

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Lukas Escudeiro Reynaud

O USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A APLICABILIDADE DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

SÃO PAULO
2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Lukas Escudeiro Reynaud

O USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito das Relações de Consumo, sob a orientação da Professora Doutora Fabíola Meira de Almeida Santos

SÃO PAULO
2017

BANCA EXAMINADORA

À minha noiva, Aimée, que com amor e companheirismo, entendeu a minha ausência durante a realização deste trabalho.

Aos meus pais, Raquel e Reinaldo, pelo amor e carinho.

Ao meu irmão, Matheus, pelo incentivo e parceria.

Aos meus sogros, Dedé e Renato, pelas boas energias e apoio.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora Professora Doutora Fabíola Meira de Almeida Santos,
pela atenção e paciência sempre solícita.

RESUMO

O Estado brasileiro desempenha, junto à sociedade, inúmeros serviços de caráter público, especialmente protegidos pela Constituição Federal, os quais podem ser diferenciados entre em próprios e impróprios; administrativos, comerciais ou industriais, quanto ao objeto; *uti singuli* e *uti universi*, no tocante à forma de prestação; originários e derivados, quanto à diferenciação entre atividade essencial e facultativa do Estado; além de exclusivos e não exclusivos. Enquadrando a prestação *uti universi* como serviços próprios, pois prestados sem remuneração específica, no outro quadrante se encontram os serviços impróprios, os quais, mesmo de caráter público, são prestados aos cidadãos de maneira individual, motivo pelo qual são denominados de *uti singuli*, sendo mensurado e remunerados conforme o uso. É com relação aos serviços impróprios – *uti singuli* – que se estuda a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, dando ao usuário do serviço público as prerrogativas de consumidor.

Palavras-chave: Serviços públicos. Usuário fornecedor de serviços públicos. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação do CDC aos serviços públicos. Serviços *uti universe* e *uti singuli*. Direito Administrativo e Direito do Consumidor.

ABSTRACT

The Brazilian State provides, along with society, several kinds of public services, especially protected by Brazil's Federal Constitution, which can be classified as own and improper, administrative, commercial or industrial; with regard to the object: *uti singuli* and *uti universe*; with regard to how it is provided; primary or derivative; as to the difference between the essential and optional activities of the State; besides exclusive and non-exclusive. Understanding *uti universi* provision as proper services, once they are provided without specific remuneration, in the other side there are the improper services, which, even though of public nature, are provided to citizens individually, which is why they are called *uti singuli*, being measured and remunerated according to use. It is concerning the improper services - *uti singuli* - that one studies the possibility of applying the Brazilian Consumer Defense Code, and consequently, giving the public service user the consumer prerogatives.

Keywords: Public services. User supplier of public services. Brazilian Consumer Defense Code. Applying the Brazilian Consumer Defense Code to public services. Administrative Law and Consumer Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 – O ESTADO BRASILEIRO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS	17
1.1 OS PRIMEIROS PASSOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	17
1.2 O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	19
1.3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS	23
1.3.1 Conceito.....	23
1.3.2 Classificação	25
1.3.3 Princípios norteadores	29
1.3.4 Formas e meios de prestação.....	33
CAPÍTULO 2 – O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEUS REFLEXOS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	40
2.1 A CRIAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	40
2.2 DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS PÚBLICOS	48
2.2.1 O usuário de serviço público e o consumidor	53
2.2.2 A abrangência da aplicação da lei consumerista nos serviços públicos	64
2.2.3 A atividade remunerada como critério de distinção	69
2.2.4 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos a partir das prestações <i>uti universi</i> e <i>uti singuli</i>	72
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, conhecida também como Constituição Cidadã, trouxe especial preocupação com a parte vulnerável na relação de consumo, o consumidor, e assim elevou sua proteção a direito fundamental e a princípio da própria atividade econômica (artigo 5º, XXXII, e artigo 170, V, da CF/88, respectivamente). Com o fim de consolidar a execução desses direitos, então surgiu o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o qual prevê, dentre outros direitos, à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

É nesse sentido que, o presente estudo, procura analisar em que passo o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos serviços públicos. Para tanto, o trabalho está dividido em duas seções principais, nas quais são aprofundados importantes temas relacionados ao Direito Administrativo e do Consumidor, os quais oportunizam o debate sobre os reflexos do Código de Defesa do Consumidor para os usuários de serviços públicos.

Num primeiro momento, procura-se traçar uma análise sobre a transformação do serviço público na sociedade brasileira e sua acepção na atual conjuntura, sobretudo porque tem sido grande, nos últimos tempos, a aclamação popular para que o Estado “diminua o seu tamanho”, especialmente em razão dos recorrentes casos de corrupção que tem sido quase que inerentes à prestação dos serviços públicos sejam direta ou indiretamente.

Num segundo plano, o presente estudo busca elucidar a respeito dos fundamentos constitucionais que geraram a criação do Código de Defesa do Consumidor, detalhando sua importância no texto constitucional. Ato contínuo, aprofunda-se aos elementos caracterizadores da relação jurídica de consumo (fornecedor, produto ou serviço, e consumidor), bem como os preceitos informadores desse microsistema.

Feita esta análise, passa-se a observar os reflexos do advento do Código de Defesa do Consumidor nos serviços públicos, especialmente no tocante a forma

de prestação destes serviços, ora configurados como *uti universe* ora como *uti singuli*, denominações estas que trazem consequências diversas para a aplicação, ou não, da lei consumeristas aos serviços públicos, pois suas bases, ainda que discutíveis, sobretudo no âmbito do Direito Administrativo, atingem tanto o consumidor de serviço público como o chamado Estado-fornecedor.

Ante a problematização destacada, faz-se um cuidadoso estudo acerca das construções doutrinárias dos principais autores do Direito Administrativo – a partir dos conceitos, classificações e princípios, no que diz respeito aos serviços públicos de forma geral – comparando-os com os principais nomes do Direito do Consumidor que se debruçaram sobre o tema, distinguindo a receptividade de alguns institutos dos administrativistas no âmbito das relações de consumo quando aplicada aos serviços públicos.

CAPÍTULO 1 – O ESTADO BRASILEIRO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1 OS PRIMEIROS PASSOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O Direito frequentemente tem seus ramos divididos no meio acadêmico entre Público e Privado. Tal acepção passa a ser mais utilizada no século XIX, no auge do liberalismo econômico. É neste momento que, enquanto o Direito Público se limitava em estruturar e pôr em prática as políticas do Estado, o Direito Privado tratava de temas atinentes à atividade econômica.¹

Aqui, cabe um pequeno parêntese a respeito do Direito Público e Privado. A diferença entre os interesses destes dois institutos do Direito é intrínseca às suas personalidades, pois enquanto pessoas de direito público vigiam interesses públicos, as pessoas de direito privado preocupam-se com seus interesses particulares.²

Nesse sentido, é imperioso salientar as palavras de Carlos Ari Sundfeld, que assim ensina sobre a incidência de diferentes ramos jurídicos:

O que define a incidência de um ou outro ramo jurídico é a atividade, não a pessoa envolvida.

O direito público não é o direito do Estado, aplicável exclusivamente às relações das quais participem as entidades governamentais. Também o direito privado não é o conjunto de normas incidentes apenas e sempre nos vínculos travados entre particulares. O Público é o direito das atividades estatais, enquanto o privado é o direito das atividades dos particulares.

Quando o Estado explora atividade econômica (que é privada, por forçado previsto em nossa Constituição, art. 170), o faz no regime privado: se presta serviço público (educação ou saúde, por exemplo), sujeita-se ao direito público. A pessoa jurídica estatal participa tanto de relações de direito público quanto de direito privado.³

¹ BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. 4. ed. (Séries leituras jurídicas: provas e concursos; v. 29. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31.

² SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 70.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público, p. 76-77.

Essa passagem é bastante relevante, pois será de grande valia quando adentrarmos ao tema da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos.

Dito isto, voltamos a parte histórica. A partir do instante em que o Estado se afasta dos princípios do liberalismo⁴, as suas atividades próprias, definidas como serviços públicos, conseqüentemente passam a aumentar, e assim acaba por operar em atividades comerciais e industriais, que, anteriormente, eram exercidas pela iniciativa privada.

É na primeira metade do século passado que, no Brasil, os serviços considerados de ordem pública passam a ser transferidos à iniciativa privada, porém, a ausência de interesse por parte desta em modernizá-los, a diminuta quantidade de empresas no setor, bem como a falta de normatização dos mesmos, os tornam ineficazes, não restando alternativa ao Estado senão retomar o exercício destes serviços.

Dessa forma, os serviços públicos anteriormente concedidos são continuados por empresas estatais, criadas com o fito de torná-los eficientes e benéficos à população brasileira, carente de serviços públicos de qualidade. Ocorre que, não obstante ao início desenvolvimentista que as empresas estatais apresentaram na execução dos serviços públicos, gradualmente se aumenta a onerosidade ao Estado, pois já não tinha condições de mantê-los, tamanha a necessidade de uma administração presente e investimentos financeiros progressivos, tornando a sua execução inviável para o Estado.

Somente no final do século passado, e seguindo uma tendência mundial, é que o Estado brasileiro começa a se preparar legislativamente para voltar a conceder à iniciativa privada a gestão ou a execução de serviços públicos.

Através de um processo de desestatização, ou privatização, é que o Estado passa a reduzir sua participação na atividade empresarial, e volta-se com mais

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105.

eficiência à prestação dos chamados serviços essenciais e indelegáveis, inserindo-se, assim, no contexto mundial de privatizações⁵ de serviços públicos.

E sendo os serviços públicos transferidos à iniciativa privada, os usuários desses serviços acabam por se submeter às suas regras, seja de mercado ou ao próprio interesse privado.

É considerando a ausência de proteção destes usuários que o Estado deve criar mecanismos eficientes que impeçam o predomínio do interesse do particular sobre o interesse da coletividade.

É nesta oportunidade que surge a relevância de se analisar a criação da nossa Carta Magna, pois além de eleger os princípios gerais da ordem econômica, traz ao Poder Público a responsabilidade de prestação de serviços públicos como forma de suprir as necessidades da sociedade.

1.2. O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Pois bem, somente com o surgimento da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, é que as alterações jurídicas efetivadas tornaram os serviços públicos viáveis, uma vez que o tema passa a ser tratado com maior especificidade.

⁵ “A privatização pode ser entendida como um processo de desvinculação de atividades econômicas ou de serviços, que se encontram a cargo do Poder Público, passando-os para a atividade privada. A figura da concessão de serviços públicos pode ser considerada como forma de privatização. Na verdade, a privatização não consiste somente em um processo de transferência do controle societário de empresas de propriedade estatal (que possuem natureza de direito privado, conforme o art. 173 da CRFB) para as mãos da atividade privada, ela representa um processo mais complexo, um verdadeiro ponto de partida para o atendimento das propostas políticas. A privatização pode ser vista como parte integrante das novas estratégias de desenvolvimento (e competição), com vistas ao aumento da produtividade, isto em decorrência da falência do setor público que tornou insuportável a manutenção de empresas deficitárias e a promoção do nível requerido de investimento nas empresas estatais. A privatização está sendo utilizada, em muitos países, para diminuir a máquina estatal, liberar e promover o crescimento econômico com liberdade de preço, de crédito e concorrência”. OLIVEIRA, José Carlos. Concessões e permissões de serviços públicos da União, Estados, Municípios e entes reguladores. Bauru, SP: Edipro, 1996, p. 37.

Aqui, cabe registrar que as competências atinentes à prestação dos serviços públicos estão manifestadas em nossa Carta Magna como funções administrativas do Estado, ora de forma explícita, como nos arts. 21⁶, 25⁷, 30⁸ e partes extravagantes dos arts. 194⁹, 196¹⁰, 200¹¹, 201¹², 203¹³, 205¹⁴, 208¹⁵, 211¹⁶ e 223¹⁷, ora de modo implícito, como os demais dispositivos que versam sobre o regime e exploração de atividade econômica.¹⁸

Neste ponto, faz-se imperioso diferenciar a titularidade e a prestação quando da execução dos serviços públicos. Isso porque, enquanto a titularidade é exclusiva do ente político ao qual a Constituição Federal haja confiado a competência específica, caberá a prestação tanto ao titular (direto) como ao terceiro delegado (indireto), explícita ou implicitamente.¹⁹

Dito isto, pode-se dizer que da leitura da Constituição brasileira se observa uma preocupação do constituinte em aliviar o Poder Público da execução de tarefas de exploração econômica, transferindo-as ao setor privado sob diferentes perspectivas.

⁶ Art. 21. Compete à União:

⁷ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

⁸ Art. 30. Compete aos Municípios:

⁹ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

¹⁰ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹¹ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

¹² Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

¹³ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

¹⁴ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁵ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

¹⁶ Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

¹⁷ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 474.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 479.

A este respeito, se sobressaem os princípios da livre iniciativa (arts. 1º, IV²⁰ e 170, *caput*²¹), da restrição à atividade de exploração econômica pelo Estado (art. 173, *caput*²²) e da limitação interventiva geral às funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, *caput*²³).²⁴

Por sua vez, o art. 175, da CF/88, traz em sua redação as seguintes obrigações ao Poder Público:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Isto é, ainda que num primeiro momento os serviços públicos sejam vistos como de competência exclusiva da administração pública, observa-se que houve especial preocupação do constituinte originário em destacar que tais serviços podem ser prestados de diferentes formas, inclusive por particulares, mas desde que em consonância com a lei – posteriormente editada.

Neste mote, é imperioso ressaltar que mesmo quando serviços qualificados como públicos, como são os de saúde (art. 199²⁵) e educação (art. 209²⁶), passam a

²⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

²¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

²² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei

²³ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 485.

²⁵ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

²⁶ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

ser desempenhados por particulares, estes não deverão ser considerados serviços públicos propriamente dito.

Vale dizer que em decorrência do regime de concessão e permissão previstos no art. 175 da Constituição Federal, surgiram as Leis nºs 8.031/90 e 8.987/95, as quais certamente impulsionaram o Programa de Desestatização brasileiro, cuja vontade está manifestamente enraizada na Constituição Federal.

