



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARA LIMA DAMASCENO

USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS *VERSUS*
CONSUMIDOR: LIMITES DE APLICAÇÃO DO CDC AOS
SERVIÇOS PÚBLICOS

Salvador
2013

LARA LIMA DAMASCENO

**USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS *VERSUS*
CONSUMIDOR: LIMITES DE APLICAÇÃO DO CDC AOS
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos Sampaio

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

LARA LIMA DAMASCENO

**USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS *VERSUS*
CONSUMIDOR: LIMITES DE APLICAÇÃO DO CDC AOS
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

AGRADECIMENTOS

Ao professor Marcos Sampaio que ajudou na orientação deste trabalho.

À amiga Ana Claudia pelo constante apoio.

À Ana Maria, minha mãe, pela colaboração na leitura atenta deste trabalho.

À Dra. Teresa Nórdima e Dr. Jorge Deda que possibilitaram o meu afastamento do estágio para conclusão deste trabalho.

Quando a vida nos oferece uma posição de comando, devemos entender que precisamos exercê-la com máximo de equilíbrio a fim de desempenharmos, naquele instante, o papel a nós reservado por Deus. Ele nos confere a sublime tarefa de representá-LO junto àqueles que ainda não O perceberam.
Adenáuer Novaes

RESUMO

O presente trabalho visa estudar os limites de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, fazendo uma análise da situação do usuário de serviços públicos em um ordenamento jurídico que ainda não prevê especificamente a sua proteção. A Constituição Federal de 1988 diferencia as figuras do usuário de serviços públicos e do consumidor em diversos artigos, inclusive prevendo a criação de uma lei para defesa dos primeiros, no entanto o projeto de lei que prevê essa regulamentação está em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados desde 2002. Doutrina e jurisprudência se esforçam para preencher esse vazio legislativo tutelando os usuários de serviços públicos. Nessa senda, o estudo se inicia pela noção de serviço público, passando pela relação de consumo e finaliza fazendo ponderações acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos.

Palavras-chave: serviços públicos; relações de consumo; usuários de serviços públicos; consumidor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 SERVIÇO PÚBLICO	11
2.1 NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	11
2.1.1 <i>Leon Duguit</i>	12
2.1.2 <i>Gaston Jèze</i>	13
2.1.3 Críticas a escola do serviço público	14
2.1.4 <i>Maurice Hauriou</i>	15
2.2 CRITÉRIOS PARA DELIMITAR A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	16
2.3 A CRISE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	19
2.4 DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL	21
2.5 PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO	29
2.5.1 Princípio da mutabilidade	30
2.5.2 Princípio da continuidade	31
2.5.3 Princípio da igualdade	33
2.6 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	35
3 RELAÇÕES DE CONSUMO	37
3.1 A RELAÇÃO DE CONSUMO	37
3.2 CONCEITO DE CONSUMIDOR, FORNECEDOR, PRODUTO E SERVIÇO	38
3.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	44
3.4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS NORMAS RELATIVAS AO SERVIÇO PÚBLICO	45
4 PONDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS	50
4.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA PROTEÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	50
4.2 USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS <i>VERSUS</i> CONSUMIDOR	51
4.3 TEORIAS SOBRE A POSIÇÃO JURÍDICA DO USUÁRIO DE	

SERVIÇO PÚBLICO	53
4.4 DIREITOS DOS USUÁRIOS E SEUS MECANISMOS DE PROTEÇÃO	55
4.5 PROJETO DE LEI Nº 6.593 E ADO 24 DO DF	58
4.6 LIMITES DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DE SERVIÇO PÚBLICO	62
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O usuário de serviços públicos e o consumidor fazem parte de relações jurídicas com características bem distintas: este é participante de uma relação de consumo, em que prevalece a autonomia privada; aquele pertence uma relação eminentemente publicista em que figura o Estado como prestador direto ou como poder concedente de um determinado serviço público ao particular, denominado delegatário. Visa-se, neste último caso, a proteção do cidadão-usuário como participante de uma coletividade.

Confirmando essa visão, a Constituição Federal de 1988 traz um tratamento diferenciado para o usuário de serviços públicos e o consumidor, ao estabelecer no art. 27 da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 a necessidade de elaboração de uma regulamentação específica para o usuário de serviços públicos. Passaram-se quinze anos e a referida lei não foi criada, restando evidente a lacuna do ordenamento jurídico brasileiro quanto a proteção do usuário de serviços públicos.

As constatações acima fizeram despertar o interesse no estudo da matéria para analisar como o usuário de serviços públicos está sendo protegido. Restou evidente que essa lacuna vem sendo preenchida pelo Código de Defesa do Consumidor, mas, consoante já explanado, como uma lei declaradamente privatista, pautada na autonomia da vontade, pode reger relações em que há a presença constante do Poder Público? A partir dessa indagação iniciou-se um estudo sobre a noção de serviço público e as relações de consumo, fazendo ponderações acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos.

Nesta senda, o segundo capítulo traz uma noção do tema serviço público, que é de difícil conceituação, tendo em vista que não há uma definição legal que estabeleça suas características de maneira precisa. São diversas as escolas que tentam construir a noção de serviço público, dentre os autores clássicos serão citadas *Leon Duguit*, *Gaston Jezé* e *Maurice Hauriou*, expoentes principais das escolas que abordam serviços públicos na França. Abordará também este capítulo a crise da noção de serviço público e a sua definição no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com seus princípios informadores: mutabilidade, continuidade e igualdade. Por fim, abordará uma classificação específica dos serviços públicos que

terá consequência nos capítulos seguintes quando da análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a esta matéria.

O terceiro capítulo aborda as relações de consumo, esclarecendo quais os seus elementos caracterizadores: consumidor, fornecedor, produto e serviço. Trata também dos fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da proteção ao consumidor, fazendo um paralelo entre as normas relativas aos serviços públicos previstas no Código de Defesa do Consumidor.

O quarto capítulo, intitulado “Ponderações acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos”, tem como principal finalidade apontar os limites de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao usuário de serviços públicos, identificando, inicialmente, quais os serviços públicos que se encontram protegidos pelo referido Código, bem como analisando a compatibilidade entre as normas consumeristas e as normas de direito administrativo relativas ao tema.

O capítulo inicia trazendo considerações da legislação pátria sobre a proteção do usuário de serviços públicos, tecendo as distinções deste com a figura do consumidor. Ocupa-se também de analisar o Projeto de Lei nº 6.953 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 24 ajuizada no STF, demonstrando, assim, um panorama atual sobre a temática.

