista de Direito do Consumidor, n. 40. São Paulo: RT, 2001, p. 66.

³⁰⁰ op. cit., p. 75.

³⁰¹ Isto porque, entre os chamados deveres anexos, instrumentais ou acessórios, derivados da boa-fé, a doutrina arrola os de “colaboração e cooperação”, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de *não dificultar o pagamento por parte do devedor*, bem como os deveres de “proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte”. Em consequência tem-se uma limitação do direito subjetivo da prestadora de efetuar a suspensão do fornecimento do serviço.” PINHEIRO, C. T., op. cit., p. 70.

legião de usuários com débitos irrisórios, os quais, somados ao todo, representariam prejuízos de grande monta, capazes de inviabilizar a própria concessão.

4.14. As obrigações do prestador de serviços públicos previstas no CDC

A aplicação do CDC aos contratos de concessão de serviços públicos decorre de uma análise conjunta dos artigos 4º, 6º e 22 do código, bem como do artigo 7º da Lei 8.987/95.

No entanto, no âmbito da legislação consumerista, a extensão das responsabilidades do prestador de serviços públicos não está limitada aos termos dos referidos dispositivos legais e, por isso, entendemos não ser cabível a discussão doutrinária a respeito do disposto no artigo 22 acima mencionado.

Ressalvadas as incompatibilidades tratadas anteriormente e aquelas eventualmente constatadas diante do caso concreto, as obrigações impostas à concessionária serão as mesmas exigidas de um fornecedor de serviços não submetidos ao regime de direito público.

De uma visão geral do Código destaca-se, dentre outras, a obrigatoriedade dos fornecedores de serviços públicos de inserir no mercado de consumo serviços que não afetem a segurança, a vida ou a saúde dos consumidores. São obrigados, ainda, a fornecer informações claras e precisas sobre os serviços prestados, inclusive quanto aos riscos que apresentem de modo a atender à expectativa gerada nos usuários. Do mesmo modo, o Código proíbe o fornecedor de veicular publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais.

Poderemos encontrar muitos outros normativos previstos no CDC acerca da responsabilidade do fornecedor de serviços, pois a pretensão aqui não foi a de esgotar as situações abarcadas na legislação.

O que se pretendeu frisar neste tópico foi que as obrigações das empresas concessionárias de serviços públicos, no âmbito do CDC, não se resumem a uma adequada, eficaz, segura e contínua prestação de serviços.

Pensar de outro modo seria negar a proteção adequada do consumidor que está inserido em um mercado de consumo, atípico, reconhece-se, regido por

um regime consagrador de prerrogativas diferenciadas do poder público, porém, que não retira a sua caracterização vulnerável.

4.15. Os direitos do consumidor de serviços públicos

Nesse aspecto aplica-se o mesmo raciocínio desenvolvido acima quanto à extensão dos direitos dos consumidores usuários de serviços públicos. O que se pretende ressaltar, porém, é que, mesmo nos casos de tensão entre os preceitos do CDC e o regramento atinente às concessões que resulte em afastamento da incidência do diploma consumerista, tal não implicará a ausência de direitos do usuário de serviços públicos.

Ao contrário, mesmo nas situações cuja incidência da legislação restar prejudicada, o consumidor estará plenamente amparado pela própria Constituição da República e pela lei de concessões. Esses diplomas legais reconhecem e estabelecem amplas formas de ressarcimento de eventuais prejuízos suportados pelo usuário dos serviços públicos.

Como já demonstramos, a lei de concessões estabelece um rol significativo de obrigações do prestador de serviços públicos, bem como a forma em que a prestação de serviços públicos deve ocorrer.

Observe-se, por exemplo, que, se da inadequação do serviço, assegurada no artigo 7º da lei 8.987/95, resultar dano concreto ao usuário, este poderá pleitear indenização plena, na forma do artigo 37, § 6º, da CF/88. Fala-se em dano concreto, pois sua mera inadequação implicará apenas irregularidade administrativa.

Por fim, destacamos que muitos dos conflitos oriundos do contrato de concessão de serviços públicos poderiam ser evitados se alguns dos direitos dos usuários, identificados através de uma adequada interpretação da legislação atinente às concessões, fossem exercitados com a frequência necessária.

É o caso do direito de participação na elaboração das condições da outorga, de acompanhamento da licitação, de participação na atividade de regulamentação e participação efetiva na fiscalização da atividade do prestador.