Inclusive, é a partir da proteção constitucional que os diferentes entes do pacto federativo iniciaram o processo de privatização de empresas das mais diversas áreas, tais como, siderurgia, petroquímica, telecomunicação, energia, transportes, financeira, dentre outras.²⁷

Essa mudança de modelo trazida pela Constituição alterou substancialmente a execução dos serviços públicos no Brasil, que gradualmente foram sendo passados para a iniciativa privada. Ou seja, a resposta dada pela Administração às crescentes demandas sociais foi enxugar o Estado, e aumentar a receita via licitações e criação de tributos.²⁸

Nesse sentido, defende o professor Daniel de Lima Passos:

Confiram-se, então, os motivos que levaram o Poder Público brasileiro a privatizar alguns serviços públicos, desonerando o Estado de atividades que, empreendidas por empresas privadas, geram-lhe receitas com o pagamento de tributos, ao contrário do dispêndio até então experimentado. Além disso, os serviços que vieram a ser desempenhados por empresas privadas em substituição ao Estado passaram por respeitável aprimoramento, perceptível por todos aqueles que deles se utilizam.

Como evidenciado por estudo histórico desenvolvido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Social e Econômico - BNDES, as privatizações representaram benefício econômico da ordem de U\$ 105,56 bilhões de dólares ao Estado no período de 1980 e 2000.

Diante disso, muitas empresas privatizadas tornaram-se gigantes companhias de capital privado, algumas vezes sob controle de empresas multinacionais estrangeiras, que passaram a atuar no

²⁷ PASSOS, Daniel de Lima. A responsabilidade dos órgãos públicos nas relações de consumo. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabiola; CALDEIRA, Patrícia (coordenadores). Comentários ao código de defesa do consumidor. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 164.

²⁸ PASSOS, Daniel de Lima. A responsabilidade dos órgãos públicos nas relações de consumo. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabiola; CALDEIRA, Patrícia (coordenadores). Comentários ao código de defesa do consumidor, p. 165.

mercado brasileiro fornecendo produtos ou prestando serviços diretamente a usuários/consumidores, adiante será melhor explorada a diferença desses conceitos, que necessitam dos serviços considerados essenciais para a coletividade, em especial quanto às teles, distribuidoras de energia e de água. Têm-se, portanto, a iniciativa estatal de mudança de foco administrativo.²⁹

Interessa, portanto, examinar as diferentes formas de prestação de serviços públicos pelo Estado, tendo em vista que é dentro deste contexto que se analisará a possibilidade de aplicação das normas consumeristas.

1.3. OS SERVIÇOS PÚBLICOS

1.3.1. Conceito

Para se traçar um conceito sobre o que é serviço público, é preciso recorrer a melhor doutrina de Direito Administrativo, embora os próprios administrativistas assumam, de maneira enfática, a dificuldade de se conceituar o serviço público, pois entendem que é um conceito que se transforma juntamente aos acontecimentos políticos, econômicos, sociais, culturais e históricos.

Apesar da aludida dificuldade, o professor Hely Lopes Meirelles, por exemplo, assim definiu serviço público:

“Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”³⁰

Na mesma esteira encontra-se o conceito de José Cretella Júnior, uma vez que abarca todas as atividades exercidas pela Administração Pública, sem diferenciar as atividades jurídica (poder de polícia), material (serviço público) e econômica.

²⁹ PASSOS, Daniel de Lima. A responsabilidade dos órgãos públicos nas relações de consumo. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabiola; CALDEIRA, Patrícia (coordenadores). Comentários ao código de defesa do consumidor. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 165.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 378.

Assim, o define como toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público.³¹

Nota-se que ambos os conceitos citados são considerados amplos, segundo leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que considera haver a adoção de conceitos de serviços públicos amplo e restrito, mas que em geral combinam três elementos para a sua definição: o material, o subjetivo, e o formal.³²

Nas palavras da autora³³, porém, restrito é o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual assim define serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.³⁴

Após explanar sobre o serviço público em sentido amplo e restrito, apontando os doutrinadores que os defendem, e ainda traçando uma breve análise sobre a evolução do seu conceito, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro passa a defini-lo como:

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.³⁵

Seguindo a mesma linha temos Odete Medauar, que além de combater interpretações muita amplas de serviço públicos, reconhece no serviço público a atividade de prestação efetivada dentro das atribuições da Administração Pública.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 103.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 695.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

Neste passo, considera a atividade prestacional porquanto o Estado é o prestador de algo necessário à coletividade, conferindo benefícios aos administrados, a partir de prestações específicas ou genéricas.³⁶

Como visto, o conceito de serviço público é suscetível de alteração no tempo e no espaço, de modo que o reconhecimento como serviço público de determinada atividade deriva, especialmente, de uma escolha política gravada na constituição ou nas leis.

Neste ponto, precisa é a conclusão de Dinorá Adelaide Mussetti Grotti:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico³⁷

Há de se reconhecer, portanto, que a busca por um conceito sobre serviço público é tarefa árdua, uma vez que existem diferentes fatores que terminam por influenciar que determinada atividade seja considerada dentro do conceito respectivo.

1.3.2 Classificação

Definido o conceito de serviço público, torna-se necessária sua classificação, que nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles são as seguintes: públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios; administrativos e industriais; *uti universi* e *uti singuli*. O auto ainda cita a importância de alguns critérios nessa classificação, pontuando os seguintes: essencialidade, adequação e os destinatários dos serviços. Termina definindo os serviços próprios de *uti universi* e os impróprios como *uti singuli*.³⁸

³⁶ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Os serviços públicos na Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 381-382.

Quem também trabalha a classificação, bem como a distinção entre serviços públicos próprios e impróprios é José Cretella Júnior. Vejamos:

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

[...] Para determinar quando um serviço público deve considerar-se próprio, isto é, realizado pelo Estado, é necessário considerar o interesse jurídico relativo ao Estado, em seu conceito de necessária organização jurídico-política, e as necessidades dos habitantes, ou seja, a população, que é elemento essencial do Estado.³⁹

Pois bem. A partir dos conceitos apresentados, pode-se dizer que os serviços classificados como próprios são prestados diretamente pela Administração Pública, pois, no intuito de atender a necessidade da coletividade, os assume como seus e executa-os de forma direta ou indireta, isto é, por meio dos seus agentes ou concessionários e permissionários, respectivamente.

Os serviços impróprios, por outro lado, não possuem a mesma condição de essencialidade, embora também atendam às necessidades coletivas, tendo em vista que não são assumidos e tampouco executados pelo Estado, direta ou indiretamente. Neste caso, são tão somente autorizados, regulamentados e fiscalizados pela administração pública.

A este respeito, vale citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

serviço público impróprio não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta a sua relevância. São atividades privadas que dependem de autorização do Poder Público;⁴⁰

³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 403-404.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114-115.

A classificação que será usada no presente trabalho – por entender que melhor aborda as questões inerentes ao serviço público – será a da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que continua sua crítica à classificação adotada por Hely Lopes Meirelles, nos seguintes termos:

Hely Lopes Meirelles (2003:385) dá o exemplo dos serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos e de residências. Ele diz que não constituem atividades públicas típicas, mas os denomina de serviços públicos autorizados.

Essa classificação carece de maior relevância jurídica e padece de um vício que justificaria a sua desconsideração: inclui, como espécie do gênero serviço público, uma atividade que é, em face da lei, considerada particular e que só tem em comum com aquele o fato de atender ao interesse geral.

É interessante observar que Hely Lopes Meirelles (2003:321) adota essa classificação, mas lhe imprime sentido diverso do original. Para ele, serviços públicos próprios “são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde pública) e para a execução dos quais a Administração usa de sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares”. Serviços públicos impróprios “são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem a interesses comuns de seus membros e por isso a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos, ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais) ou delega a sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizados”.

O que o autor considera fundamental é o tipo de interesse atendido, essencial ou não essencial da coletividade, combinado com o sujeito que o exerce; no primeiro caso, só as entidades públicas; no segundo, as entidades públicas e também as de direito privado, mediante delegação.⁴¹

Quanto ao objeto dos serviços públicos, a doutrinadora escolhida os divide em administrativos, comerciais ou industriais e, por fim, sociais.

Sobre os serviços públicos administrativos, utiliza-se da definição trazida por Hely Lopes Meirelles⁴² para ponderar que tal definição deve ser utilizada em seu sentido mais restrito. Já com relação ao serviço público comercial ou industrial,

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 115.

⁴² “são os que a Administração Pública executa para atender às suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 381)

entende, pondera que é aquele executado pela Administração Pública, de forma direta ou indireta, em atenção às necessidades coletivas de ordem econômica.⁴³

Ato contínuo define o serviço público social como o que “*atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação previdência, cultura, meio ambiente;*”⁴⁴.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, também assevera que há vários critérios adotados pela doutrina, e assim traz o seguinte rol para a classificação dos serviços públicos: (i) serviços públicos próprios e impróprios; (ii) serviços públicos administrativos, comerciais ou industriais, e sociais (relacionado ao objeto); (iii) serviços públicos *uti singuli* e *uti universi* (relacionado à maneira como concorrem para satisfazer ao interesse geral); (iv) serviços públicos originários ou congênitos e derivados ou adquiridos (relacionado à distinção entre atividade social do Estado e atividade facultativa; e (v) serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado (relacionado a exclusividade ou não do Poder Público na prestação do serviço).⁴⁵

Não obstante o extenso rol classificatório acima, o qual considera os critérios adotados pelas diferentes doutrinas administrativistas, o presente estudo se aprofundará na clássica diferenciação entre os serviços *uti singuli* e *uti universi*, uma vez que serão objeto de melhor análise quando da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos.

Neste passo, cumpre salientar que a autora citada ponderar que enquanto os serviços *uti singuli* têm como fim a satisfação individual e direta das necessidades, os serviços *uti universi* são prestados à coletividade, porém usufruídos indiretamente pelos cidadãos.⁴⁶

Como exemplo de serviços *uti singuli* temos os comerciais e industriais (luz, água, transporte, telecomunicação), bem como os serviços sociais (saúde, educação,

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 117.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 114-118.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 117.

cultura). Pensando nos serviços *uti universi* observam-se os serviços administrativos (iluminação, saneamento).⁴⁷

1.3.3 Princípios norteadores

Validamente, não se pode olvidar que o serviço público somente terá utilidade se estiver dentro de um sistema jurídico que abarque tanto os princípios como as normas. Isto é, não basta qualquer conceito ou classificação se não existir a indicação dos princípios e regras atinentes à solução os litígios. Nesse sentido, observamos que a administração pública é detentora de algumas prerrogativas, ficando em uma relação vertical face o administrado.

No entanto, para uma melhor compreensão do serviço público, faz-se preciso um mergulho nesses princípios que regem as relações entre o poder público e o particular, ainda que os próprios doutrinadores administrativistas diverjam quanto à denominação, número, conteúdo ou valor jurídico dos princípios inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos.

Sobre este tema, é importante citar que tais princípios são inerentes à formação do Estado e suas garantias constitucionais, onde encontramos os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana⁴⁸, da igualdade⁴⁹, bem como os objetivos fundamentais da nossa Carta Magna: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁵⁰.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117.

⁴⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

⁴⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Passado o rol de princípios constitucionais, passamos a verificar como a doutrina trata os princípios que regem os serviços públicos. Antes, porém, vale citar um importante ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípios gerais de Direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não, porém, como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento. É que os diversos institutos nele compreendidos – quando menos considerados em sua complexidade íntegra – revelam, nas respectivas composturas, a absorção dos valores substanciados nos sobreditos princípios.⁵¹

Ao passar sua análise aos princípios próprios do serviço público, sinaliza que doutrina francesa – a qual possui bastante influência no direito brasileiro – aponta três princípios comuns à generalidade. Cita que René Chapus aponta como princípios do serviço público (a) mutabilidade, (b) continuidade e (c) igualdade.⁵²

Adiante, afirma que esses mesmos princípios são citados por Jean Rivero, Jean Waline, Georges Vedel e Pierre Devolvé, enquanto que Jean De Soto acrescenta o princípio da gratuidade. Pondera, entretanto, que este princípio não se aplica aos casos em que o serviço seja prestado em regime de concessão ou permissão a particulares. Por fim, assevera que Laubadère, Venezia e Gaudemet agregam como princípios, o da neutralidade, o de a Administração fazer funcionar corretamente os serviços públicos e o da gratuidade, estes, porém, como princípios autônomos.⁵³

Já no momento de elencar seus princípios do serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello decide por enumerar um rol bastante extenso, com dez princípios expostos da seguinte forma:

“1) *dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, seja diretamente, nos casos em que é prevista a prestação direta, seja*

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 481.

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, p. 700.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, p. 700-701.

indiretamente mediante autorização, concessão ou permissão, nos casos em que permitida tal modalidade, que, de resto, é a regra geral. Segue-se que, se o Estado omitir-se, cabe, dependendo da hipótese, ação judicial, para compeli-lo agir ou responsabilidade por danos que tal omissão haja causado.

2) *princípio da supremacia do interesse público*, em razão do que, tanto no concernente à sua organização quanto quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; *jamaís os interesses secundários do Estado ou dos que hajam sido investidos no direito de prestá-los*, daí advindo, conseqüentemente, o

3) *princípio da adaptabilidade*, ou seja, sua atualização e modernização, conquanto, como é lógico, dentro das possibilidades econômicas do Poder Público;

4) *princípio da universalidade*, por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público;

5) *princípio da impessoalidade*, do que decorre a inadmissibilidade de discriminações entre usuários;

6) *princípio da continuidade*, significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido.

7) *princípio da transparência*, impositivo da liberação a mais ampla possível ao público em geral do conhecimento de tudo o que concerne ao serviço e à sua prestação, aí estando implicado o

8) *princípio da motivação*, isto é, o dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes ao serviço;

9) *princípio da modicidade das tarifas*; deveras, se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, por considerá-lo importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem. (...)