Vale ressaltar que à referência à jurisprudência teve como base acórdãos publicados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sendo essencial ao presente estudo, tendo em vista que não há um consenso doutrinário sobre a matéria aqui discutida.

Com efeito, o presente estudo, além de analisar o arcabouço legislativo e doutrinário sobre o tema, visa demonstrar que há uma real necessidade de edição de uma lei de proteção ao usuário de serviços públicos, dado que a legislação hodierna não contempla a tutela de destes frente a todos os serviços públicos prestados, tanto pelo Estado exclusivamente, quanto pelos delegatários. A discussão em tela não é meramente acadêmica ou teórica, há uma crescente afirmação jurisprudencial no sentido de utilizar o Código de Defesa do Consumidor nas relações de serviço público, apesar de existir nessa relação um vínculo predominantemente estatutário, diferentemente do vínculo focado na autonomia da vontade, que advém do referido Código.

2 SERVIÇO PÚBLICO

2.1 NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A noção de serviço público vem se alterando no decurso do tempo, dependendo do período, das condições políticas, econômicas e sociais e da ideologia adotada. É a partir do modelo de atuação estatal adotado por cada país que é possível estabelecer o que pode ser considerado como serviço público.

A primeira construção doutrinária e jurisprudencial da expressão serviço público aconteceu na França, na época da Revolução Francesa¹. Antes disso, no Antigo Regime, já existiam atividades que poderiam ser consideradas como serviços públicos, mas não eram assim denominadas. Foi Rousseau que primeiro utilizou a expressão serviço público, no seu livro O Contrato Social, abarcando a ideia de qualquer atividade prestada pelo Estado².

No período do Estado Liberal, século XIX, o Estado era não intervencionista, havia um afastamento deste em relação à vida econômica e social. Aqui, a concepção de serviço público era mínima, predominava a autonomia da vontade nas relações entre os indivíduos. Passando para o Estado Social, temos a ampliação das funções estatais, estendendo, por conseguinte, a noção de serviço público.

Nesse passo, pode-se dizer que a França é o berço dos estudos iniciais sobre o serviço público, foi nela que se desenvolveram diversas teorias com o intuito explicar a natureza e os fundamentos dessa expressão. Mister destacar a Escola Negativista, a Escola do Serviço Público e a Escola Institucional.

Para os estudiosos da Escola Negativista o serviço público não tinha utilidade e importância dentro do direito administrativo. Consideravam que o serviço público tinha um conceito muito instável, devendo, ser banido dessa matéria. Na Escola de Serviço Público, também chamada de Escola de *Bordeaux* ou Realista, que foi

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Fev./Mar./Abr. 2005, n. 1. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-de-direito-administrativo-economico>. Acesso em: 28 jun. 2012.

² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

desenvolvida uma teorização acerca do serviço público. Seus principais precursores são *Leon Duguit* e *Gaston Jèze*, que tinham visões distintas sobre a temática.

2.1.1 *Leon Duguit*

Duguit construiu a Teoria Geral do Estado e do Direito em um momento de transição no contexto estatal: o Estado estava saindo de uma fase predominantemente liberal, em que preponderava a livre iniciativa e autonomia da vontade, estando o poder adstrito aos interesses da burguesia; e, passando para um estágio de instituição do sufrágio universal, com conseqüente aumento das funções estatais, o chamado Estado Social de Direito (Estado Providência), segundo considerações de Alexandre S. de Aragão³.

Para *Duguit*, o serviço público era o próprio Estado, diminuindo a importância da noção de soberania⁴. O serviço público era o fundamento e o limite do poder estatal, sendo o Estado formado apenas pelos serviços públicos. Defendia, portanto, uma noção sociológica de serviço público, fruto da realidade social existente em um dado momento histórico. Portanto, para o referido autor, os serviços públicos, sendo fruto de uma realidade social, eram originados na própria consciência das pessoas e não pelo Estado.

Segundo Alexandre S. de Aragão⁵, é nesse contexto que *Duguit* define o que é serviço público⁶, estabelecendo dois elementos primordiais na sua definição: a interdependência social sendo influenciada pelo serviço; e, a impossibilidade de o

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37.

⁴ Grotti dispõe em seu livro que *Duguit* “repudia a soberania como qualidade por excelência do poder público especificadora do Estado. Propondo a substituição dessa noção pela de serviço público, mostra *Duguit* que o Estado não é, como se pretendeu fazer crer e se acreditou, um poder que comanda, uma soberania: é ele uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes. E estes, submetidos à regra de direito, assim como os governados, são apenas os gerentes dos serviços públicos” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.34).

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, 2008, p. 37.

⁶ “*Duguit apud* Aragão dá a sua conhecida definição de serviço público: “é toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força do governante (...) Dizer que um serviço é um serviço público quer dizer que esse serviço é organizado pelos governantes, funcionando sob a sua intervenção e devendo ter por eles assegurado o seu funcionamento sem interrupção” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, 2008, p.83).

mercado administrar essa interdependência social em proveito do interesse público. Diferentemente do Estado Liberal, no período do Estado Providência ampliou-se o leque de serviços prestados porque a grande parte dos cidadãos passou a participar da vida política, através do sufrágio universal. Estes, como sujeitos de direitos, começaram a exigir do Estado a satisfação das suas necessidades.

Assim, pode-se dizer que o conceito formulado por *Duguit* sobre serviço público é por demais amplo, não diferenciando as atividades legislativas, jurisdicionais ou administrativas⁷. Para ele, conforme dito anteriormente, o serviço público era o próprio Estado, abarcando todas as suas funções. Ademais, *Duguit* entendia que o serviço público garantido pelo Estado poderia ser prestado em regime de Direito Público ou Privado. Isto é, os serviços públicos não eram um monopólio do Estado, podendo ser exercidos pela iniciativa privada⁸.

2.1.2 Gaston Jèze

Diferentemente de *Duguit*, *Jèze* tinha uma visão jurídica de serviço público, apesar de integrar também a Escola de Serviço Público. Entendia que o serviço público era a principal atividade do Estado, mas não a única, podendo ser prestado direta ou indiretamente, sob o regime de direito público (regime dito especial). A noção de serviço público não deixava de ser o assunto essencial do direito administrativo, entretanto, o seu significado era restrito às atividades materiais para a satisfação das necessidades coletivas. Somente as atividades realizadas no regime jurídico especial é que poderiam ser consideradas atividades de interesse geral e, portanto, serviço público. Em contraposição a *Duguit*, *Jèze* não entendia o serviço público como fruto da realidade social existente no momento histórico, mas sim sendo reconhecido caso a caso, partindo do que a lei definia como tal. Pode-se dizer, nesse contexto, que *Jèze* atribuiu uma noção jurídica ao serviço público⁹.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.37.

⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

⁹ Segundo Aragão, "GASTON JÈZE busca dar ao instituto contornos mais determinados, atribuindo-lhe uma noção mais *strictu sensu* jurídica que sociológica, deixando de definir os serviços públicos como atividades que devem ser asseguradas pelo Estado em razão da necessidade de manutenção

Mister destacar que *Jezè* compreendia que o serviço público não era o único meio de realizar o interesse público, este era apenas um dos mecanismos de satisfação desses interesses¹⁰. Sendo que o serviço público propriamente dito seria aquele regido por normas especiais, que poderiam ser alteradas a qualquer momento pelo Poder Público, com o objetivo de proporcionar a prestação do serviço de forma continuada, satisfazendo de forma mais efetiva e rápida as necessidades da coletividade¹¹. Para *Jèze*, eram os governantes que determinavam quais as atividades que poderiam ser consideradas como serviço público; atividades estas que eram monopólio do Estado.

Percebe-se, portanto, que *Jezè* reconhecia o serviço público de acordo com a vontade de cada governante, sendo a análise feita caso a caso. Não era o exame da realidade social que o fazia distinguir uma atividade como serviço público, mas a utilização do procedimento de direito público fazendo prevalecer o interesse público sobre o particular e possibilidade de alteração da composição do serviço unilateralmente pelo Poder Público¹².

2.1.3 Críticas a escola de serviço público

Apesar da grande importância da Escola do Serviço Público, que demonstrou a autonomia do direito administrativo enquanto disciplina, critica-se o pensamento de

dos liames sociais, para identificá-lo como as atividades prestadas (direta ou indiretamente) pelo Estado sob o regime jurídico de Direito Público” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.86).

¹⁰ Para *Jezè*, “não é toda atividade do Estado que constitui serviço público; este existe quando os governantes decidem realizar uma atividade estatal mediante o procedimento de direito público. E menciona o exemplo da religião, que existiu na França como serviço público até 1905; depois se abandonou o procedimento de serviço público” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.36).

¹¹ *Ibidem*, p.35.

¹² Marcelo Caetano dispõe que “enquanto Duguit tinha uma noção sociológica do serviço público (aquela atividade social que em dado momento não podia deixar de ser assegurada pelos governantes), *Jèze*, mais cingido ao positivismo jurídico, atendia às realidades do Direito positivo. Para ele, dizer que em certa hipótese há serviço público, significaria que “para dar satisfação regular e continua a dada categoria de necessidades de interesse geral, os agentes públicos podem aplicar os processos de direito público, isto é, um regime jurídico especial, segundo o qual a organização do serviço público pode ser modificada a todo momento pelas leis ou regulamentos, sem que se possa opor qualquer obstáculo invencível de ordem jurídica (op. cit., vol. II, pág. 2). O serviço público seria o mero processo técnico de satisfazer interesses gerais e que existiria sempre que a lei permitisse a aplicação de um regime de subordinação dos interesses privados ao interesse geral”. (CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.267-268).

Duguit e de *Jeze*. O primeiro autor negava a personalidade do Estado, quando o delineava como uma cooperação de serviços públicos. Além disso, ao considerar o Estado como um conjunto de serviços públicos, ele ampliava por demais esse conceito tornando-o sem valor. *Jeze* critica também o pensamento de *Duguit* porque ele não levava em consideração o regime jurídico adotado, essencial a caracterização do serviço público. Vale ressaltar, entretanto, que com o passar dos anos esse elemento teve a sua importância diminuída¹³. O único elemento considerado na conceituação de serviço público por *Duguit* era o atendimento ao interesse público (elemento material); não levando em consideração a titularidade do serviço público e o regime jurídico utilizado (elementos subjetivos e formais, respectivamente).

A teoria de *Jeze* também sofreu críticas, dentre as quais podemos citar: a conceituação de serviço público baseada unicamente no regime de Direito Público, desconsiderando que algumas atividades são regidas concomitantemente pelos regimes de Direito Público e Direito Privado. Ademais, ao atribuir uma noção ampla ao serviço público, o referido autor não levou em conta o poder de polícia e a justiça, que não podem ser considerados como serviço público¹⁴. O poder de polícia não pode ser considerado como serviço público, é sim uma atividade que impõe limites ao exercício dos direitos individuais em detrimento do interesse público, não podendo ser considerado serviço público por excelência; já a justiça seria uma das funções do Estado e não um serviço público.

2.1.4 Maurice Hauriou

Em contraposição a Escola de Serviço Público ou Escola de *Bordeaux* surgiu a Escola Institucional, cujo pioneiro é *Maurice Hauriou*, principal crítico do trabalho de *Duguit*. *Hauriou* via o poder de império do Estado como a figura principal do direito administrativo e não o serviço público como entendiam *Duguit* e *Jeze*¹⁵. Para

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.85.

¹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.37.

¹⁵ Sobre o tema, Aragão dispõe que “para DUGUIT o Direito Administrativo eram em um conceito amplíssimo de serviço público, o Direito de todas as atividades estatais; e para JEZÉ, o Direito

Hauriou, o Poder Público é o meio para se fazer realizar o serviço público¹⁶, ou seja, o poder político não podia ser desconsiderado pois era um fato existente na realidade.

Hauriou construiu a sua doutrina criticando as concepções defendidas por *Duguit* e *Jezè* na Escola de Serviço Público. Dispõe que quando *Jezè* prescreve o serviço público como toda atividade fundada no regime de Direito Público, com possibilidade de alteração unilateral, ele está falando do poder de império, posto que para possibilitar essa alteração unilateral é necessária uma autoridade que a imponha. É este poder que traduz a supremacia do Poder Público em relação ao particular. Quando analisa a doutrina de *Duguit*, *Hauriou* constata que ele também leva em consideração o poder de império quando pressupõe que as atividades tidas como serviço público são escolhidas pelo governante.

Nesta senda, pode-se constatar que *Hauriou* pauta o Direito Administrativo no poder de império, entretanto não desconsidera a importância do serviço público. Este é essencial para o Direito Administrativo porque ocasiona uma autolimitação objetiva no poder de império¹⁷. Imperioso destacar que ele define serviço público como sendo um conjunto de procedimentos utilizados pelo Poder Público para cumprir as suas finalidades¹⁸.