4.16. Controvérsia a respeito das sanções administrativas no CDC

O capítulo VII do Código de Defesa do Consumidor trata das sanções administrativas aplicáveis aos infratores de suas normas.

As espécies de sanções administrativas estão dispostas no artigo 56 do CDC. Lá se observa que são aplicáveis aos serviços, as penalidades de: suspensão de fornecimento (VI); suspensão temporária da atividade (VII); revogação de concessão ou permissão de uso (VIII); cassação de licença do estabelecimento ou de atividade (IX); interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade (X) e intervenção administrativa (XI).

Todas as penalidades que, de uma maneira ou de outra, envolvam a suspensão da prestação do serviço público são incompatíveis com o sistema das concessões do regime a que estão inseridos os serviços públicos e com a própria principiologia deste instituto, sendo, portanto, inaplicáveis à hipótese em exame.

Tal não significa afirmar que a prestadora de serviços públicos se perpetuará nessa condição mesmo praticando irregularidades. Ocorre que a lei de concessões já dispõe de instrumentos específicos para regular a prática infrativa dos preceitos que regula, inclusive no que diz respeito à impossibilidade de interrupção ou suspensão de serviços públicos.³⁰²

O mesmo se diga quanto à sanção de revogação de concessão ou permissão de uso. Nesse aspecto, convém esclarecer a confusão que se verificou no âmbito da doutrina. A lei utiliza a expressão “revogação ou concessão de permissão de uso”. Não consta da lei a expressão “concessão de serviço público”.

Observa-se, ainda, que a figura da concessão de uso existe em nosso sistema jurídico, mas que não se confunde com a concessão de serviço público.

³⁰² Art. 35 da Lei 8987/95: “Extingue-se a concessão por: I – advento do termo contratual; II – encampação; III – caducidade; IV – rescisão; V – anulação; e VI – falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. § 1º Extinta a concessão, retornaram 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. §4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.”

A concessão de uso consiste na atribuição temporária a um particular do direito de uso e fruição exclusivos de certos bens públicos. Essa transferência tanto pode fazer-se para que o particular se valha do bem para satisfação de seus interesses próprios, como também poderá propiciar exploração empresarial.³⁰³

Ela não está afeta à realização de nenhum interesse público específico e definido, inclusive no que diz respeito ao princípio da continuidade.

Diante disso, não se pode afirmar que o CDC prevê a penalidade de revogação da concessão de serviços públicos porque tal não corresponde ao que o texto de lei prescreve. O único instrumento hábil a regular tal medida administrativa será a lei de concessões.

³⁰³ JUSTEN FILHO, M., Teoria Geral das Concessões, op. cit, p. 105.

5 . Conclusão

O presente estudo partiu da análise dos conceitos atinentes ao serviço público, e procurou demonstrar que a sua destinação remete à satisfação concreta de necessidades individuais e coletivas, vinculadas diretamente ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º da Constituição Federal. Assim, considera-se que sua existência é decorrente da necessidade de satisfação dos direitos fundamentais e, por isso, a sua titularidade é exclusiva do Estado.

Tendo em vista a sua vinculação aos direitos fundamentais, o serviço público submete-se a um regime jurídico diferenciado, qual seja, de direito público. Isto implica reconhecer o dever de subsunção aos direitos fundamentais, ou seja, todos os demais integrantes da comunidade devem acatar as determinações emanadas do titular da função (o Estado), relacionadas com a consecução do interesse a ele confiado.

Uma das alternativas encontradas para a satisfação destas necessidades, tendo em vista as crises financeiras enfrentadas pelo Estado aliada à sua falta de capacidade técnica, foi admitir-se a outorga da prestação dos serviços públicos para empresas privadas.

A concessão se encaixa nessa espécie de outorga e vem regulada pela Constituição Federal de 1988, através do artigo 175 e da lei federal 8987/95. Trata-se de um instrumento pelo qual se presta serviço público.

Como o serviço público é o núcleo da concessão, indiscutivelmente sua concepção prende-se ao mesmo regime jurídico. Suas cláusulas não poderão, por exemplo, violar princípios fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana. Esse é o norte necessário para o entendimento da concessão.

Nesta espécie de outorga de serviço público, as regras relativas às condições da prestação do serviço são fixadas unicamente pelo Estado, que as estabelece já no edital de licitação. Tratam-se das cláusulas regulamentares da concessão, que dizem respeito à forma de gestão do serviço. Elas definem o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as

hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários. O concessionário, fornecedor de serviços, não possui nenhuma margem de liberdade nesse aspecto.