10) *princípio do controle* (interno e externo) sobre as condições de sua prestação.⁵⁴

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, enumera cinco princípios: (i) o da permanência (nome que atribui ao princípio da continuidade); (ii) o da generalidade (corresponde ao princípio da igualdade); (iii) o da eficiência (outra designação para a mutabilidade); (iv) o da modicidade (exigente de tarifas razoáveis) e (v) o da cortesia.⁵⁵

Ainda menor é o rol apresentado pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que entende existir três princípios que são inerentes ao regime jurídico dos

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 702-703.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 385

serviços públicos: (i) o da continuidade do serviço público; (ii) o da mutabilidade do regime jurídico; e (iii) o da igualdade dos usuários.⁵⁶

Quem também adentra ao tema é Diogo de Figueiredo Moreira Neto, listando oito princípios jurídicos informativos: (i) a generalidade, (ii) a continuidade, (iii) a regularidade, (iv) a eficiência, (v) a atualidade, (vi) a segurança, (vii) a cortesia, e (viii) a modicidade, ressaltando a reunião destes atendem ao conceito jurídico *serviço adequado*, previsto no art. 175, parágrafo único, IV, CF.⁵⁷

Por oportuno, é de especial relevância compreender que embora o conceito de *serviço adequado* seja indeterminado e genérico, este foi objeto de um melhor cuidado quando da edição da Lei Federal nº 8987/1995 (que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos), sendo detalhado e definido desta forma: “*é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*”, conforme seu art. 6º, § 1º.

Como se vê, a Constituição Federal, em seu art. 175, inseriu ao Estado o dever de promover a prestação de serviços públicos, obrigando-o, ainda a prestá-lo adequadamente, senão vejamos:

Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Com efeito, não se pode olvidar que a atividade da Administração Pública deve ser norteada segundo os os princípios que lhe são intrínsecos, os quais são oportunamente elencados no art. 37 da Constituição Federal:

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

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117.

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 475.

publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Além disso, o próprio art. 37, em seu § 3º, definiu que a lei disciplinará sobre as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

Listados os mais diversos princípios inerentes ao serviço público, seja através do rol elencado pelos principais doutrinadores do Direito Administrativo, seja pela nossa própria Carta Magna, seguimos o estudo adentrando ao debate sobre as formas e meio de prestação dos serviços públicos.

1.3.4 Formas e meios de prestação

De pronto, é possível afirmar que a prestação do serviço público ou de utilidade pública pode ser centralizada, descentralizada e desconcentrada, enquanto que a sua a sua execução pode ser direta e indireta.⁵⁸

O serviço centralizado é o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos, em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade. Ou seja, o Estado é, simultaneamente, titular e prestador do serviço.⁵⁹

O serviço descentralizado, por outro lado, é todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou sua execução, por outorga ou delegação, para autarquias, fundações, empresas estatais, privadas ou particulares.⁶⁰

Por fim, há o serviço desconcentrado quando a Administração o executa de forma centralizada, porém, o distribui entre vários órgãos da mesma entidade para

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 393-394.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 712-713.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 705.

facilitar sua realização e obtenção pelos usuários.⁶¹

Isto é, há outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, determinado serviço público ou de utilidade pública, mediante lei. A delegação, por sua vez, ocorre no momento que o Estado transfere, seja através de contrato ou ato unilateral, tão somente a execução do serviço, para que assim o delegado possa prestá-lo à sociedade, mas o é feito em seu nome e, portanto, por sua conta e risco, embora seja regulamentado, controlado e fiscalizado pelo Estado.

Assim sendo, constata-se que a delegação é menos que a outorga, pois enquanto a outorga se apresenta como definitiva, a delegação mostra um caráter mais de transitoriedade. Dito isto, é importante observar que, geralmente, os serviços públicos outorgados são por tempo indeterminado, ao passo que os delegados possuem prazo determinado, ocasião em que, ao seu término, retornam ao ente que o delegou.

De toda forma, em ambas as hipóteses o serviço prestado continua sendo público ou de utilidade pública, porém descentralizado, isto é, permanece sujeito a regulamentação e controle pelo Poder Público que o descentralizou, mantendo-se os requisitos originários.

Neste ponto, vale lembrar que o art. 175 da Constituição Federal determina que é incumbência Poder Público a prestação de serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Tem-se, assim, que todo serviço público pode ser prestado diretamente pelo Poder Público à sociedade, entretanto, nem todo serviço público pode ser prestado indiretamente através de concessionário ou permissionário.

Embora já definidas, é importante frisar que *descentralização* não se confunde com *desconcentração*. Isso porque, nesta, as atribuições administrativas são outorgadas a diversos órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação. Naquela, porém, há, na verdade, a transferência da

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, p. 705-706.

atribuição de prestar o serviço a outra pessoa jurídica.⁶²

A desconcentração, portanto, é uma técnica administrativa de simplificação e aceleração do serviço dentro da mesma entidade, diferentemente da descentralização, que é uma técnica de especialização, consistente na retirada do serviço de uma entidade e transferido para execução por outra. Nota-se que embora a distinção conceitual seja clara, ainda existe confusão legislativa sobre o tema.⁶³

Concluindo, temos que os serviços centralizados, descentralizados ou desconcentrados admitem execução direta ou indireta, considerando que isto se refere a sua implantação ou operação, e não a quem tem a responsabilidade pela sua prestação ao usuário.

Com efeito, pode-se dizer que o Estado presta serviço por execução direta quando é o titular do serviço e seu executor, ou seja, considera-se serviço em *execução direta* sempre que o encarregado de seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente ou por seus órgãos ou por seus prepostos, não havendo normas especiais para essa execução, senão aquelas constantes na própria lei instituidora do serviço ou consubstanciadora da outorga ou autorizadora da delegação, a quem vai prestá-lo aos usuários. Desta feita, é realizada pelos próprios meios da pessoa responsável pela sua prestação ao público, seja esta pessoa estatal, autárquica, fundacional, empresarial, paraestatal ou particular.

Neste liame, não se deve perder de mira os ensinamentos do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual aponta que a prestação direta é a executada pelos entes administrativos políticos, sendo, portanto, o próprio Poder Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que os institui e executa.⁶⁴

Já a execução indireta existe quando os serviços são prestados por pessoas diversas daquelas que formam a Federação, a partir de outorga legal ou

⁶² CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 362.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 394.

⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 481.

delegação. Assim, faz-se através de entes administrativos de direito público de natureza autárquica ou entes administrativos de direito privado.⁶⁵

A execução indireta, portanto, é meio de realização do serviço que pode ser empregado pelo Estado e também por aqueles a quem ele transferiu o serviço ou sua prestação aos usuários. Não se confunde, porém, com as prestações descentralizada, desconcentrada e centralizada de serviço, pois, como visto, referem-se à forma de prestação desse mesmo serviço, e não ao meio de sua execução.

Ante o exposto, temos que, considerando a Constituição Federal e a doutrina especializada, a prestação indireta acontece, essencialmente, por meio da concessão ou permissão dos serviços públicos, ao passo que as demais terminam por ser avaliadas como prestações diretas.

Sobre as modalidades de prestação indireta, vale mais um vez destacar a obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto que apresenta cinco modalidades de prestação indireta, as quais subdivide em (i) prestação autárquica - atribuída por outorga legal a ente administrativo autárquico, de criação federal, distrital federal, estadual ou municipal; (ii) prestação paraestatal - atribuída por delegação legal a ente administrativo de direito privado, de criação federal, distrital federal, estadual ou municipal, caracterizado como entidade paraestatal - empresas públicas e sociedades de economia mista; (iii) prestação contratual - atribuída por delegação contratual a entes particulares, pessoas de direito privado, que ajustam, com o Poder Público competente, a execução de serviços de utilidade pública sob diversas modalidades de contratação; (iv) prestação complexa - é aquela em que pessoas se associam para realizar a mesma prestação, tendo, ao menos uma delas, competência administrativa para fazê-lo, comportando delegações complexas recíprocas; e (v) prestação unilateral - atribuída por delegação unilateral do Poder Público a pessoas de direito privado, que são particulares habilitados através de diversas modalidades de *atos receptícios*, em condições uniformes, unilateralmente impostas.⁶⁶

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 482

⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 482-484.

Muito se fala sobre a incompetência do Estado na prestação dos serviços públicos e, por isso, da necessidade da concessão à iniciativa privada. No entanto, a principal justificativa para tais concessões acaba tendo como pano de fundo a possibilidade de menor investimento pela Administração Pública.

Pelo clamor da sociedade, porém, a justificativa seria no âmbito político, uma vez que cada vez mais são os setores estatais envolvidos em casos de corrupção, muito embora a população esqueça de refletir no sentido de que a iniciativa privada também tem ocupado um papel central nessas articulações. Superada essa pequena reflexão, seguimos.

No Brasil, foram criadas empresas e a elas foram outorgadas serviços públicos, como nos diversos exemplos que temos nas áreas de telecomunicações, energia elétrica, água e esgoto. Em outros casos, foi criada pessoa jurídica e a ela transferida, por lei, a execução de serviço público comercial ou industrial, misturando duas formas de descentralização: (i) por serviços (através de lei) e (ii) por colaboração (através de contrato).⁶⁷

Ou ainda, a lei cria a pessoa jurídica e transfere a atribuição ao mesmo tempo sem haver contrato. Nestes casos, as sociedades criadas adquirem o direito de prestar o serviço, mas o Poder Público conserva a titularidade, bem como é responsável pela fiscalização, que geralmente é feita por meio das agências reguladoras criadas.

Sobre os serviços públicos prestados diretamente pela Administração Pública, pode-se dizer que estes são indelegáveis, pois prestado pelos entes federativos por meio de seus próprios órgãos. São os exemplos da prestação jurisdicional e da segurança pública, uma vez que a administração pública direta é, além de titular, a própria prestadora dos serviços públicos.

Atualmente, os direitos dos usuários são reconhecidos em qualquer serviço público ou de utilidade pública como fundamento para a exigibilidade de sua

⁶⁷ CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 366

prestação, nas condições regulamentares e em igualdade com os demais usufrutuários. São direitos públicos subjetivos de exercício pessoal quando se tratar de serviço *uti singuli* e o usuário estiver na área de sua prestação, podendo ser usado o mandado de segurança para resguardar direito líquido e certo.⁶⁸

Quanto ao serviço *uti universi*, os interesses coletivos ou difusos serão defendidos pelo Ministério Público ou por entidades públicas ou privadas, voltadas à proteção do consumidor, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor, que em seus artigos 81 e 82⁶⁹ trouxe a seguinte redação:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I- o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

O usuário de serviço público ainda dispõe de ação que detém como objetivo

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 386.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, p. 386-387.

a *obrigação de fazer*, possível no Novo Código de Processo Civil tanto no procedimento ordinário como através de ação monitória e de execução, que o permite ingressar com ação face o concessionário, exigindo-lhe a prestação que se comprometeu perante a Administração Pública e a sociedade.

O primordial é que a prestação se consubstancie em um direito de fruição individual do serviço objetivado pelo usuário, ainda que extensivo a toda uma categoria de beneficiários deste. Isso porque a obtenção do serviço não deve ser considerada como único direito do usuário, porquanto lhe deve ser garantido a regular prestação.

Portanto, a figura central no serviço público não é o seu titular, nem o prestador dele, mas sim o usuário, pois é em função dele, para ele, em seu proveito e interesse que o serviço existe, conforme bem define Celso Antônio Bandeira de Mello, que por outro lado critica o fato de que, embora esta seja a lógica que preside juridicamente o assunto, não corresponde minimamente a realidade.⁷⁰

Nesse sentido, inclusive, sustenta que as Agências Reguladoras, por exemplo, que em sua origem teriam sido criadas para assegurar os direitos dos usuários, comportam-se em sentido oposto, já que mais preocupadas nos interesses das concessionárias. Neste passo, cita que as telecomunicações telefônicas são disparadamente as campeãs brasileiras em reclamações dos consumidores, sem que resultem as presumidas sanções previstas na legislação.⁷¹

Vê-se, portanto, que o serviço público no Brasil tem que assegurar condições de progresso econômico e eliminação de desigualdades, respeitando os limites constitucionais para intervenção estatal no domínio econômico.⁷² Até mesmo porque, como bem pontua Celso Antônio Bandeira de Mello, em um país onde a maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, o serviço público

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 705.

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, p. 705-706.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 384.

deverá ser remunerado por valores baixos, ou mesmo subsidiados, a fim de cumprir sua função jurídica natural.⁷³

CAPÍTULO 2 – O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEUS REFLEXOS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 A CRIAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com o advento da Constituição Federal de 1988 sobrevieram diversas inovações que foram idealizadas e, conseqüentemente, introduzidas ao nosso ordenamento jurídico. Uma dessas inovações é a expressa previsão de que o Estado deverá promover a defesa do consumidor⁷⁴, bem como observar o princípio da defesa do consumidor⁷⁵, tendo sido inclusive determinada a elaboração⁷⁶, pelo Congresso Nacional, do Código de Defesa do Consumidor, posteriormente criado em 1990, pela Lei Federal nº 8078/1990.

A respeito da importância de o constituinte originário colocar a defesa do consumidor como um princípio e direito fundamental, Claudia Lima Marques é categórica:

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu como princípio e direito fundamental a proteção do consumidor e indicou a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, demonstrando a sua vontade (e a necessidade) de renovar o sistema.⁷⁷

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 703.

⁷⁴ Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁷⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;

⁷⁶ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 624.