2.2 CRITÉRIOS PARA DELIMITAR A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

As discussões travadas entre os estudiosos da Escola do Serviço Público e Escola Institucional foram essenciais para o desenvolvimento da noção de serviço público.

Administrativo era o Direito das atividades desenvolvidas pelo Estado sob o regime jurídico de Direito Público” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 144).

¹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39.

¹⁷ Aragão dispõe que “Maurice Hauriou, portanto, mantém o poder de império como a pedra angular do Direito Administrativo, mas também dá uma posição de relevo ao serviço público ao colocá-lo como um mecanismo organizativo e institucional de autolimitação do poder” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, 2008, p. 92).

¹⁸ Grotti, citando Hauriou, dispõe que o referido autor “definiu o serviço público como ‘uma organização pública de poderes, de competências e de costumes, assumindo a função de fornecer ao público, de uma maneira regular e contínua, um serviço determinado em uma ideia de polícia, no sentido elevado da palavra’. O serviço público não é senão ‘um dos procedimentos mais eficazes que as Administrações empregam para cumprir suas missões’” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. Cit.*, 2003, p. 40 *et seq.*).

Ainda hoje não temos um conceito uniforme de serviço público, nem mesmo previsto em lei, que estabeleça as suas características essenciais. Foi justamente a doutrina e jurisprudência francesas que estipularam alguns elementos que ainda podem ser considerados primordiais para a configuração de uma atividade como serviço público. Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que existem elementos indispensáveis a sua formulação, dentre eles: a presença do Estado como titular dos serviços, mesmo que não os execute diretamente; satisfação da coletividade; e, prestação através de um regime jurídico específico¹⁹.

Dito isto, pode-se dizer que existem diferentes critérios para balizar a noção de serviço público, partindo-se de uma aceção subjetiva, material ou formal. Os diversos autores citados durante a abordagem já mencionada podem ser enquadrados em uma dessas concepções. Percebe-se, entretanto, que algumas das primeiras noções de serviço público combinavam esses três elementos (subjetivo, material e formal).

O critério subjetivo, também chamado de orgânico, está relacionado com a pessoa responsável pela prestação do serviço público. É, portanto, uma concepção ampla pois define o serviço público como toda prestação devida pelo Estado, sendo um fragmento do aparelho do Estado. Esta concepção está em plena consonância com a Escola de Serviço Público já mencionada.

Critica-se a aceção subjetiva pois não podemos afirmar que todas as atividades tidas como públicas serão prestadas única e exclusivamente pelo Estado; muito pelo contrário, existe a possibilidade de execução dessas atividades pela iniciativa privada através da delegação (é o que, inclusive, prevê a CF/1988). Ademais, nem todas as atividades prestadas pelo Estado são serviços públicos, como as atividades relacionadas ao poder de polícia, as atividades prestadas pelo Poder Judiciário e as atividades econômicas em sentido estrito.

Na verdade, apesar da descaracterização dessa aceção orgânica, ela não foi completamente ignorada pela doutrina administrativista, ao contrário, vem sendo lida através de um outro viés: as atividades entendidas como serviço público podem não ser mais prestadas unicamente pelo Poder Público, entretanto o Estado terá sempre

¹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Algumas reflexões sobre a transformação dos serviços públicos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo: [S.n.], v.5, nov. 1999, p. 34.

a titularidade dessas atividades²⁰. Outrossim, vale citar que a criação das atividades consideradas como serviço público são uma escolha política do Estado.

A acepção material, objetiva ou funcional não mais admite o critério da pessoa responsável, mas sim da atividade prestada; sendo serviço público toda atividade prestada em favor da satisfação do interesse coletivo. É diferente da visão anterior porque não mais considera o serviço como um organismo estatal; é a natureza da atividade que a torna pública. Interessante destacar que essa mudança de visão se deu a partir do momento em que começaram a aceitar a possibilidade de o serviço público não ser só prestado pelo Poder Público, mas também pela iniciativa privada. Nesse momento, não poderia mais se aceitar a concepção subjetiva, pois o Estado começou a dividir a prestação de serviços públicos com outros entes, através da delegação. É uma visão funcional do serviço público: a titularidade dos serviços públicos continua nas mãos do Estado que, entretanto, delega a entes privados algumas de suas atividades visando a satisfação das necessidades coletivas.

Apesar de defensor dessa concepção funcional, *Duguit* compreendia que a noção que defendia de serviço público era por demais vaga, não deixando claro quais atividades seriam propriamente serviço público. Além disso, outros doutrinadores criticavam essa acepção dizendo que é a lei que definirá o que é serviço público.

Por fim, o caráter formal dispõe que é serviço público toda aquela atividade prestada exclusivamente sob um regime jurídico especial, o regime jurídico público, que derroga as normas de direito privado. Essa é a visão adotada por *Jèze* na Escola de Serviço Público²¹.

Sem embargo, não é possível afirmar que toda atividade considerada como serviço público será prestada unicamente sob o regime jurídico de direito público²². Na

²⁰ A evolução para o Estado Providência, em que houve um aumento significativo dos serviços públicos e atividades econômicas exploradas pelo Estado, fez com que o Estado começasse a pensar em delegar parte dos serviços de sua titularidade para particulares.

²¹ Segundo Grotti, *Jèze* conceitua o serviço público como “um procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, o processo de direito público, e identifica procedimento de serviço público e o regime jurídico-administrativo” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Algumas reflexões sobre a transformação dos serviços públicos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo: [S.n.], v.5, nov. 1999, p. 36).

²² Mister destacar posicionamento de Eros Roberto Grau sobre a matéria: “é inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público. Afirma-se tal – que serviço público é atividade desempenhada sob esse regime – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público” (GRAU,

verdade, são as atividades prestadas que definirão qual o regime jurídico que será utilizado.

Da análise das acepções acima descritas pode-se concluir que para se formar uma noção viável do que seja serviço público é preciso conjugar dois ou três critérios conjuntamente. Evidentemente que a sua definição dependerá das escolhas políticas de cada Estado, momento histórico, político e econômico. Os franceses, por exemplo, criaram uma doutrina administrativa baseada nas concepções dos seus autores mais importantes e no desenvolvimento da jurisprudência sobre o assunto. Já países como o Brasil desenvolveram toda a sua doutrina administrativista baseada nos dogmas sedimentados na Constituição.