A contrapartida deste engessamento é a garantia constitucional que regula o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por isso, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato constitui-se no princípio fundamental da concessão dos serviços públicos e afirma-se, inclusive, que ele representa a garantia da prestação de tais serviços.

Assim se diz, porque tal equação assegura a impossibilidade de suspensão da prestação dos serviços públicos bem como de todos os princípios que permeiam essa relação jurídica, notadamente a universalidade, eficácia e mutabilidade.

Se ocorrer alteração nas cláusulas regulamentares que afetarem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, será necessário reajustar as cláusulas econômicas a fim de adequar as tarifas aos novos encargos do concessionário.

A ausência de uma proteção à equação econômico-financeira do contrato de concessão fere o princípio constitucional da isonomia e também da proteção da propriedade privada. Sem tal garantia, não é possível pensar a prestação do serviço público.

Por isso é que a prestação de serviços públicos deve refletir a realização de interesses comuns do Estado, da Sociedade e dos direitos do concessionário, sendo certo que a tutela à posição do usuário não se faz segundo o modelo do direito privado, pois usuário dispõe da faculdade de valer-se do serviço, mas tal deve ocorrer em compatibilidade com os seus fins.

Em outra ponta está a proteção do consumidor que, a exemplo dos serviços públicos, integra a categoria de direitos fundamentais, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, assim como se constitui princípio informador da ordem econômica, consoante artigo 170, inciso V da CF/88.

A implementação destas prescrições constitucionais foi assegurada com a criação do Código de Defesa do Consumidor - CDC através da Lei 8078/90 que fez incorporar no sistema jurídico brasileiro, normas específicas e protetivas do consumidor, com a finalidade precípua de equilibrar as relações de consumo. Tratam-se de normas de ordem pública e interesse social, o que lhes atribui caráter inderrogável.

Reconhece-se a vulnerabilidade do consumidor como princípio jurídico geral que consagra uma presunção: todos os consumidores são considerados a parte mais fraca de uma relação de consumo, sem que se necessite fazer prova alguma neste sentido.

Foi por isso que o CDC fixou um rol significativo de direitos básicos dos consumidores em seu artigo 6º, no qual se insere, também, a prestação de serviços públicos, adequada e eficaz.

A legislação consumerista passa, então, a regular a prestação dos serviços públicos, enquanto objeto de uma relação de consumo. Esta afirmação é corroborada pelo disposto no artigo 22 do CDC que prescreve a obrigatoriedade dos órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Demonstrou-se, ainda, que o entendimento da natureza jurídica da remuneração do serviço público é fundamental para o para o seu correto enquadramento no âmbito da tutela pelo CDC. Nesse aspecto, evidenciou-se a existência de controvérsia doutrinária envolvendo discussão sobre a abrangência das normas do CDC para atividades remuneradas mediante tarifa ou mediante taxa.

Neste trabalho concluiu-se que, como a taxa tem natureza compulsória e decorre do *ius imperii* do Estado, sendo aplicável somente aos serviços públicos prestados *uti universi* e mantidos pelos tributos gerais, não seria possível entender-se que, nesta hipótese, tais serviços estariam abrangidos pelo CDC.

Já os serviços públicos prestados direta ou indiretamente pelo Estado, mediante o pagamento de remuneração específica e identificável, denominada de tarifa ou ainda, de preço público, nos quais predomina a facultatividade e cuja sua natureza é contratual, regendo-se pelos preceitos de direito privado, encontram-se plenamente tutelados pelo CDC.

Ocorre, no entanto, que a aplicação das normas protetivas do consumidor aos serviços públicos demanda uma correta e adequada interpretação do regime jurídico em que esses se inserem e deve se dar sob o olhar das peculiaridades da disciplina de direito público. Assim se afirma, porque a não observância dos princípios que dão sustento aos serviços públicos implica violação direta de direito fundamental da dignidade humana.

Diante da especificidade da matéria, o entendimento do que vem a ser uma prestação de serviço público, adequada e eficaz deve se dar à luz da lei de concessões e no âmbito da disciplina de direito público.

Observa-se, ainda, que a relação jurídica mantida entre consumidor e concessionária de serviço público é antecedida e guiada por uma relação de direito público, firmada com o poder concedente e que lhe assegura faculdades e prerrogativas diferenciadas. O concessionário, ou seja, o fornecedor de serviços públicos não é “senhor” da concessão.