Sobre a criação da lei consumerista, elogiosos são os comentários de Rizzatto Nunes, que em sua obra Curso de Direito do Consumidor, exalta:

Porém, apesar de atrasado no tempo, o CDC acabou tendo resultados altamente positivos, porque o legislador, isto é, aqueles que pensaram na sua elaboração – os professores que geraram o texto do anteprojeto que acabou virando a Lei nº. 8.078 (a partir do projeto apresentado pelo, na época, Deputado Geraldo Alckmin) -, pensaram e trouxeram para o sistema legislativo brasileiro aquilo que existia e existe de mais moderno na proteção do consumidor. O resultado foi tão positivo que a lei brasileira já inspirou a lei de proteção ao consumidor na Argentina, reformas no Paraguai e no Uruguai e projetos em países da Europa.⁷⁸

Quem também louva a chegada do Código de Defesa do Consumidor é Paulo Khouri, inclusive citando o alcance da legislação ao Direito Administrativo:

Este diploma não é uma simples lei, que regula um contrato específico, como é o caso da Lei de Locações, Lei de Incorporação Imobiliária, Lei dos Planos e Seguro e Saúde. O raio de alcance do CDC é muito maior, pois se apresenta como uma lei que pode incidir em qualquer relação de consumo, estendendo seu alcance aos crimes contra os consumidores, ao processo civil, quando trata da proteção do consumidor em juízo, e ao direito administrativo, ao impor procedimentos aos órgãos envolvidos na proteção do consumidor.⁷⁹

Com efeito, cumpre salientar que o constituinte originário, quando se referiu aos princípios da atividade econômica, fez incluir, no art. 170 da Constituição Federal, que a ordem econômica tem como finalidade assegurar a todos a sua existência digna, devendo ser observado, entre outros, o princípio da defesa do consumidor.

De outro lado, como já explanado no capítulo anterior, o art. 175 da Constituição Federal impôs às empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos a obrigação de manter o *serviço adequado*, para que respeitados os direitos dos usuários.

Ora, é em cumprimento aos comandos constitucionais acima referidos que se promulgou a Lei 8.078/90, criando-se o Código de Defesa do Consumidor, a qual

⁷⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de Direito do consumidor: com exercícios. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

⁷⁹ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.36.

editou normas especialmente reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, bem como tentando trazer um melhor equilíbrio entre as partes, através de institutos como o da responsabilidade objetiva, a possibilidade de inversão do ônus da prova, a proteção contra cláusulas abusivas – com a interpretação mais favorável ao consumidor.

Foram disciplinados, ainda, instrumentos de ordem processual para a proteção individual e coletiva do consumidor, os quais são especialmente tratados no Título III do Código, que versa sobre a defesa do consumidor em juízo.

Ao colocar os direitos dos consumidores como direito fundamental, o constituinte pretendeu nivelar consumidores e fornecedores, nos termos do artigo 5º da Carta Magna, que versa sobre a igualdade de todos perante a lei. Materialmente falando, contudo, observa-se que consumidores e fornecedores são completamente distintos e, via de regra, desiguais.

É considerando a enorme disparidade econômica e técnica entre eles, existente na maioria dos casos, que o Código de Defesa do Consumidor se propõe a tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, como a própria Constituição Cidadã permite, objetivando que as relações jurídicas consumeristas sejam mais transparentes e seguras, dando abrigo a parte mais vulnerável: o consumidor.

E por se tratar de um direito fundamental assegurado, faz-se imprescindível ressaltar que a defesa aos direitos do consumidor não poderia somente ficar atrelada as relações de direito privado, mas também no âmbito do Poder Público.

Desta feita, observa-se que a intenção do legislador consumerista foi a de expandir o antigo conceito de relação de consumo, onde em um polo se tinha o consumidor, destinatário final do produto ou serviço, e do outro lado o fornecedor, que era, na sua maioria, a pessoa jurídica de direito privado, representada basicamente pelas grandes empresas.

Nota-se, portanto, que o advento do Código de Defesa do Consumidor mudou completamente o cenário em vigor até então. Isso porque, ao Estado não mais recaiu a obrigação de apenas defender os direitos do consumidor, mas também a respeitá-los, nos termos do artigo 3º da lei consumerista, que trouxe a seguinte redação:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. [grifo nosso]

Ou seja, o Código de Defesa do Consumidor passa a considerar como fornecedores as pessoas jurídicas de direito público ou privado, que por vezes representam o Estado, ainda que seja discutível se através da Administração Direta ou Indireta.

No momento em que o legislador passa a reconhecer que o Estado pode figurar como fornecedor de serviços, atenuam-se as diferenças permeadas entre o poder público e a iniciativa privada, tendo em vista que, se ambos exercem atividades econômicas reguladas pelo Estado, não há motivos para que este deixe de cumprir as leis consumeristas. No entanto, não se pode perder de vistas que o Estado desenvolve atividades distintas da iniciativa privada, de maneira que o Código de Defesa do Consumidor não pode ser aplicado da mesma forma.

Assim sendo, a partir do estudo feito no capítulo anterior, constata-se que a relação de consumo entre particulares e Estado é um negócio misto, uma vez que o poder público, ao contrário da iniciativa privada, somente pode ser considerado fornecedor quando presta serviços públicos, os quais são regidos a partir das normas de direito público e tem como princípio fundamental a supremacia do interesse público.

Ademais, é de especial relevância a leitura do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual fixa os princípios a serem respeitados quando da interpretação e aplicação de suas normas. Merece destaque, no entanto, para fins

deste estudo, o princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos, disposto em seu inciso VII. Vejamos:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

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

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

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.
[grifo nosso]

E seguindo a leitura das inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor temos mais um direito assegurado ao consumidor de especial relevância ao debate: a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos (art. 6º, inciso X, do CDC).

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

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

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

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários 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;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.
[grifo nosso]

Neste momento, nota-se, como bem pondera Nelson Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto do código consumerista, que os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor estão enumerados nos artigos 1º ao 7º, de tal forma que as demais normas apenas detalham tais princípios, fato que considera desnecessário.⁸⁰ Isso porque, o autor avalia o Código de Defesa do Consumidor como uma lei principiológica:

O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é *lei principiológica*. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuário etc.). Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma

⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 3, set.dez. 1992, p. 44-77, p. 51.

específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o Código de Defesa do Consumidor. [...]

Destarte, o princípio de que a lei especial derroga a geral não se aplica ao caso em análise, porquanto o CDC não é apenas lei geral das relações de consumo, mas, sim, lei principiológica das relações de consumo.

Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre as relações de consumo e lei geral, principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas.⁸¹

Analisando os dispositivos supracitados, percebe-se que o legislador consumerista decidiu regulamentar a atividade de prestação de serviços públicos, os quais são uma importante ferramenta na proteção dos usuários, juntamente com as disposições do art. 22, que detalha o já contemplado pelo legislador, pois principiológica é a lei consumerista.

Nesse sentido, vale ilustrar a preocupação do legislador em reforçar as obrigações inerentes a prestação de serviços públicos, como demonstra a redação do *caput* e seu parágrafo único:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. [grifo nosso]

Também é de extraordinária importância a edição da Lei nº 8.987/95, que ao versar sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, impõe a incidência das previsões do Código de Defesa do Consumidor na prestação do serviço público, ao prescrever em seu art. 7º:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [grifo nosso]

⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 444.

Pelo exposto, constata-se que a lei, almejando dar concretude às normas constitucionais, motivou expressamente a incidência do sistema de proteção especial previsto na Lei 8.078/90 à prestação dos serviços públicos, posteriormente refletida em diferentes normas, como a Lei 8.987/95 (concessão e permissão de serviços públicos), Lei 9.472/97⁸² (serviços de Telecomunicações) e Lei 9.478/97⁸³ (política energética nacional), todas trazendo entre os seus princípios a defesa do consumidor.

Diante deste cenário, se faz preciso traçar algumas considerações a respeito da maneira como se dará a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às prestações dos serviços públicos, especialmente os concernentes aos princípios que regem o regime de direito público e os contratos de concessão e permissão.

2.2 DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Sobre a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina consumerista tem apresentado diferentes argumentos sobre o tema. Adalberto Pasqualotto, por exemplo, entende que a disciplina dos serviços públicos em relação ao consumidor termina ainda no art. 22 do CDC, enquanto que os

⁸² Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

⁸³ Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

[...]

III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

dispositivos art. 4º, VII, e 6º, X, cuidam apenas de diretriz administrativa (norma programática) e de um direito geral do consumidor frente à administração pública.⁸⁴

José Geraldo Brito Filomeno – um dos autores do anteprojeto do Código Consumerista – por outro lado, discorda do posicionamento supracitado, sustentando que a prestação de serviços públicos se sujeitará às normas prescritas no Código de Defesa do Consumidor em todos os sentidos e aspectos.⁸⁵

Outro autor do anteprojeto a explicar sobre o tema é Zelmo Denari, que em seus comentários a respeito do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor afirma que este faz remissão às empresas públicas, concessionárias de serviços públicos, entes administrativos com personalidade de direito privado, por extensão aplicável às sociedades de economia mista, fundações e autarquias, toda vez que prestarem serviços públicos.⁸⁶

Antonio Herman Benjamin V. Benjamin também tem entendimento consolidado sobre o tema, que sucintamente assim ponderou:

No campo prático, o dispositivo – que se inclui topicamente na seção de responsabilidade por vício do produto e do serviço – tem gerado duas espécies de polêmicas. A primeira diz respeito ao campo de incidência e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Em síntese, a questão que se coloca é a seguinte: quais serviços públicos estão sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor? [...] Em relação ao primeiro ponto, relembre-se, inicialmente, que o CDC é expresso ao indicar que a pessoa jurídica de direito público pode ser fornecedora (art. 3.º, *caput*). Mais à frente, no art. 6.º, X, dispõe ser direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. Além dessas referências, há o reforço do disposto no *caput* do art. 22.

Não há, portanto, dúvida a respeito da possibilidade de incidência do CDC aos serviços públicos. As polêmicas dizem respeito à necessidade de a atividade ser remunerada diretamente (tarifa, preço

⁸⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 829-847.

⁸⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 133.

⁸⁶ DENARI, Zelmo. Da responsabilidade por vício do produto e do serviço. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 194.

público ou taxa) ou a suficiência de que a remuneração seja indireta e remota (impostos)⁸⁷

Também é relevante o posicionamento de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, que defende que o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos usuários de serviços públicos em relação à proteção dos riscos e contra a publicidade enganosa, à obrigação de fornecer informações claras quanto aos serviços e quanto à reparação dos prejuízos e danos morais. Vejamos:

Os usuários de serviços públicos devem ser protegidos contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de serviços considerados perigosos e nocivos, que coloquem em perigo a sua vida, saúde e segurança. Devem receber informações claras sobre os serviços, principalmente quanto ao preço, qualidade e risco que possam apresentar; têm proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; têm direito a uma efetiva reparação dos prejuízos e danos morais sofridos. Deve-se observar que os órgãos públicos possuem tratamento privilegiado, não se submetendo às mesmas sanções previstas no art. 20 para os fornecedores de serviço, pois o parágrafo único refere-se apenas ao cumprimento do dever de prestar serviços de boa qualidade, envolvendo somente a reexecução dos serviços públicos defeituosos, o que exclui as alternativas da restituição da quantia paga e do abatimento do preço. Por outro lado, tratando-se de reparação de danos, responsabiliza as entidades públicas na forma prevista no Código, ou seja, independentemente da existência de culpa, conforme preceitua o art. 14 do CDC.⁸⁸

Como se vê, no tocante à reparação de danos, a autora assevera que a Administração Pública deve ser responsabilizada independentemente da existência de culpa, conforme o disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, afastando a teoria da falta do serviço público, e aplicando-se a teoria do risco administrativo.

Por outro lado, também afasta a aplicação das sanções previstas no art. 20, pela anterioridade da regra especial prevista no parágrafo único do art. 22. Neste passo, salienta que o parágrafo único do art. 22, ao afirmar que no caso de descumprimento, o Estado será compelido a cumprir as obrigações estatuídas ou reparar os danos causados, termina por excluir as alternativas da restituição da

⁸⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226.

⁸⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 348.

quantia paga e do abatimento do preço, fixadas para os fornecedores em geral, segundo o art. 20 da lei consumerista.

Neste ponto, é crucial um melhor entendimento sobre os princípios trazidos pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, no qual o legislador consumerista obriga os órgãos públicos a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Quem muito bem adentra neste tema é Daniel de Passos Lima, que em sua dissertação de mestrado apresenta um tópico sobre a literalidade do artigo 22, onde procura demonstrar o entendimento do legislador quando da redação dos requisitos legais dispostos no artigo, o que faz a partir da análise do dicionário e interpretação das palavras.⁸⁹

Sobre os serviços adequados, por exemplo, cita que seus adjetivos são acomodado, apropriado e conforme. Em seguida, traz que a adequação se encontra no § 1º do art. 6º, da Lei nº 8.987/95: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.⁹⁰

Seguindo para o requisito da eficiência, o autor sustenta a seguinte definição: “Serviço eficiente é aquele que satisfaz a legítima expectativa do consumidor ou seja, que alcança a sua finalidade”⁹¹. Pontua, ainda, a grande preocupação do legislador consumerista com relação ao conceito de segurança, pois dispostos em diversos dispositivos do código, tais como 6º, 8º, 9º, 10, 12, 14, 31, 37, 55, 58, 66, 68 e 106.

⁸⁹ PASSOS, Daniel de Lima. Suspensão de energia elétrica pela ótica do Código de Defesa do Consumidor. 2009. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁹⁰ PASSOS, Daniel de Lima. Suspensão de energia elétrica pela ótica do Código de Defesa do Consumidor. 2009. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito), p. 111.

⁹¹ PASSOS, Daniel de Lima. Suspensão de energia elétrica pela ótica do Código de Defesa do Consumidor. 2009. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito), p. 109.

A respeito da obrigatoriedade de se apresentar serviços seguros, também concordamos com a linha adotada pelo autor, que entende que “a ideia desse conceito está intimamente ligada à proteção da incolumidade física e psíquica do consumidor”⁹²

Por fim, temos a obrigatoriedade da prestação de serviços contínuos. Estes, porém, são ressaltados pelo código que são atinentes aos serviços denominados como essenciais.

Neste tema, também é importante o entendimento de Daniel de Lima Passos, que por serviços públicos contínuos sustenta que é: “a obrigação do prestador de serviços ofertá-los continuamente mediante a necessária contraprestação”⁹³

Nota-se, aqui, a importância da palavra contraprestação, pois, a partir dela, rememoramos que os serviços públicos não são gratuitos, muito embora devam obedecer ao princípio da modicidade. Ou seja, ainda que o artigo 22 disponha que os serviços públicos essenciais sejam contínuos, tal continuidade é condicionada à contraprestação paga pelo consumidor⁹⁴.