2.3 A CRISE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

É com a transformação dos critérios clássicos formadores da noção de serviço público na década de 50 do século XX, que começou a se delinear a chamada crise da noção de serviço público. Ainda no período do Estado liberal, os elementos subjetivo, material e formal foram suficientes para formação da definição do que seria serviço público. A partir do momento em que o Estado foi se distanciando dos princípios do liberalismo, as suas atividades características foram se ampliando, assim como a sua intervenção na economia; atividades econômicas, comerciais e industriais, que não tinham uma ligação direta com as necessidades coletivas, passaram a integrar a Administração Pública. Aliado a esse fenômeno, constatou-se que o Estado não tinha a capacidade de organização ideal para a prestação de atividades que, anteriormente, eram reservadas à iniciativa privada.

Como consequência imediata dessas transformações, o Estado passou a delegar à iniciativa privada a gestão de determinadas atividades tidas como públicas, através de contratos de concessão²³ ou por meio de pessoas jurídicas de direito privado

Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 114).

²³ Odete Medauar entende que “concessão é a transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. (MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. *In*: MEDAUAR, Odete (Coord.). **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.14.)

criadas para essa finalidade, a exemplo das sociedades de economia mista e empresas públicas. É nesse instante que se torna necessária uma reconstrução e ampliação da noção de serviço público.

Pode-se dizer que os critérios subjetivo e material perderam força quando o Poder Público deixou de prestar sozinho o serviço público, passando a iniciativa privada também essa incumbência, por meio da delegação. O critério formal também foi afetado pois os serviços públicos passaram a ser prestados tanto em regime jurídico exclusivamente público como em regime híbrido ou particular. Isso demonstra uma inovação na sua noção visto que o Estado, além de prestar as atividades já conhecidas, passou a executar atividades econômicas *strictu sensu*, como a telecomunicações, energia, gás canalizado etc., aplicando, assim, métodos utilizados pela iniciativa privada.

Vale analisar, entretanto, se seria correta a utilização da expressão crise²⁴ da noção de serviço público. A alteração conceitual de um instituto jurídico, decorrente das transformações sociais ocorridas em um determinado período de tempo, pode ser considerada como uma crise ou uma evolução no conceito desse instituto? São diversas as opiniões doutrinárias sobre o assunto. Alexandre S. de Aragão²⁵ afirma que existem dois sentidos distintos para a palavra crise, um que denota a circunstância de dúvida em relação a existência de um instituto, gerando descrença quanto a sua continuidade; e, o outro que demonstra uma significativa transformação. É este último sentido que entende prevalecer: existe uma crise no referido instituto que pode ser caracterizada pela transformação de sua noção. Carlos Alberto M. Rodrigues²⁶, conquanto nomeie de crise, assevera que há, na verdade, uma evolução do instituto jurídico que decorre da própria evolução da sociedade, que deflui da evolução das suas instituições políticas e jurídicas.

²⁴ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino definem crise da seguinte forma: "chama-se crise um momento de ruptura no funcionamento do sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame. As crises são habitualmente caracterizadas por três elementos. Antes de tudo, pelo caráter de subitaneidade e por vezes imprevisibilidade. Em segundo lugar, pela sua duração normalmente limitada. E, finalmente, pela sua incidência no funcionamento do sistema" (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998).

²⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 240.

²⁶ RODRIGUES, Carlos Alberto Martins. **A crise e a evolução do conceito de serviço público**. Revista de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan./jun. 1981, p. 57-58/130/146.

Diferentemente, *Marienhoff apud* Dinorá Adelaide M. Grotti²⁷ considera que há uma evolução conceitual do instituto traduzindo uma interpretação moderna do seu sentido e alcance; e não uma crise, pois esta expressa a ideia de falência do conceito. Nesse mesmo sentido, Marcelo Pereira²⁸ dispõe que a crise vem no contexto de revolução, de rompimento da noção jurídica do instituto, não cabendo, portanto, a utilização desta palavra. Celso Antônio B. de Mello²⁹ também coaduna com o entendimento de que não há uma crise na noção de serviço público, havendo, apenas, uma transfiguração dos elementos que compõem a sua noção: ser a atividade de interesse da coletividade, prestada por um órgão público e com um regime jurídico especial.

Conclui-se, pois, que houve, na verdade, foi uma evolução da noção do serviço público em decorrência das mudanças sociais, econômicas e políticas que ocorreram no Estado. Os ensinamentos da Escola Clássica, portanto, não se mostraram suficientes para a nova noção de serviço público, que agregou novas características não previstas anteriormente.

2.4 DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

No Brasil, não há norma que conceitue serviço público, é a Constituição Federal de 1988 que remete aos parâmetros para definição das atividades consideradas como serviço público, além disso, a doutrina e a jurisprudência ajudam a sedimentar a escolha feita pela Constituição. Portanto, reconhecendo que será serviço público o que está previsto na Constituição, podemos afirmar que não há um serviço público por natureza ou por essência³⁰; trata-se, portanto, o serviço público de uma escolha de política do país. Segundo Paulo Modesto³¹, considerar a existência de serviços

²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58.

²⁸ PEREIRA, Marcelo. **O serviço público na atualidade**. 1993. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo, p.28-29.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72.

³⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. *Op. Cit.*, 2003, p. 39.

³¹ MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Mai/Jun/Jul 2005, n. 2. Disponível em:

públicos por natureza traria insegurança e imprecisão para tal instituto, visto que teríamos que definir o que é essencial à coletividade em cada momento histórico.

A Constituição Federal de 1988, além de não definir o que é serviço público, não trata as atividades que considera como tal de maneira uniforme³². Utiliza, sim, a expressão em diferentes acepções: considerando serviço público como todo aparelho administrativo do Estado (acepção subjetiva/material), como, por exemplo, no art. 37, XIII³³ e no art. 39, §2º³⁴; significando serviço público como uma modalidade de atividade de natureza pública (acepção objetiva), como, por exemplo, no art. 30³⁵ e art. 37, §6º³⁶. Outras vezes, o legislador constituinte optou por utilizar termos semelhantes como apenas “serviço”, contido no art. 21³⁷ ou “serviços de relevância pública”, como no art. 129, II³⁸ (ambos da Constituição de 1988). Sendo certo que atividades consideradas como serviços públicos atraem atuação do Poder

<www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-de-direito-administrativo-economico>. Acesso em: 28 jun. 2012, p.12.