Assim se diz, porque a prestação do serviço público corresponde a uma função pública e, por essa razão, muitas restrições ou limitações impostas ao consumidor do serviço público são justificadas pelo interesse público, o que não ocorre nas atividades privadas.

Tal não significa afirmar que o consumidor não possui direitos frente ao prestador de serviços públicos e tampouco se nega a aplicação absoluta do CDC a esta espécie de serviços, até porque a lei do consumidor é clara neste sentido, assim como a lei de concessões.

Ocorre que o direito do consumidor deve ser interpretado e exercido em conformidade com os demais princípios e normas do sistema jurídico.

É por essa razão que a conclusão desta dissertação prende-se à idéia de restrição ou limitação da aplicabilidade das normas protetivas do consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão quando evidenciado, diante do caso concreto, a prevalência apenas do interesse egoístico de determinado consumidor ou consumidores em detrimento do interesse público, apto a gerar medida a ser adotada pelo Poder Público que possa afetar toda a prestação dos serviços públicos. Quando, porém, nos defrontarmos com uma hipótese de violação do CDC harmonizada com o interesse coletivo ou que ao menos não o comprometa, nosso posicionamento é pela aplicabilidade absoluta do CDC.

A contribuição jurídica que se pretendeu com este estudo científico objetivou evidenciar a necessidade de conciliação entre o direito do consumidor e a prestação dos serviços públicos, posto que as normas jurídicas existem para que as relações sociais sejam reguladas, possibilitando o convívio pacífico, a harmonização e a satisfação comum dos diversos interesses, sejam eles, individuais, coletivos e públicos.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDUCH SANTOS, J. A. *Contratos de Concessão de Serviços Públicos: Equilíbrio Econômico-Financeiro*. Curitiba: Juruá, 2004.

AGUIAR JÚNIOR, R. R. *Aspectos do código de defesa do consumidor*. Revista Ajuris, 52. Porto Alegre, 1991.

ALESSI, R. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo II. Traducción de la 3ª edición italiana. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970.

ALMEIDA, C. F.. *Os Direitos dos consumidores*. Coimbra : Livraria Almedina, 1982.

ARAÚJO, F. F. de. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Editora Copola, 2002.

ARAÚJO FILHO, L. P. da S. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, F. C. *Defesa do consumidor e regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação dos serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BACELLAR FILHO, R. F. *Princípios constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BINENBJOM, G. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, 239:1-31 Jan/Mar. 2005.

BITTAR, C. A. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BLANCHET, L.A. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998.

BLANCHET, L. A. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

BLANCHET, L. A. *Parcerias público-privadas*. Curitiba: Juruá, 2005.

BOLSON, S. H. *O princípio da dignidade da pessoa humana: relações de consumo e o dano moral ao consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 43, 2003.

BONATTO, C.; DAL PAI MORAES, P. V. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGOIGNIE, T.. *O conceito jurídico de consumidor*. trad.:AMARAL, A.L. Revista de Direito do Consumidor, 2. São Paulo: RT, 1992, al.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CAPUCHO, F. J. *O poder público e as relações de consumo*. Revista de Direito do Consumidor, n.41. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

CAZZANIGA, G. A. F. *Responsabilidade dos órgãos públicos no código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, 11. São Paulo: 1994.

COMPARATO, F. K. *As garantias institucionais dos direitos humanos*. Revista Trimestral de Direito Público, 32. São Paulo: Malheiros Editora., 2003.

CONCEIÇÃO, M. D. N. *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

COSTA, R. H. *A tributação e o consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.21. São Paulo: RT, ano 1997.

COSTADELLO, Â. C. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Tese de doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

EFING, A. C. *Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor*. São Paulo : RT, 1999.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DINIZ, M. H. *Conflito de normas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, M. H. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONATO, M. A. *Proteção ao consumidor - conceito e extensão*. São Paulo : RT, 1993.

EFING, A. C. *Banco de dados e cadastro de consumidores*. Biblioteca de Direito do Consumidor. 18. ed. São Paulo: RT, 2002.

EFING, A. C. *Direito do consumo 1*. Curitiba: Juruá, 2001.

EFING, A. C. *Direito do Consumo 2*. Curitiba: Juruá, 2002.

FERREIRA FILHO, M.G.. *Comentários à Constituição Federal Brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990.

FERREYRA, R.A.V.; ROMERA, O.E. *Protección y defensa del consumidor - ley 24.240*. Buenos Aires : Depalma, 1994.

STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. *Derechos y defensa del consumidor*. Buenos Aires : Ediciones La Rocca, 1994.

FARENA, D. V. M. *Telefonia: Crise do modelo e desrespeito ao consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, 44. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JR., T. S. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO, L. V. *Revista de Direito Público*. RBPD. n. 05, abr/jun 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FILOMENO, J. G. B. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FILOMENO, J. G. B. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FREITAS, J. *Direito do Estado: novos rumos*. Paulo Modesto e Oscar Mendonça (Coorden.) Tomo 2. Direito Administrativo. São Paulo: Max Lemonad, 2001

GORDILLO, A. A. *Tratado de Derecho Administrativo: Parte geral*. Tomo II. Buenos Aires: Macchi, 1980.

GRINOVER, A. P. *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROTTI, D. A. M. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JUSTEN, M. S. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN, M. S. *O serviço público na perspectiva do direito comunitário europeu*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. n.º. 01 jan/fev/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

JUSTEN FILHO, M. *As diversas configurações da concessão de serviço público*. Revista de Direito Público da Economia – RPDE, n.º1 jan/fev/mar. 2003. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, M. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAZZARINI, A. *Serviços públicos nas relações de consumo*. Revista do Direito do Consumidor, 29. São Paulo: RT, 1999.

LISBOA, R. S. *Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

LOPES, R. R. de L. *Direito do consumidor e privatização*. Revista do Direito do Consumidor, n.º. 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUNARDI, S. G. *Tutela específica no Código de Defesa do Consumidor diante das garantias constitucionais do devido processo legal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

LUHMANN, N. *A nova teoria dos sistemas*. Trad.: SAMIOS, E. B. M.. Porto Alegre: UFRGS, GOETHE INSTITUT/ ICBA, 1997.

MACEDO JUNIOR, R. P.. *A proteção dos usuários de serviços públicos – a perspectiva do direito do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, 37. São Paulo: 2001.

MACHADO, H. de B. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Biblioteca de direito do consumidor 1. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES NETO, F.A. M. *A nova regulamentação dos serviços públicos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n.1. – fev/mar./abr. 2005 – Salvador.Bahia – extraída do site: www.direitodoestado.com.br.

MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, O. (Coorden.) *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: RT, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

MEZENELLO, M. D.A. C. *Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos*. Revista de Direito do Consumidor, 19. São Paulo: 1996.

MIRAGEM, B. *A regulação do serviço público de energia elétrica*. Revista de Direito do Consumidor, 51. São Paulo: RT, 2004.

MODESTO, P.; MENDONÇA, O. *Direito do Estado: Novos Rumos*. Tomo 2. Direito Administrativo. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOREIRA NETO, D. F. *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, V. *Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. nº. 01 jan/fev/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MUKAI, T. *Concessões e permissões de serviços públicos: comentários à Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Medida Provisória n. 1.017/95*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NAMBA, E. T. *A suspensão do serviço público pela concessionária em decorrência do não pagamento das contas pelo usuário*. Revista de Direito do Consumidor, 36. São Paulo: RT, 2000.

NASCIMENTO, T.M.C. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1991.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor – direito material (arts. 1º ao 54)*. São Paulo : Saraiva, 2000.

_____. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

PASQUALOTO, A. *Os serviços públicos no código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, 1. São Paulo: RT, 1992.

PIMENTEL DE OLIVEIRA, R. H. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

PINHEIRO, C. T. *A suspensão de serviço público em virtude do inadimplemento do usuário à luz dos princípios da boa-fé e da proporcionalidade*. Revista de Direito do Consumidor, n. 40. São Paulo: RT, 2001.

RIVERO, J. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução: CRETELLA, J. São Paulo: Editora RT, 1995.

RODRIGUES, D.; NUNO, F.; RAGGIOTTI, N. *Dicionário Larousse ilustrado da língua portuguesa*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2004.

SAVARIS, J. A. *Pedágio: pressupostos jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004.

SARLET, I. W. *Direitos fundamentais e direito privado*. Revista de Direito do Consumidor, 36. São Paulo: 2000.

SOUZA OLIVEIRA, M. J. G. de. *A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

TEIXEIRA, S. de F. *A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor, nº. 43, ano 2002, julho-setembro: São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

VEDEL, G. *Derecho administrativo*. Tradición: JURADO, J.R. 6ª ed. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.

VERGARA, S. H. C. *Impacto dos direitos dos consumidores nas práticas empresariais*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

VIEIRA, A. C. P. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.