Não obstante a polêmica inerente ao assunto retrocitado, esta não será objeto de maior aprofundamento neste estudo, que se voltará a outro ponto central de divergência, que é o seguinte questionamento: todo serviço público é serviço de consumo? Ou seja, é possível a aplicação da lei consumerista aos serviços públicos prestados pela Administração Pública, direta ou indireta?

Sobre este tema, vale destacar Fernando Costa de Azevedo, que sinaliza a existência de três posições na doutrina e na jurisprudência. A primeira corrente responde positivamente, pois acredita que todos os serviços públicos, não importa sua remuneração (se taxas, impostos ou tarifas), são serviços de consumo. Já a segunda e a terceira respondem negativamente, haja vista que pontuam não ser todos os

⁹² PASSOS, Daniel de Lima. Suspensão de energia elétrica pela ótica do Código de Defesa do Consumidor. 2009. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 112.

⁹³ PASSOS, Daniel de Lima. Suspensão de energia elétrica pela ótica do Código de Defesa do Consumidor. 2009. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito), p. 114.

⁹⁴ Embora o presente trabalho não tenha adentrado ao debate, cabe salientar que existe uma enorme polêmica, com divergências doutrinárias e jurisprudenciais, sobre a possibilidade de suspensão/interrupção dos serviços públicos essenciais, especialmente em razão do princípio da continuidade, que está estreitamente ligado à essencialidade da atividade prestada, conforme dispõe a última parte do caput do art. 22, CDC.

serviços públicos como de consumo. Estes, porém, divergem porque, para a segunda posição, são serviços de consumo apenas os remunerados por taxa ou tarifa, enquanto que a terceira corrente sustenta que são serviços de consumo somente os remunerados por tarifas.⁹⁵

Leonardo Roscoe Bessa também aponta os mesmo três posicionamentos:

Existem, a respeito, três posições: 1) interpretação extensiva (todos os serviços públicos estão sujeitos ao CDC); 2) a prestação de serviço deve ser remunerada (art. 3.º, § 2.º), seja por taxa ou tarifa; 3) somente os serviços remunerados por tarifa ou preço público estariam sujeitos ao CDC: os serviços custeados por tributos não estariam sob a incidência do CDC, pois não há uma renumeração específica.⁹⁶

Neste sentido, é preciso registrar que os que respondem positivamente a este questionamento compreendem que as relações de consumo não precisam ser tão somente relações negociais, compreendidas ao princípio geral da autonomia da vontade. Por outro lado, quem responde negativamente à proposição, defendem que as relações de consumo podem ou não ter natureza negocial, só sendo relevante o fato da possibilidade de determinação do número de usuários e que, posteriormente, as relações de consumo devem apresentar a natureza negocial e a possibilidade de determinação dos usuários como elementos fundamentais.

Adotando a terceira corrente, Fernando Costa de Azevedo ainda expõe que, considerando a relação de consumo como um vínculo jurídico negocial, deve haver equivalência de prestações, o que no seu entendimento só acontece quando os serviços públicos são remunerados por tarifa. Por esta visão, avalia os serviços públicos *uti singuli* (também chamados serviços comerciais ou industriais) como os únicos serviços de consumo, regulados pelo Código de Defesa do Consumidor. Como exemplo desses serviços, há o abastecimento de água (regra geral), a telefonia, a energia elétrica, o transporte coletivo, entre outros.⁹⁷

⁹⁵ AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 921-970.

⁹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226.

⁹⁷ AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor:

E nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior, a discussão sobre a aplicabilidade das normas de proteção ao consumidor em favor dos usuários do serviço público ainda é um tema pouco estudado, e o qual considera sinuoso e difícil. Neste ponto, cita que uma leitura superficial do Código de Defesa do Consumidor poderia deixar uma impressão de que se trata de um tema óbvio. Contudo, ao partir a análise do art. 22, caput, encontra-se quatro categorias de posicionamento: (i) aqueles que fogem dos principais problemas relativos à aplicabilidade do CDC aos serviços públicos; (ii) a posição dos que defendem uma interpretação extensiva; (iii) os que defendem uma posição extensiva mitigada; e (iv) os que defendem uma interpretação restritiva.⁹⁸

Frisa-se, aqui, que as correntes citadas pelos professores Fernando Costa de Azevedo e Leonardo Roscoe Bessa é que serão objeto de maior estudo nos tópicos seguintes.

2.2.1. O usuário de serviço público e o consumidor

Ante todo o exposto, já é possível constatar que a figura central, quando se analisa os serviços públicos, é o usuário destes serviços, tendo em vista que é o especial interessado em sua prestação, cabendo à Administração Pública instituí-lo de forma *adequada*.

Nesse sentido, vale mais uma vez destacar a redação do art. 7º da Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei 8987/1995), pois nela são apresentados os direitos e obrigações dos usuários, mas sem prejuízo às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 921-970.

⁹⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1085-1101.

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços. [grifo nosso]

Por oportuno, vale dizer que o rol em questão não é taxativo, sendo certo que outros direitos garantidos, seja pela Constituição ou seja em leis esparsas, como já apontadas neste trabalho, são perfeitamente cabíveis dentro desta relação, assim como todos os princípios que regem o direito administrativo e foram especialmente capitulados, também devendo nortear as decisões judiciais sobre o tema em debate.

Pois bem. A respeito da distinção entre o usuário de serviço público e consumidor, importante é a definição do professor Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Destaca-se:

usuário de serviço público é um gênero do qual consumidor de serviço público é uma espécie. Assim, todos que utilizarem o serviço público são considerados seus usuários. No entanto, nem todo usuário será considerado consumidor, pois, para sê-lo, faz-se necessário que se enquadre no conceito estatuído no art. 2.º, caput, do CDC, que possui a seguinte redação: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” [grifo nosso]⁹⁹

Constata-se, desta forma, que segundo o entendimento do autor – e adotado neste trabalho – os usuários que não sejam considerados consumidores conseqüentemente não terão em seu favor a incidência do Código de Defesa de

⁹⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1062-1063.

Consumidor, enquanto que os usuários enquadrados como consumidores terão, além da norma consumerista, os dispositivos respectivos aos usuários de serviço público em geral.

Na mesma obra, o autor ainda destaca duas teorias que considera disputarem a hegemonia sobre a interpretação do conceito de consumidor: (i) a teoria finalista ou subjetiva; e (ii) a teoria maximalista ou objetiva. Sobre a teoria finalista, aduz que a proteção do consumidor objetiva equilibrar a relação desigual estabelecida com o fornecedor, preconizando que consumidor é apenas o destinatário final econômico, isto é, aquele que desfruta do produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, não o utilizando em atividade econômica empresarial. De outro lado, versa que a teoria maximalista possui um conteúdo objetivo, sendo indiferente se quem consome desenvolve ou não atividade econômica endereçada ao lucro. Dessa forma, o consumidor seria o destinatário final fático do produto ou do serviço, isto é, aquele que o retira do mercado e o consome, ainda que no desenvolvimento de uma atividade produtiva.¹⁰⁰

A fim de melhor conceituar tais teorias, cabe registrar os ensinamentos de Claudia Lima Marques, que após confirmar ser adepta à teoria finalista, esclarece:

Para os finalistas, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4.º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é o consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2.º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º.¹⁰¹

Em seguida, define e também critica a visão dos defensores da teoria maximalista:

¹⁰⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1063.

¹⁰¹ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

Já os maximalistas viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores.

(...)

O problema desta visão é que transforma o direito do consumidor em direito privado geral, pois retira do Código Civil quase todos os contratos comerciais, uma vez que comerciantes e profissionais consomem de forma intermediária insumos para a sua atividade-fim, de produção e de distribuição. No Código Civil (e na parte primeira do Código Comercial agora revogado), o privilegiado geralmente é o vendedor, que assume o risco de transferir seu produto para outro profissional; no CDC, a proteção é do comprador, destinatário final, o consumidor. A pergunta aqui é por que proteger o comprador-profissional, por que proteger um fornecedor frente ao outro.¹⁰²

A linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, demonstra que já houve divergências quanto a aplicabilidade das teorias finalista¹⁰³ e maximalista¹⁰⁴.

É imperioso destacar, no entanto, a transformação jurisprudencial no tempo, uma vez que, atualmente, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento sobre a aplicabilidade de uma terceira via dentre as teorias citadas, conhecida como teoria finalista mitigada ou aprofundada¹⁰⁵, que amplia o conceito de consumidor, incluindo todo aquele que possua vulnerabilidade em face do fornecedor.

Tal teoria procede da mitigação dos rigores da teoria finalista, autorizando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte, seja

¹⁰² MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95-96.

¹⁰³ A Quarta e Sexta Turmas do STJ, por exemplo, aplicavam a teoria finalista, vide precedentes: STJ. Resp. 218.505/MG. Rel. Min. Barros Monteiro. T4, unânime. DJ: 14/02/2000; STJ. Resp. 475.220/GO. Rel. Min. Paulo Medina. T6, unânime. DJ: 15/09/2003.

¹⁰⁴ Em sentido contrário, a Terceira do STJ considerava a teoria maximalista, conforme se observa nos seguintes julgados: STJ. Resp. 488.274/MG. Rel. Ministra Nancy Andrighi, unânime. DJ: 23/06/2003; STJ. Resp. 468.148/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3, unânime. DJ: 28/10/2003.

¹⁰⁵ O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não configurado o destinatário final da relação de consumo, permitindo, contudo, a mitigação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica, isto é, quando configurado seu estado de vulnerabilidade. Nesse sentido, temos os recentes precedentes: STJ. EDcl no AREsp 265845/SP. Rel. Min. Marco Buzzi, T4, DJ: 18/06/2013; STJ. AgInt no CC 146868/ES. Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, DJ: 22/03/2013.

ela pessoa física ou jurídica, conquanto não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

Neste aspecto, consta-se que diferentemente das teorias finalista e maximalista, que divergem sobre a retirada de produto ou serviço pelo consumidor como destinatário final, o conceito-chave no finalismo mitigado ou aprofundado é a presunção de vulnerabilidade, isto é, uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.

Sobre esta teoria, é Claudia Lima Marques que a denomina de finalismo aprofundado, notando a transformação jurisprudencial com o advento do Código Civil de 2002:

Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (art. 4.º, I), que poderíamos denominar aqui de *finalismo aprofundado*. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área de serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o da vulnerabilidade.¹⁰⁶

A respeito deste intenso debate na jurisprudência, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em sua obra *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos*, já havia ponderado sobre a inclinação dos tribunais superiores pátrios na adoção da teoria finalista mitigada, pois visualizou a extensão da publicação do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses de vulnerabilidade.¹⁰⁷

¹⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

¹⁰⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1064.

Neste sentido, o autor destaca que o Supremo Tribunal Federal se perfilhou com a teoria finalista em dois proeminentes precedentes: (i) o julgamento de uma ação de homologação de sentença estrangeira em que empresa de fabricação de toalha alegou existência de relação de consumo com fornecedora de algodão, tese esta rejeitada pelo STF (Pleno, Sentença Estrangeira Contestada 5.847-IN, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 17.12.1999); e (ii) o histórico julgamento da ADIn 2.591, em que o STF, ao interpretar constitucional a aplicação do CDC aos serviços financeiros, ressaltou a importância do destino final econômico para a configuração da relação de consumo em tais serviços.¹⁰⁸

E após analisar as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, bem como a transformação das decisões do Superior Tribunal de Justiça, Roberto Pfeiffer passa a apresentar o seguinte esquema:

1. Submetem-se às disposições do CDC apenas os serviços públicos divisíveis, também denominados de impróprios ou *uti singuli*, remunerados por tarifa ou preço público.

1.1. No entanto, apenas incidirá relação de consumo caso a prestação do serviço público *uti singuli* der-se para a satisfação de uma necessidade pessoal ou familiar do usuário, desassociada do desenvolvimento de uma atividade empresarial. Neste caso o consumidor será o destinatário final econômico do serviço público, pois não o utilizará no desenvolvimento ou no incremento de uma atividade econômica. É o que irá ocorrer, por exemplo, com a energia elétrica utilizada por uma pessoa física para uso residencial ou por uma pessoa jurídica que não desenvolve atividade empresarial.

2. Por outro lado, não incidirá, a princípio, relação de consumo quando a utilização do serviço público *uti singuli* for instrumental ao desenvolvimento de atividade empresarial. É o caso da aquisição de serviço de energia elétrica, água ou telefonia por uma empresa.

2.1. No entanto, excepcionalmente, o CDC poderá ser aplicado na hipótese de utilização do serviço público *uti singuli* no exercício da atividade empresarial, caso esteja presente, no caso concreto, uma situação de vulnerabilidade (técnica, econômica ou jurídica). Neste caso, a nota de vulnerabilidade permitirá a aplicação do CDC ao consumidor equiparado (art. 4.º, I, c/c arts. 29, 17 e o parágrafo único do art. 2.º do CDC). Seria, assim, por exemplo, o caso de um modesto profissional liberal que utiliza o serviço de telefonia fixa comutada em seu escritório.