³² Esta também é a visão de Fernando H. Aguillar quando afirma “no sistema constitucional vigente em nosso país *não há um conceito jurídico de serviço público*. Entre enumerar as atividades que constituem serviço público e conceitua-lo genericamente, a sistemática constitucional vigente preferiu a primeira hipótese. [...] Portanto, é de pouca valia buscar-se um conceito jurídico de serviço público enquanto vigorar a atual sistemática constitucional. As contribuições doutrinárias para o conceito de serviço público têm apenas o caráter didático, reportando-se os juristas não àquilo que determina a Constituição, mas àquilo que, em sua experiência pessoal, testemunharam como sendo genericamente serviço público”. (AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2012, p.337)

³³ CF/1998. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

³⁴ CF/1988. Art. 39, §2º. A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

³⁵ CF/1988. Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e estadual no que couber (...).

³⁶ CF/1988. Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁷ CF/1988. Art. 21. Compete à União:

(...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

³⁸ CF/1988. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...) II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Público³⁹, mas não necessariamente só este poderá exercê-los, havendo a possibilidade de delegação aos particulares, conforme prevê o art. 175⁴⁰ da Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, Dinorá Adelaide M. Grotti⁴¹ traz uma distinção essencial para o entendimento da matéria: a diferenciação dos serviços públicos privativos do Estado e dos serviços públicos não privativos do Estado. No primeiro caso teríamos as atividades que podem ser ofertadas pelo Estado em regime de delegação (autorização, permissão ou concessão); e no segundo, as atividades que podem ser prestadas pela iniciativa privada com liberdade de iniciativa, como, por exemplo, educação, saúde e assistência social; não deixando estas de serem consideradas como serviços públicos, estando, inclusive, adstritas a condicionamentos e a fiscalização do Poder Público. As atividades acima exemplificadas são direitos sociais garantidos constitucionalmente, sendo dever do Poder Público prestá-las à coletividade.

Paulo Modesto⁴², entretanto, possui uma divisão distinta considerando as principais formas de prestação de serviços: os serviços públicos, os serviços de relevância pública e os serviços de exploração econômica. Os serviços públicos são aqueles de titularidade pública, que podem ser delegados à iniciativa privada, expressamente apontados na Constituição ou em leis infraconstitucionais, que ainda resistem à livre iniciativa privada. Os serviços de relevância pública contêm as atividades que não são exclusivas do Poder Público (não há reserva de titularidade), isto é, são aquelas atividades que podem ser prestadas por pessoas privadas sem a necessidade de

³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89.

⁴⁰ CF/1988. 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.

⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. Cit.*, 2003, p. 96 *et seq.*

⁴² MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Mai/Jun/Jul 2005, n. 2. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-de-direito-administrativo-economico>. Acesso em: 28 jun. 2012, p.12.

delegação (livre iniciativa); que estão submetidas a um regime variável, mas sempre observando a modicidade, a acessibilidade, a regularidade e a impessoalidade; devidamente compatíveis com a livre iniciativa privada, mas restrita a uma forte fiscalização do Poder Público (estas seriam os serviços públicos não privatizados do Estado citados por Dinorá Adelaide M. Grotti). Neste caso, a atuação do Estado é obrigatória, mas a atuação do particular dependerá de sua própria iniciativa. Por fim, os serviços de exploração econômica que são de titularidade da iniciativa privada, mas podendo o Poder Público, excepcionalmente, prestá-los para atender imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, como nos arts. 173⁴³ e 177⁴⁴ da Constituição Federal de 1988.

Diferentemente, Eros Roberto Grau⁴⁵ afirma ser necessário, inicialmente, analisar a expressão atividade econômica para se chegar ao conceito de serviço público. Aduz o autor que o serviço público estaria contido dentro do conceito de atividade econômica. Logo, teríamos o gênero atividade econômica do qual seriam espécies o serviço público e a atividade econômica. No intuito de evitar a duplicidade de uma mesma expressão (“atividade econômica”), o autor propõe a seguinte divisão: o gênero como atividade econômica em sentido amplo que abrangeria as espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito.

Nesse sentido, o art. 173 e o seu §1º da Constituição Federal de 1988⁴⁶ dispõe sobre a atividade econômica em sentido estrito, traz hipóteses em que o Estado poderá explorar diretamente a atividade econômica em área de titularidade do setor privado⁴⁷. Já no art. 174⁴⁸, a Constituição se refere à atividade econômica em

⁴³ CF/1988. 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.

⁴⁴ CF/1988. Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 100.

⁴⁶ CF/1988. Art. 173, §1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (...).

⁴⁷ LAZZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo**. 2. ed. evr. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 50.

⁴⁸ CF/1988. 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.

sentido amplo, colocando o Estado não mais como prestador de atividade da iniciativa privada, mas como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A identificação de uma atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a que se demonstra mais difícil. Inicialmente, deve-se ter em mente que a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público estão sujeitos a diferentes regimes jurídicos. Mas não basta a identificação do regime jurídico como público para caracterizá-los; é determinante analisar, segundo Grau, o que diz a Constituição, partindo-se do pressuposto de que a expressão “serviço público” não é um conceito, mas sim uma noção formada de acordo com o contexto analisado⁴⁹.

Conquanto seja custoso apontar qual atividade econômica em sentido amplo como serviço público, a própria Constituição Federal, em alguns de seus artigos, demonstra nitidamente que determinada atividade é serviço público, por exemplo, os serviços de saúde e educação, que, apesar de serem também prestados pela iniciativa privada, são considerados como serviço público.

Carlos Ari Sundfeld⁵⁰ traz uma nova denominação para as atividades que independem de delegação estatal para serem exercidas pelos particulares, são os chamados serviços sociais. Classifica as atividades titularizadas pelo Estado em dois grupos: as atividades instrumentais e as atividades-fim. As primeiras não serão objeto desta análise; já as atividades-fim são divididas em a) atividades de relacionamento com outros Estados ou com entidades internacionais; b) atividades de controle social; e, c) atividades de gestão administrativa. Esta última é subdividida em: c.1) serviços públicos; c.2) serviços sociais; c.3) emissão de moeda e administração cambial; c.4) outras atividades. Os serviços públicos são utilidades e comodidades que podem ser desfrutadas por toda a coletividade, cuja titularidade é do Poder Público. Já os serviços sociais podem ser considerados como atividade estatal ou atividade da iniciativa privada, isso irá depender de quem a estiver prestando.

⁴⁹ Eros Roberto Grau assim dispõe: “O conceito é atemporal, pode estudar-se como os conceitos engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo nem, por consequência, a história podem ser objecto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A *noção*, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve em si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 130).

⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 82-84.