Assim, nem todo usuário de serviço público pode ser considerado consumidor. Neste contexto, os usuários que não sejam considerados consumidores não terão ao seu favor as normas do CDC. Já os

¹⁰⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Obra citada, p. 1064.

consumidores têm, além das normas do CDC, também as disposições concernentes aos usuários em geral, em nítido diálogo das fontes.¹⁰⁹

Antônio Carlos Cintra do Amaral, por sua vez, ao escrever sobre o tema, comenta que se incorre em um equívoco generalizado ao se considerar que o usuário de serviço público é um consumidor. Discorre que o usuário considerado como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica econômica, porém sob a ótica jurídica, o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas. Ressalta que a relação jurídica de serviço público é diferente da relação de consumo.¹¹⁰

O autor ainda aduz que há uma distinção conceitual entre usuário de serviço público e consumidor. Na relação de serviço público, a concessionária é obrigada a prestar o serviço que lhe foi atribuído, mas o Poder Concedente permanece com o dever constitucional de prestá-lo, mesmo que decida fazê-lo indiretamente, sob regime de concessão ou permissão, como prevê o art. 175 da Constituição Federal. Aponta, assim, que o inadimplemento pela concessionária gera sua responsabilidade perante o usuário, mas que o Poder Concedente também é responsável, solidariamente, haja vista que mantém a titularidade do serviço concedido.¹¹¹

Com efeito, sobre o tratamento dado ao usuário de serviço público pela Constituição Federal, e pela lei, o autor afirma que é diverso do dispensado ao consumidor. A Constituição, inclusive, trata dos dois assuntos em dispositivos diferentes: basicamente, a concessão no art. 175; e a proteção ao consumidor, nos arts. 5º, XXXII, e 170, V.¹¹² Vejamos:

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

¹⁰⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1068.

¹¹⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. Revista de Direito Administrativo; v. 225 (2001); 217-220, Editora FGV e Editora Fórum, 2015.

¹¹¹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. Revista de Direito Administrativo; v. 225 (2001); 217-220, Editora FGV e Editora Fórum, 2015.

¹¹² AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. Revista de Direito Administrativo; v. 225 (2001); 217-220, Editora FGV e Editora Fórum, 2015.

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

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

(...)

V - defesa do consumidor.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Já Leila Cuéllar defende que o usuário de serviços públicos nem sempre é destinatário final do serviço, razão pela qual não poderia ser considerado consumidor, nos termos estritos da definição apresentada pelo Código de Defesa do Consumidor. A autora ainda pontua que, para Marcos Juruena Villela Souto, o usuário é tanto o destinatário final do serviço público, como aquele que o tem como insumo, quanto o que o utiliza mediante pagamento de taxa ou tarifa, como o destinatário de serviços gerais e indivisíveis, remunerados por impostos. Logo, as expressões “usuário” e “consumidor” não representam o mesmo conceito jurídico. Todavia, pondera que o usuário foi equiparado ao consumidor no que tange a sua proteção, inclusive por previsão expressa no art. 7º-A da Lei de Concessões.¹¹³

Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos. (Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999)

Por fim, a autora cita o professor Marçal Justen Filho, sinalizando que no entendimento deste, ainda que o usuário não seja sempre o destinatário final, nada impede que tenha o seu tratamento igualado ao do consumidor, até porque considera que os usuários de serviços públicos merecem mais proteção, arriscando-se até mesmo em chamá-los de usuário-cliente ou usuário-consumidor.¹¹⁴

¹¹³ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e suspensão do fornecimento. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, jul. 2003, p. 141-142.

¹¹⁴ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e suspensão do fornecimento. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, jul. 2003, p. 142.

Nota-se, desta forma, que ante a ausência de uma legislação própria que regulasse sobre os direitos dos usuários de serviços públicos, a doutrina trata de abordar sobre as mais diversas possibilidades de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Antônio Carlos Cintra do Amaral, porém, menciona o art. 27, da Emenda Constitucional nº 19/1998 – que determina ao Congresso Nacional a elaboração de lei de defesa do usuário de serviços públicos. Segundo o autor, este dispositivo equivale ao reconhecimento tácito de que a defesa do usuário de serviços públicos é juridicamente diversa da defesa do consumidor, já regulada pela Lei 8078/1990.¹¹⁵

Neste ponto, é imperioso destacar que, 27 de junho de 2017, foi publicada a Lei nº 13.460/2017, lei está que finalmente versa sobre a proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, fato este que, em tese, reduziria as polêmicas acerca da aplicabilidade da lei consumerista aos serviços públicos.

A Lei nº 13.460/2017, entretanto, é bastante clara quando define, em seu art. 1º, § 2º, II, que:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.

§ 1º O disposto nesta Lei aplica-se à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3º do art. 37 da Constituição Federal.

§ 2º A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto:

I - em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão; e

II - na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo.

§ 3º Aplica-se subsidiariamente o disposto nesta Lei aos serviços públicos prestados por particular. [grifo nosso]

Nesse sentido, o presente trabalho aproveita-se das considerações de Antônio Carlos Cintra do Amaral, que ao comentar sobre os projetos de lei que tramitavam junto ao Congresso Nacional e determinavam a aplicação subsidiária do

¹¹⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. Revista de Direito Administrativo; v. 225 (2001); 217-220, Editora FGV e Editora Fórum, 2015.

Código de Defesa do Consumidor, já apontava que tal aplicação seria um equívoco, pois permaneceria a confusão entre as relações jurídicas de serviço público e de consumo. Reforça, assim, que caberia ao Congresso Nacional aprovar um outro código, o Código de Defesa do Usuário de Serviço Público.¹¹⁶

Observa-se, assim, que sempre que caracteriza a relação de consumo dos usuários de serviços públicos, persistirá a discussão trazida no presente trabalho, uma vez que aqui ponderamos que não são raras as vezes que se visualiza o usuário de serviço público na condição de usuário-consumidor, especialmente por ser parte vulnerável da relação.

Adota-se, desta forma, a posição do professor Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, por entendermos que melhor avalia a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, especialmente por considerar a incidência da teoria finalista mitigada face à vulnerabilidade do consumidor, seja ele pessoa física ou jurídica, sendo de grande relevância a análise do caso em concreto.

Não obstante tenha considerado a distinção conceitual entre usuários de serviços públicos e consumidor, importante são os comentários de Daniel de Lima Passos ao escrever sobre o tema, pois sinaliza que a referida discussão seria inócua, porque puramente terminológica e passível de interpretações técnicas¹¹⁷. Ainda assim, confirma entendimento no sentido de que o conceito de consumidor compreende o de usuário:

Entendemos, sim, que alguns serviços colocados pelo Estado à disposição do administrado, nem sempre serão regidos pela legislação consumerista, mas, tratando-se de serviços públicos prestados por particulares à gama da sociedade denominada consumidores, certamente serão regidos pela relação de consumo. Ademais, negar que a relação travada por uma concessionária de serviços públicos de energia, por exemplo, com seu consumidor seja protegida pela Lei nº 8.078/90, seria produtiva penas no tocante a possibilidade de suspensão ao consumidor inadimplente, porém, como será

¹¹⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista de Direito Administrativo*; v. 225 (2001); 217-220, Editora FGV e Editora Fórum, 2015.

¹¹⁷ PASSOS, Daniel de Lima. A responsabilidade dos órgãos públicos nas relações de consumo. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabiola; CALDEIRA, Patrícia (coordenadores). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 167.

esclarecido e embora não pacífico, a suspensão, preenchidos certos requisitos exigidos em lei, é plenamente legal. Importante ressaltar que nem todo consumidor de serviços públicos será protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, assim como nem todo aquele que adquire bens ou serviços no mercado de consumo é consumidor, onde o próprio microssistema nos mostra essa situação, de acordo com o artigo 2º.¹¹⁸

Não há como negar, portanto, a evolução no que diz respeito a noção de usuário de serviço público e quais são os seus direitos, como é a figura do usuário-consumidor, o que se faz através da possibilidade do diálogo das fontes, reforçando direitos tradicionais do consumidor e do próprio usuário de serviço público.

Outrossim, ainda que o Código de Defesa do Consumidor tenha natureza privativa, não se deve afastar sua aplicação no âmbito das relações de serviço público, possa ser aplicável às relações de serviço público, pois o direito do consumidor não se vincula ao Direito Público tampouco ao Direito Privado, uma vez que é instrumento de tutela perante o Estado. No campo do serviço público, o interesse do prestador do serviço é público, enquanto que o do usuário é privado. Logo, deve-se evitar que o consumidor, parte mais vulnerável da relação, tenha seus interesses indevidamente sacrificados, mas também não se pode admitir que o interesse particular do usuário seja posto em plano superior ao interesse público.¹¹⁹

Sem embargos, mesmo que o usuário passe a ser considerado um cliente, um consumidor de serviços públicos, é importante considerar que a incidência cumulativa de normas do Direito Administrativo e do Código de Defesa do Consumidor, observada a preponderância do Direito Administrativo, torna a situação do usuário distinta daquela do consumidor em geral.¹²⁰

Neste momento, considerando todo o exposto a respeito dos serviços públicos, especialmente no que concerne ao regime de concessões e permissões, pode-se afirmar que a relação jurídica entre concessionária e usuário não se equipara à existente apenas entre particulares, pois o serviço público é de titularidade e

¹¹⁸ PASSOS, Daniel de Lima. Obra citada, p. 167-168.

¹¹⁹ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e suspensão do fornecimento. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, jul. 2003, p. 143-145

¹²⁰ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e suspensão do fornecimento. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, jul. 2003, p. 146.

responsabilidade do Poder Concedente, ao passo que na relação de consumo o Poder Público atua como protetor da parte vulnerável.

2.2.2. A abrangência da aplicação da lei consumerista nos serviços públicos

Pois bem, como explanado anteriormente, há uma discussão central travada na doutrina sobre a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos, considerando-os consumidor. E isto requer, conseqüentemente, a análise do art. 22, caput, do CDC, que trata da prestação de serviços públicos adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Nesse sentido, não se pode perder de vista a análise trazida pelo professor Daniel de Lima Passos, a qual foi abordada, ainda que de forma sucinta, no início deste capítulo.

Pois bem. O Código de Defesa do Consumidor estabelece que o consumidor pode ser tanto uma pessoa física quanto jurídica, mas para tanto é preciso que a aquisição ou utilização do produto ou serviço encerre o ciclo econômico-produtivo. Esta é, pelo menos, a posição que o presente trabalho adotará, cabendo a corrente da teoria finalista mitigada.

O consumidor deve sempre ser o destinatário final do produto ou serviço (art. 2º, caput), ainda que não haja um consumidor perfeitamente identificável, mas uma coletividade de pessoas, cuja identidade de seus membros possa não ser possível determinar (art. 2º, parágrafo único¹²¹ c/c art. 29¹²²). O fornecedor, em contrapartida, é o sujeito que participa da relação jurídica de consumo quando desempenha sua atividade profissional. Sob este aspecto, nota-se que o art. 3º, *caput*,

¹²¹ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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

¹²² Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

do Código de Defesa do Consumidor, fez questão de enumerar todas as atividades habituais que envolvem o ciclo econômico-produtivo dos produtos e dos serviços, sendo este objeto das relações de consumo, conforme disposto no art. 3º, §§ 1º e 2º¹²³ do CDC.¹²⁴

Sobre o conceito de serviço (art. 3º, § 2º, do CDC), Fernando Costa de Azevedo pondera que a intenção do legislador foi afastar os serviços gratuitos e os de caráter trabalhista. Assim, temos que os serviços públicos enquadram-se na categoria de serviços de consumo, recebendo, desta forma, a incidência das regras da lei consumerista, tendo em vista que não existem serviços públicos gratuitos – como estudado sobre os serviços públicos no âmbito do direito administrativo.¹²⁵

E considerada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, importante é a leitura dos arts. 6º, X (direito fundamental do consumidor a uma adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral), 4º, VII (objetivo fundamental da Política Nacional das Relações de Consumo: racionalização e melhoria dos serviços públicos) e 22 (responsabilidade dos prestadores de serviço público pelo fornecimento inadequado do serviço).

Nesta toada, Floriano de Azevedo Marques Neto adverte que mesmo o Código de Defesa do Consumidor estabelecendo que o usuário de serviço público precisaria ser qualificado como consumidor, a incidência do direito do consumidor sobre as relações atinentes aos serviços públicos era diminuta, sendo raras as manifestações de defesa do consumidor pela prestação ausente, tardia ou defeituosa.¹²⁶

¹²³ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

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

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

¹²⁴ AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 926.

¹²⁵ AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 926-927.

¹²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos Serviços Públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005, p. 01.

O Direito do Consumidor, porém, nas palavras de Marçal Justen Filho, não pode ser aplicado integralmente aos serviços público, mas de forma subsidiária, em razão de uma espécie de solidariedade entre os usuários, não podendo exigir vantagens especiais cuja fruição acarretaria a inviabilização de oferta do serviço público em favor de outros sujeitos. Afinal, segundo o autor – e como também já ponderado por Antônio Carlos Cintra do Amaral – o art. 27, alterado pela Emenda Constitucional nº 19/1998, reconhece a inviabilidade de aplicação automática da lei consumerista aos serviços públicos.¹²⁷

Até mesmo porque o Direito do Consumidor foi imaginado como instrumento de defesa daquele que está em condição de subordinação ao explorador de atividades econômicas que visam angariar lucro. Enquanto isso, o serviço público é notadamente um instrumento de satisfação dos direitos fundamentais, determinado de modo unilateral pelo Estado, que procura satisfazer, com o custo possível, o maior número de sujeitos.¹²⁸

Marçal Justen Filho prossegue sustentando que o regime de Direito Público é indispensável para assegurar a continuidade, a generalidade e a adequação do serviço público. Nessa esteira pondera que, se cada usuário pretendesse invocar maior benefício individual, por meio do Código de Defesa do Consumidor, incidiriam efeitos nocivos aos demais consumidores.¹²⁹

Outra autora que reitera sobre a necessidade de lei específica ao usuário do serviço público é Sandra Pires Barbosa, que sinaliza que embora existam direitos, estes perdem sua força por não estarem organizados e sistematizados em um único texto legal. Segundo a autora, os direitos existentes sequer chegam ao conhecimento

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 396.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 395-396.

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 396.

do usuário, pois este não sabe ao certo que direitos possui, tendo em vista a ausência de uma referência legal única.¹³⁰

Para a autora, ainda que o usuário seja protegido de maneira esparsa, não possui a necessária tutela, carecendo de apoio, respostas e segurança em seu relacionamento com as prestadoras de serviços públicos.¹³¹

Como se vê, é abrangente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor junto aos serviços públicos, pois discutíveis diversos pontos de sua aplicabilidade, desde a proteção do consumidor-usuário até a responsabilidade do fornecedor. No entanto, focaremos as atenções para as prestações *uti universi* e *uti singuli* como critério para a aplicação da lei consumerista aos serviços públicos.

Pois bem. Zelmo Denari traz que a obrigação de pagar as contas de luz, água ou telefone não é tributária, pois trata-se de serviços prestados sob o regime de Direito Privado, remunerados através de preços públicos, ou seja, por meio da cobrança de tarifas. Neste ponto, cita a inteligência do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, CDC para afirmar que o referido artigo se remete às empresas concessionárias de serviços públicos, entes administrativos com personalidade de Direito Privado, porém por extensão também é aplicado às sociedades de economia mista, fundações e autarquias, posto que omitidas, sempre que prestarem serviços públicos.¹³²

Olhando para os administrativistas, temos que para Celso Antônio Bandeira de Mello as proteções residentes no Código de Defesa do Consumidor são perfeitamente aplicáveis aos usuários de serviços públicos, que ainda afirma que não há dúvidas quanto à sua aplicação, tendo em vista que inúmeros são os dispositivos que se reportam expressamente a serviços públicos. Para autor, portanto, não sendo cabível discussão quanto à aplicabilidade do Código, as divergências doutrinárias se

¹³⁰ BARBOSA, Sandra Pires. O usuário de telecomunicações. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, v. 227, jan. 2002, p. 247-249

¹³¹ BARBOSA, Sandra Pires. Obra citada, p. 249-251.

¹³² DENARI, Zelmo. Da responsabilidade por vício do produto e do serviço. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 194.

ferem quanto à extensão de sua aplicação e à identificação das espécies de serviços públicos que estariam sob seu âmbito de incidência.¹³³

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, portanto, servirá para trazer benefícios adicionais aos que resultam diretamente dos direitos inerentes ao usuário. De toda forma, pondera que dentre as óbvias diferenças entre usuário (relação de Direito Público) e consumidor (relação de Direito Privado), suas disposições seguramente terão de se compatibilizar com as normas de Direito Público. A legislação consumerista, neste caso, não se aplicará quando se afrontar as prerrogativas indeclináveis do Poder Público ou suas eventuais repercussões sobre o prestador do serviço (concessionário ou permissionário).¹³⁴

E por se falar em abrangência da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, é imperioso o destaque trazido pelo código à Política Nacional das Relações de Consumo, onde observamos a preocupação do legislador com a prestação adequada dos serviços públicos.

Sobre a Política Nacional das Relações de Consumo, aliás, cabem os ensinamentos do professor Marcelo Gomes Sodré:

a Polícia Nacional das relações de Consumo é um sistema amplo que congrega os demais sistemas e que tem por finalidade compatibilizar os interesses dos consumidores e fornecedores; [...]
Dois destaques devem ser feitos. O artigo 4º trata da "Política Nacional das Relações de Consumo" e não apenas da política de proteção do consumidor, ou seja, o escopo do artigo é mais amplo e inclui também a definição do papel dos fornecedores na formulação desta política. E, por outro lado, o texto se refere à "política nacional", o que significa dizer que é aplicável em todo o território nacional e não apenas e não apenas nas ações do Governo federal. Não se trata de uma definição da política federal, mas de política nacional. Tais conclusões nos levam a uma outra constatação importante: o Governo federal é responsável pelo exercício direto da política federal e proteção dos consumidores e, de forma indireta, agora na posição de coordenador, da política nacional de defesa dos consumidores.¹³⁵

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 709. 734-735

¹³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 703. 735.

¹³⁵ SODRÉ, Marcelo Gomes. Objetivos, princípios e deveres da política nacional das relações de consumo: a interpretação do artigo 4º do CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabiola; CALDEIRA, Patrícia (coordenadores). Comentários ao código de defesa do consumidor. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 39.

O art. 5^o¹³⁶, por sua vez, apresenta um rol não taxativo dos mecanismos que a Política Nacional das Relações de Consumo deve oferecer ao consumidor para o pleno exercício de sua cidadania. Instrumentos estes perfeitamente extensivos aos usuários de serviços públicos, quando estes são enquadrados como consumidor.

2.2.3 A atividade remunerada como critério de distinção

Voltemos, então, ao debate sobre a extensão da aplicação do art. 22, que se divide em basicamente quatro correntes, que: (i) evita tratar dos problemas relativos à aplicabilidade do CDC aos serviços públicos; (ii) defende uma interpretação extensiva do Código; (iii) terceira defende uma posição extensiva mitigada; e (iv) prega uma interpretação restritiva.

A primeira corrente não investiga quais serviços públicos estariam regulados pela lei consumerista, tampouco quais normas seriam aplicáveis, motivo pelo qual não merecem grande destaque.

No entanto, cabe considerações aos que defendem uma interpretação extensiva, como é o caso de Antônio Benjamin Herman, que entende que o Código de Defesa do Consumidor se estende a todos os serviços públicos, de forma indistinta. A corrente que defende uma posição extensiva mitigada, por sua vez, aduz que só existe uma relação de consumo quando a prestação do serviço for remunerada, conforme art. 3^o, § 2^o, pois o artigo define serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo as decorrentes das relações

¹³⁶ Art. 5^o Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

§ 1^o (Vetado).

§ 2^o (Vetado).

de caráter trabalhista, motivo pelo qual o serviço público gratuito não abrangeria as regras da lei consumerista. Está é a posição adotada por Regina Helena Costa. Para ela, os serviços gerais que não admitem o pagamento de uma taxa específica, devem ser excluídos do regime jurídico das relações de consumo. O usuário-consumidor do serviço público remunerado, portanto, goza da proteção consumerista.¹³⁷

O expoente da corrente restritiva é José Geraldo Brito Filomeno, que entende que apenas os serviços remunerados mediante tarifa ou preço público são tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor. A exigência de remuneração específica para prestação de determinado serviço público também é citada por Ronaldo Porto Macedo Júnior. José Geraldo Brito Filomeno ainda vai adiante ao afirmar ser apropriado reduzir a incidência do Código ao âmbito das relações jurídicas remuneradas por tarifa ou preço público, estando diante de relações de Direito Privado, enquanto na remuneração feita por taxa sequer deverá incidir as leis consumeristas.¹³⁸

Ronaldo Porto Macedo Júnior ainda explica sobre o risco da ampliação excessiva da incidência do Código de Defesa do Consumidor, que no seu entendimento acaba por trabalhar de forma prejudicial, esvaziando os mecanismos protetivos trazidos, pois a lei consumerista não seria a mais adequada para regular relações jurídicas fora do âmbito do mercado de consumo.¹³⁹

Também se faz preciso sopesar sobre a necessidade ou não de relação contratual para que exista uma relação de consumo. Neste sentido, temos a definição do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹³⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1087-1088

¹³⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1089.

¹³⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1090-1091.

A respeito deste levantamento, Ronaldo Porto Macedo Júnior considera que o Código de Defesa do Consumidor não fez qualquer restrição, haja vista que compreende a relação de utilização do serviço, e não a relação de contratação do serviço como sendo a relação de consumo por ele protegida.¹⁴⁰

Cláudia Lima Marques assevera que diante da definição de serviços feita pelo art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor, as normas do Código apenas serão aplicáveis aos serviços remunerados. Em resumo, a autora considera que as normas inerentes às relações de consumo apenas se aplicam aos serviços públicos executados mediante o regime da concessão, de forma tal forma que os serviços públicos gratuitos não se inserem como relações de consumo.¹⁴¹

Sobre a utilização do Código de Defesa do Consumidor para fazer frente aos prejuízos suportados pelos usuários de serviços públicos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro condena tal prática. Neste sentido, a professora lembra os demais doutrinadores que se arriscaram no tema, lembrando que há previsão constitucional para criação de uma lei específica de proteção aos usuários de serviços públicos. De toda forma, a autora confessa que a opinião majoritária da doutrina é pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, especialmente enquanto não for editada lei específica para a proteção do usuário de serviços públicos.¹⁴²

Fernando Costa de Azevedo, ao citar alguns dos temas previstos nos projetos de lei relacionados ao tema, já pontua o seguinte: a) a vinculação do conceito de serviço público adequado à participação do usuário, e das entidades de defesa do usuário, no planejamento, fiscalização da execução e avaliação dos serviços; b) a relação de subsidiariedade com o CDC; c) a criação do Conselho Nacional de Serviço Público, das Comissões de Avaliação e das Ouvidorias de Defesa do Usuário; d) em

¹⁴⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1092.

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 597-599.

¹⁴² BARBOSA, Sandra Pires. O usuário de telecomunicações. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, v. 227, jan. 2002, p. 236.

relação às prestadoras, a obrigatoriedade da existência de serviços de atendimento ao usuário.¹⁴³

No entanto, mesmo com o advento da Lei nº 13.460/2017, que agora dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, ainda assim não se afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, especialmente nos casos em que se está caracterizada a relação de consumo.

2.2.4. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos a partir das prestações *uti universi* e *uti singuli*

O art. 3º do CDC, ao conceituar serviços, afirma que se trata de atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, o que impõe analisar se o pagamento de tributo com vistas a custear a atividade do Estado de prestação de serviços também pode ser inserido no conceito de remuneração referido.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin afirma que qualquer serviço público – seja público *stricto sensu* ou de utilidade pública, seja *uti singuli* ou *uti universi* – deve ser prestado de forma adequada, eficiente e segura.¹⁴⁴

A conclusão se extrai inclusive do próprio princípio da eficiência previsto constitucionalmente, que impõe a prestação de serviços eficientes, adequados e seguros.

Luiz Antonio Rizzato Nunes, com vistas à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, não faz distinção em relação a prestações *uti singuli* ou *uti universi*. Parte da interpretação dos conceitos de fornecedor e consumidor previstas nos artigos 2º e 3º do Código para concluir que, quer o

¹⁴³ AZEVEDO, Fernando Costa de. O controle da prestação dos serviços públicos por meio dos consumidores-usuários. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 60, 2006, p. 97-98.

¹⁴⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 110-111.

consumidor pague, quer não, pelo serviço público, não é esse fato que vai afastar a incidência da norma.¹⁴⁵

Nesse sentido, inclusive, o autor faz a seguinte reflexão:

Antes de mais nada, consigne-se que praticamente nada é gratuito no mercado de consumo. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. Assim, se, por exemplo, um restaurante não cobra pelo cafezinho, por certo seu custo já está embutido no preço cobrado pelos demais produtos. Logo, quando a lei fala em 'remuneração' não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto 'remuneração' no sentido estrito de absolutamente qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto.¹⁴⁶

Isto é, mesmo na hipótese de ausência de pagamento direto e imediato, o serviço será custeado pelo particular de alguma forma, mesmo que indiretamente. É o exemplo dos mercados que não cobram pelas sacolas plásticas, mas que logicamente embutem o valor no preço da mercadoria.

Leonardo Roscoe Bessa compartilha da mesma opinião e afirma que não poder ser o pagamento ou não de taxa o critério utilizado para a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

A melhor posição sobre as espécies de serviços públicos que estão sob a disciplina do CDC deve levar em consideração dois aspectos: a remuneração específica do serviço e a noção de mercado de consumo.

O CDC cuida, em síntese, de situações de vulnerabilidades geradas pelo mercado de consumo. O critério, portanto, para delimitar quais serviços públicos estão sujeitos à Lei 8.078/1990 é a compreensão do mercado de consumo, vale dizer, de atividade econômicas próprias do ciclo de produção e circulação dos produtos ou de fornecimentos de serviços.

A remuneração do serviço pode ser de direta ou indireta. Todavia, exige-se que seja atividade desenvolvida no mercado de consumo. Não são próprios do mercado os serviços do Estado relativos à segurança, prestação jurisdicional, iluminação pública, nem mesmo sua obrigatória atuação no campo da educação e saúde, não por ausência de remuneração indireta – já que os impostos cumprem este requisito -, mas, repita-se, porque está fora do mercado.

¹⁴⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 111.

¹⁴⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 111.

Deve, portanto, haver certa correspondência entre o valor pago e o serviço prestado (relação econômica de troca). O serviço, portanto, deve ser divisível e mensurável individualmente. Simplificando, deve haver correlação entre o que se paga e o que se recebe (ou se deveria receber). Só é possível falar em equilíbrio da relação se houver este caráter sinalagmático.

São serviços públicos sujeitos ao CDC tanto os referidos pelo art.173 como aqueles indicados no art.175 da Constituição Federal, pois nos dois casos são atividade desenvolvidas no mercado de consumo. Estão sob a disciplina do CDC, portanto, os serviços de telefonia, transporte coletivo, energia elétrica, água, por atenderem aos pressupostos indicados, independentemente, destaque-se, da natureza tributária da remuneração.

Em relação à natureza da remuneração, não importa se é taxa ou tarifa (preço público): importa haver certa correlação entre o pagamento e o serviço prestado. Aliás, a noção da espécie tributária taxa baseia-se justamente no seu caráter sinalagmático. Não é, todavia, o pagamento de taxa que caracteriza que o serviço público está sujeito ao CDC: o pagamento por meio de taxa não deve ser critério para exclusão de aplicação do CDC.¹⁴⁷

Diferente é a conclusão de outros doutrinadores, como Cláudia Lima Marques, José Geraldo Brito Filomeno e Adalberto Pasqualotto, que afastam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor os serviços custeados mediante pagamento de impostos, isto é, nos serviços em que não houver pagamento direto e imediato pelo usuário. Vejamos as considerações de cada um dos doutrinadores:

Relembre-se que, pela definição de serviços do art. 3º do CDC, somente àqueles serviços pagos, isto é, como afirma o § 2º, 'mediante remuneração', serão aplicadas as normas do CDC. Em uma interpretação literal da norma, os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência previsto pelo CDC. (...) Assim, aplica-se o CDC, sempre que presente um consumidor, aos serviços públicos referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, financiamento, construção de moradias populares, etc.¹⁴⁸

E, efetivamente, fala o § 2º do art. 3º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor em 'serviço' como sendo '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.' 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

¹⁴⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 227.

¹⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 587-588.