Os serviços sociais são aquelas atividades que constituem um dever inafastável do Estado, mas que podem ser prestadas tanto pelo Poder Público como pela iniciativa privada. Não há uma titularidade exclusiva do Estado, portanto, torna-se desnecessária a figura da delegação. Vale ressaltar que quando os serviços sociais forem prestados pelo Poder Público, sujeitar-se-ão ao regime jurídico especial de Direito Público; no entanto, quando forem ofertados por um particular é o regime de direito privado que prevalecerá. Logo, fica demonstrado que Sundfeld tem uma visão contrária a de Dinorá Adelaide M. Grotti, que entende que continuará como serviço público as atividades prestadas pela iniciativa privada que independem de delegação do Poder Público. Possui a mesma visão de Sundfeld, Fernando H. Aguillar⁵¹, que entende que os ditos serviços sociais de Sundfeld são funções que não podem ser renunciadas pelo Estado, mesmo que não possuam regime de exclusividade. Paulo Modesto segue também a mesma linha de pensamento de Sundfeld.

Com o intuito de simplificar o estudo da matéria Alexandre S. de Aragão⁵² propõe diferentes categorias de serviço público: concepção amplíssima; concepção ampla; concepção restrita; e, concepção restritíssima. A primeira (amplíssima) é baseada na Escola Clássica, que conceituava serviço público como todas as atividades prestadas pelo Estado; a segunda (ampla) entende serviço público como as atividades prestacionais do Estado, que geram comodidades e utilidades aos indivíduos, independentemente de serem titularizadas pelo Estado ou de serem cobradas individualmente; a terceira concepção (restrita) abrange apenas os serviços em que há uma ligação direta e imediata com os indivíduos, podendo estes serem identificados e sua fruição ser quantificada (diferentemente da segunda concepção, aqui não estão incluídos os serviços *uti universi*); a quarta e última concepção (restritíssima) limita os serviços públicos às atividades específicas e divisíveis, que são financiadas por taxa ou tarifa (serviços *uti singuli*). É notório, portanto, que a expressão serviço público foi utilizada no texto constitucional em diferentes contextos, originando diversos entendimentos sobre a sua dimensão⁵³.

⁵¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 152.

⁵² ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 144 *et seq.*

⁵³ CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. O serviço público no direito administrativo contemporâneo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coords.).

A partir das considerações acima expostas, pode-se formular uma noção de serviço público baseada em requisitos que devem estar presentes para a sua conformação. Celso Antônio B. de Mello e Paulo Modesto propõem alguns requisitos que devem estar presentes no conceito de serviço público. Para Celso Antônio B de Mello, devem ser requisitos do serviço público: tratar-se da prestação de uma atividade; que tal prestação seja de uma atividade material, como, por exemplo, o fornecimento de luz ou o transporte coletivo de passageiros; que o serviço atenda aos interesses da coletividade e sejam desfrutados singularmente pelos indivíduos; que o Estado entenda esses serviços considerados como públicos indispensáveis aos interesses da coletividade; por fim, que o Poder Público assuma a titularidade dessas atividades tidas como públicas, não importando se serão prestadas por ele próprio ou pela iniciativa privada. É com base nesses elementos acima descritos que Celso Antônio B. de Mello formula o seu “conceito” de serviço público⁵⁴. Nesse sentido, Lúcia Valle Figueiredo também pondera que o serviço público é uma atividade material prestada pelo Estado ou por delegado (havendo permissão) com o intuito realizar as prescrições constantes na Constituição Federal, baseada no regime de direito público⁵⁵.

Assim como Celso Antônio B. de Mello, Paulo Modesto associa alguns elementos para compor o conceito de serviço público, são eles: exigência de um regime jurídico específico e a delimitação de um campo material que este regime possa ser aplicado. Inicialmente, aduz o autor, que o Poder Público (ou seus delegados) deve prestar uma utilidade concreta à coletividade de forma direta ou indireta; há uma prestação positiva do Estado. E aqui não se trata de poder de polícia ou atividade judiciária. Somado a isso, a titularidade dessas atividades é exclusiva do Estado, não cabendo a sua livre prestação pela iniciativa privada (são atividades fora do comércio). O regime jurídico aplicável, total ou parcialmente, é o de direito público,

Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 369.

⁵⁴ Para Celso Antônio Bandeira de Mello o “‘serviço público’ é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para a satisfação de necessidade e utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grande temas de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2010, p. 282).

⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78.

inclusive levando em consideração alguns princípios específicos (continuidade, mutabilidade, igualdade e obrigatoriedade).

Tem-se, portanto, hodiernamente, um conceito de serviço público formado em torno das atividades prestadas (pelo Estado ou delegados), um conceito objetivo, que não leva em consideração apenas as acepções que ajudavam a formar o conceito de serviço público. Estas foram mitigadas a partir do momento em que o Estado passou a prestar atividades econômicas e os particulares atuarem na seara dos serviços públicos.

Nesse diapasão, pode-se dizer que os doutrinadores de direito administrativo conceituam serviço público nas mais variadas acepções, dificultando, assim, uma uniformidade na sua noção. Alguns entendem prevalecer a acepção subjetiva; outros a acepção formal; e, outros a acepção material. Maria Sylvia Z. Di Pietro⁵⁶ conceitua serviço público baseada na acepção material. Outros autores há que seguem a mesma linha de pensamento da referida autora, dentre eles: Ruy Cirne Lima⁵⁷ e Juarez Freitas⁵⁸. Já Eros Roberto Grau assevera que serviço público dependerá também da ideia de coesão e interdependência social⁵⁹.

É notório afirmar, de acordo com o acima discorrido, que a noção de serviço público é por demais ampla, abarcando comodidades ou utilidades materiais executadas diretamente ou indiretamente pelo Poder Público oferecidas aos administrados, com observância de normas de direito público. Mas também é certo que o dado econômico, a gestão privada e a concorrência também fazem parte dessa nova ideia de serviço público, posto que o Estado, através da CF/88 possibilitou à iniciativa

⁵⁶ Serviço público é “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” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102).

⁵⁷ Considera serviço público como “todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou por outra pessoa administrativa” (LIMA, Rui Cirne. **Princípios do direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 82).

⁵⁸ Compreende que o serviço público “é todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo por isso mesmo ser prestado sob o regime peculiar juspublicista” (FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31).

⁵⁹ “Assume o caráter de serviço público toda atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima)”. (GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 265).

privada a sua prestação através da delegação ou diretamente, como os serviços de educação e saúde.