âmbito das relações de natureza tributária. Não há que se confundir, por outro lado, referidos tributos com as ‘tarifas’ estas, sim, inseridas no contexto dos ‘serviços’ ou, mais particularmente, ‘preço público’, pelos serviços prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada. O que se pretende dizer é que o ‘contribuinte’ não se confunde com o ‘consumidor’, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum¹⁴⁹

A disciplina correta dos serviços públicos protegidos pelo CDC deve considerar a interrelação existente com a disciplina desses mesmos serviços no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. Segundo esses parâmetros, não são abrangidos no CDC os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantido pelos tributos gerais, porque falta-lhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica. Segundo esse mesmo critério, os serviços públicos impróprios, prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão, estão sob a tutela do CDC, porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas¹⁵⁰

Nesse sentido, observa-se que a interpretação no que tange a remuneração citada no artigo 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor é compreendida de forma restrita, excluindo-se os serviços públicos de prestação *uti universi*, uma vez que a sua manutenção acontece através do pagamento de tributos.

Salienta-se, aqui, que nos casos em que os serviços são custeados a partir da imposição e quitação de tributos, sequer é sabido o que foi arrecadado e qual o custo do serviço em si. Diferente é o caso do fornecedor particular, pois é movido pela intenção de lucro. Ou seja, enquanto que a Administração Pública, mesmo no papel de fornecedora de serviço público, deve visar somente a melhor prestação do bem comum à sociedade, não existe essa obrigatoriedade quando a prestação se dá pela iniciativa privada.

Neste liame, vale mais uma vez exaltar os ensinamentos de Marçal Justen

Filho:

¹⁴⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 133.p. 44.

¹⁵⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 829-847.

O serviço público é prestado porque assim impõe a lei, que fixa as condições gerais atinentes à prestação e à fruição. Essas condições são detalhadas por atos administrativos e podem ser alteradas a qualquer tempo. A fruição do serviço público não envolve um vínculo contratual entre o usuário e o prestador do serviço, mas uma situação jurídica de natureza unilateral. O usuário do serviço manifesta sua vontade no sentido de fruir os benefícios e de subordinar-se ao regime jurídico pertinente ao serviço público. Não há acordo de vontades, mas manifestação de vontade individual, que é condição para a fruição do serviço¹⁵¹

Portanto, não é por outro motivo senão as prerrogativas inerentes a prestação do serviço público que o Estado deve, em consonância à literalidade do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, assegurar o seu fornecimento de maneira adequada, eficiente, segura e contínua, este último relacionado aos serviços essenciais, conforme já explanado anteriormente.

É neste passo que temos o Código de Defesa do Consumidor, no campo dos serviços públicos, como garantidor da defesa do consumidor-usuário, o qual não apenas busca o equilíbrio econômico do contrato, mas também o equilíbrio de direitos e obrigações entre as partes. Aqui, portanto, o direito consumidor-usuário pode e deve ser visto como um direito político, pois a interpretação que deve ser feita pela lei consumerista não limita a sua compreensão exclusivamente como um meio legal de proteção aos interesses econômicos do consumidor, mas também como instrumento capaz de garantir os interesses políticos.¹⁵²

Outrossim, não se pode perder de mira que as atribuições confiadas às Agências Reguladoras não excluem o papel que cabe aos órgãos e entidades enumeradas no Sistema Nacional de Proteção do Consumidor, especialmente no que tange às questões pertinentes aos serviços públicos prestados através de concessão. Nesse sentido, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer eleva a função mediadora e conciliadora dos órgãos e entidades do referido sistema, oportunidade em que

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 748.

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 471-472.

ressalta a importância destes para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.¹⁵³

Nesta toada, é imperioso o entendimento de Ronaldo Porto Macedo Júnior:

Do ponto de vista formal, isso significaria dizer que nós temos alguns dos instrumentos do Código de Defesa do Consumidor à disposição quando pensamos na proteção dos interesses dos usuários. No entanto, do ponto de vista pricipiológico, isto significaria algo ainda mais importante. Isto importaria em dizer que nós poderíamos aplicar a maneira de pensar que nós encontramos no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a maneira de pensar nas medidas de razoabilidade de preço, as medidas de razoabilidade de qualidade, as medidas de razoabilidade de adequação, as medidas de razoabilidade de eficiência, enfim, todas essas medidas de qualidade de serviços privados, nós também deveríamos encontrar nos serviços públicos, através do mesmo método que o Código de Defesa do Consumidor trouxe para o moderno direito privado brasileiro.¹⁵⁴

Para finalizar a exposição sobre o tema trazido ao debate, é oportuno destacar a categórica opinião de Marcos Juruena Villela Souto, que reforça que o usuário de serviços públicos merece a proteção pelas diversas normas esparsas existentes, cabendo então a legislação de defesa do consumidor, a legislação de Direito Administrativo, bem como aquelas que disciplinem sobre serviço público específico, vide normas disponíveis pelas Agências Reguladoras, além do disciplinado no âmbito das concessões e permissões de serviços públicos e outros contratos administrativos.¹⁵⁵

¹⁵³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1062-1063.

¹⁵⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1092.

¹⁵⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do usuário de serviços públicos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 31, abr. 2000, p. 144-145.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, nota-se, de pronto, que todo o estudo voltado a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos acaba sendo bastante abrangente, uma vez que devem ser analisadas não só o artigo 22 da lei consumerista, mas todo o arcabouço jurídico que se encontra por detrás da expressão *serviços públicos*.

Nesse sentido, ressalta-se que até mesmo a conceituação deste instituto é matéria de imensa controvérsia e dificuldade dentre os doutrinadores administrativos que há muito tempo versam especificamente a respeito, e ainda divergem. Isso porque, há vários conceitos de serviços públicos, sendo que enquanto uns são mais amplos, outros são mais restritos, mas ainda assim não se pode afirmar que há um conceito que mereça ser classificado como o mais adequado ou definitivo.

Até porque, a diferença de abrangência entres os conceitos estudados acaba por demonstrar que alguns compreendem todas as atividades da Administração Pública, outros apenas ponderam sobre as atividades administrativas, enquanto que há os que fazem uma maior restrição, mormente para distinguir melhor o serviço público das outras atividades do Estado.

De uma forma geral, pode-se dizer que os serviços públicos são aqueles destinados à satisfação de direitos fundamentais, desempenhados sob o regime de Direito Público, podendo ser prestado pelo Estado de duas formas: diretamente ou indiretamente, sempre dentro de um sistema de princípios e regras, os quais são bastante discutíveis e polêmicos quando trazidos para a reflexão juntamente com o Código de Defesa do Consumidor.

Oportunamente, além da dificuldade em se conceituar o serviço público, também se apresentou complexo os inúmeros princípios dedicados à prestação dos serviços públicos pelos administrativistas, que ainda divergem, embora em menor escala, sobre a classificação, formas e meios de prestação.

Nesta senda, vale lembrar que quanto a classificação dos serviços públicos, conclui-se que estes podem ser próprios e impróprios; administrativos, comerciais ou industriais, no tocante ao objeto; *uti singuli* e *uti universi*, no que se refere à forma que satisfazem o interesse coletivo, isto é, a sua prestação; originários e derivados, quanto à distinção da atividade essencial e facultativa do Estado; além de exclusivos e não exclusivos.

O presente trabalho, no entanto, procurou aprofundar o estudo da possibilidade de aplicação das leis consumeristas a partir da forma em que os serviços públicos são prestação, se *uti singuli* ou *uti universi*.

Para tanto, definiu-se que os serviços *uti universi* são remunerados por imposto, colocados à disposição de toda a sociedade e usufruídos de forma indireta pelos indivíduos. De outro lado, conclui-se que os serviços *uti singuli* são remunerados através de taxa (tributo) ou tarifa (preço público), na medida em que são prestados pelo Estado, ou por meio de concessionários ou permissionários, posto que mesmo à disposição de todos, sua prestação só ocorra efetivamente de maneira direta para usuários determinados.

No mais, não se pode olvidar que os princípios jurídicos inerentes à prestação dos serviços públicos estão diretamente relacionados com as disposições constitucionais e com a própria finalidade do Estado, que deve assegurar a prestação adequada. E, como visto, embora o serviço adequado esteja protegido pelas mais diversas normas pátrias, é o § 1º, do art. 6º, da Lei nº 8.987/1995, que define que o serviço adequado é aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Assim sendo, é possível dizer que os serviços *uti universi* satisfazem, sem qualquer distinção, toda a coletividade, sendo indivisíveis e imensuráveis no que diz respeito ao seu uso. Os serviços *uti singuli*, por outro lado, possuem usuários determinados, e a sua utilização é mensurável e proporcional para cada indivíduo.

Desta forma, após toda a apreciação conceitual, principiológica e classificatória sobre os serviços públicos, o presente estudo se ateve a analisar os serviços *uti singuli*, pois conclui-se que somente nos casos deste tipo de prestação é que podemos pensar na aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos.

Com efeito, embora o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral das Concessões e Permissões de serviços públicos (Lei nº 8987/1995) cite, respectivamente, sobre os serviços públicos e o consumidor, ambas deixam de discriminar quais os serviços públicos tutelados são sujeitos ou não à aplicação das normas consumeristas.

O fato, no entanto, é que as discussões sobre possibilidade do aproveitamento das normas que protegem o consumidor, no âmbito dos usuários de serviços públicos ainda é causa de calorosas discussões entre os doutrinadores, tanto administrativistas como consumeristas, embora ambos apontem que a edição de lei específica sobre os usuários de serviços públicos poderia amparar um melhor debate sobre o tema.

Neste ponto, ademais, vale dizer que no último dia 27 de junho de 2017, foi publicada a Lei nº 13.460/2017, lei específica que passou a tratar “*sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública*”.

Da sua leitura, contudo, especialmente quanto ao disposto no inciso II, § 2º, do art. 1º, observa-se que o legislador se preocupou em não afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos quando caracterizada a relação de consumo.

Logo, evidente que todas as polêmicas a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao usuário de serviço público ainda permanecem, tendo em vista que este é geralmente parte vulnerável na prestação dos serviços *uti singuli*, e, portanto, merece as proteções trazidas quando da inovação do Código Consumerista.

Partindo da distinção conceitual entre usuário e consumidor, conforme verificado nas diversas doutrinas elencadas, verifica-se que nem todo usuário de serviço público pode ser considerado um consumidor, tendo em vista as relações de Direito Público e de Direito Privado.

E ainda que atualmente se possa falar sobre a existência de lei específica ao usuário de serviço público, se conclui que a aplicação Código de Defesa do Consumidor, ainda que de maneira subsidiária, é um instrumento importantíssimo para se tutelar em face do Estado.

Ou seja, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos continua sendo um grande benefício ao usuário de serviço público, pois não seria protegido apenas pela edição da nova lei, mas por todo o arcabouço jurídico, especialmente encontrados no direito administrativo e consumerista, até porque, o fato do Código de Defesa do Consumidor possuir natureza privativa, não impede que permaneça tendo sua aplicação aos usuários de serviços públicos, que inclusive é perfeitamente aceita pela nova lei editada sobre o tema, Lei nº 13.460/ 2017.

Ante todo o exposto, é imperioso dizer que inexistente posição pacífica, sobre o tema, sobretudo em razão da Nova Lei (Lei nº 13.460/ 2017), que versa sobre proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos, conclui-se que incidência do Código de Defesa do Consumidor será dada a partir da análise e distinção da prestação do serviço público, sendo que somente poderá ser aplicado quando o tipo de serviço for *uti singuli*, excluindo-se os serviços públicos *uti universi*.

Por fim, rememorando a análise da classificação e conceito de serviço *uti singuli* pela doutrina administrativista, temos que ainda é um tema polêmico e discutido, motivo pelo qual este estudo entende não ser razoável o afastamento da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor face as calorosas discussões que adentram à natureza da remuneração.

Portanto, consideramos que não importa se o pagamento da remuneração prevista no §2º, art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor decorre de taxa ou tarifa, mas sim da incidência da noção de mercado de consumo sobre a atividade prestada pelo Estado, pois ainda que seja um usuário, conclui-se que a lei consumerista deve protegê-lo, desde que identificada a vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista de Direito Administrativo*; v. 225 (2001); 217-220, Editora FGV e Editora Fórum, 2015.

AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). *Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 921-962.

AZEVEDO, Fernando Costa de. O controle da prestação dos serviços públicos por meio dos consumidores-usuários. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 60, 2006.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 4. ed. (Séries leituras jurídicas: provas e concursos; v. 29. São Paulo: Atlas, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA, Sandra Pires. O usuário de telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 227, jan. 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 218.505/MG. Quarta Turma: unânime. Rel. Min. Barros Monteiro. Brasília, DF. j.14/02/2000. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 475.220/GO. Sexta Turma: unânime. Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, DF. j. 15/09/2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 488.274/MG. Terceira Turma: unânime. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF. j. 23/06/2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 468.148/SP. Terceira Turma: unânime. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF. j. 28/10/2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AREsp 265845/SP. Quarta Turma: unânime. Rel. Min. Marco Buzzi. Brasília, DF. j. 18/06/2013. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no CC 146868/ES. Segunda Seção: unânime. Rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF. j. 22/03/2013. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2017.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e suspensão do fornecimento. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, jul. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1085-1101.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos Serviços Públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de Direito do consumidor: com exercícios. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, José Carlos. Concessões e permissões de serviços públicos da União, Estados, Municípios e entes reguladores. Bauru, SP: Edipro, 1996.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 829-847.

PASSOS, Daniel de Lima. A responsabilidade dos órgãos públicos nas relações de consumo. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabiola; CALDEIRA, Patrícia (coordenadores). Comentários ao código de defesa do consumidor. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

PASSOS, Daniel de Lima. Suspensão de energia elétrica pela ótica do Código de Defesa do Consumidor. 2009. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1053-1084.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores). Direito do consumidor: teoria de qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 1037-1052.

SODRÉ, Marcelo Gomes. Objetivos, princípios e deveres da política nacional das relações de consumo: a interpretação do artigo 4º do CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabiola; CALDEIRA, Patrícia (coordenadores). Comentários ao código de defesa do consumidor. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do usuário de serviços públicos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 31, abr. 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.