Não há que se falar, destarte, em fim de serviço público no Brasil, afinal de contas o art. 175, consoante já visto, incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos. Pode-se dizer que há, na verdade, uma diminuição das atividades que são prestadas exclusivamente pelo Poder Público, devido ao instituto da delegação, inserindo a lógica de mercado na prestação desses serviços.

2.5 PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

O serviço público é caracterizado por diversos elementos, dentre eles está o regime jurídico peculiar, que seria o regime jurídico público que é imposto pelo Estado através do seu poder de império. Dessa forma, existem princípios informadores desse regime jurídico-administrativo. É fundamental destacar, entretanto, que serão arrolados alguns dos princípios fundamentais atinentes à matéria, estando os serviços públicos sujeitos também aos princípios gerais da Administração Pública e aos princípios constitucionais. Na verdade, é o caso concreto que definirá qual o princípio que deverá ser aplicado, de forma a possibilitar o atendimento dos objetivos previstos para cada atividade.

Segundo Celso Antônio B. de Mello⁶⁰, existem três princípios qualificados pela doutrina francesa como essenciais à generalidade dos serviços públicos: mutabilidade, continuidade e igualdade. Essa é a visão da maioria dos autores que discorrem sobre o tema, como Maria Sylvia Z. Di Pietro⁶¹ e Edmir Neto de Araújo⁶².

Diferentemente desses autores, Hely Lopes Meirelles⁶³ acrescenta mais dois princípios ao tratar de serviços públicos, são eles: princípio da modicidade e princípio da cortesia. O primeiro quer dizer que todo serviço público deve ter uma tarifa exequível; já o princípio da cortesia significa que a atividade deve ser prestada de forma atenciosa, gentil. Vale citar que este autor define outros nomes para os

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 676.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 107 *et seq.*

⁶² ARAÚJO, Edmir Neto de. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128 *et seq.*

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 321.

princípios citados no parágrafo anterior: o princípio da continuidade é chamado de princípio da permanência; o princípio da igualdade é denominado de princípio da generalidade; e, o princípio da mutabilidade é designado de princípio da eficiência⁶⁴.

Marçal Justen Filho também indica os mesmos princípios citado por Celso Antônio B. de Mello, contudo subdivide o princípio da igualdade em universalidade e neutralidade. A universalidade traduz que os serviços deverão ser prestados de forma indeterminada para todas as pessoas que estejam em situação equivalente, incluindo neste caso a igualdade material. O subprincípio da neutralidade proíbe a produção de privilégios baseados em religião, sexo, local de domicílio etc. Acrescenta o autor que o princípio da igualdade é aplicável à formulação das tarifas. Estas devem ter valores iguais para os indivíduos em mesma situação⁶⁵.

Maria Sylvania Z. Di Pietro, assim como Marçal Justen Filho, acrescentam também ao rol de princípios relativos aos serviços públicos o princípio do serviço adequado, introduzido em nosso ordenamento jurídico no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987 de 1995⁶⁶ que dispõe que serviço adequado será aquele que observa critérios de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade. O que o referido artigo deixa claro é que o serviço adequado é um conceito indeterminado que deverá ser pormenorizado no caso concreto, levando em consideração o contexto social⁶⁷.

2.5.1 Princípio da mutabilidade

O princípio da mutabilidade informa que o regime jurídico adotado por um determinado Estado pode ser alterado de acordo com a conjuntura política, econômica e social existente. Segundo Maria Sylvania Z. Di Pietro⁶⁸, não se pode falar em direito adquirido a um regime jurídico-administrativo específico. O Estado, com a prerrogativa da supremacia do interesse público, poderá fazer alterações no regime

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 677.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia W. Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 392.

⁶⁶ BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF, 14 dez. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 01 jun. 2010.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997, p.126.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 108.

jurídico, desde que vise os interesses da coletividade. Pode-se exemplificar com a possibilidade de mudança, pela Administração Pública, de um contrato administrativo firmado com uma empresa, sem que esta tenha direito a opinar sobre essa mudança. Consoante o exposto, é a supremacia do interesse público que proporciona ao Estado a possibilidade impor regras aos seus administrados, sempre com o objetivo de prestar-lhes o serviço com a máxima eficácia. Portanto, os serviços públicos devem se adequar à situações que se apresentam, podendo ser modificados de acordo com o contexto social, de acordo com as exigências da coletividade⁶⁹.

Os contratos administrativos, firmados entre o Poder Público e os concessionários ou permissionários, tem características especiais que podem alterar cláusulas contratuais em decorrência do interesse público, inclusive podendo extinguir a relação contratual entre as parte. Ao Estado é dado pode-dever de alterar esses contratos, mas sempre observando o equilíbrio econômico-financeiro destes, obstando prejuízo das empresas prestadoras dos serviços públicos. Segundo Marçal Justen Filho, são exemplos de cláusulas mutáveis nos contratos administrativos: disposições sobre definição quantitativa e qualitativa do objeto do contrato; sobre a execução dos serviços prestados; sobre fiscalização; sobre fiscalização da atividade; bem como, a possibilidade de extinção do contrato de forma antecipada, sem prévio consentimento da outra parte⁷⁰.

2.5.2 Princípio da continuidade

O segundo princípio que instrui o serviço público é o da continuidade, que impõe que a atividade prestada pelo Estado seja de caráter contínuo e sem interrupções⁷¹. Ou seja, o serviço público, uma vez instituído, não pode sofrer solução de continuidade, deve ser prestado de modo ininterrupto e, não sendo contínuo, deve estar à

⁶⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**: comentários às leis nº 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 44.

⁷¹ Nesse sentido, Eros Roberto Grau: "estritamente vinculado à própria essência do serviço público, o princípio da continuidade expressa-se como exigência de funcionamento regular do serviço, sem qualquer interrupção além das previstas na regulamentação a ele aplicável" (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 133).

disposição quando solicitado. Segundo José Eduardo de Alvarenga⁷², a Lei nº 8.987 de 1995 dispõe como condições de um serviço público adequado a continuidade e a regularidade. Edmir Neto de Araújo⁷³ complementa dizendo que este princípio assegura à coletividade o serviço adequado, conforme previsto no art. 175, parágrafo único, inciso IV da Constituição Federal de 1988⁷⁴.

Nesse passo, pode-se depreender duas considerações em torno da continuidade do serviço público: deve o serviço ser prestado de forma adequada (conforme prevê o sobredito artigo da Constituição de Federal de 1988); e, deve ser prestado de forma contínua, sem interrupções que embaracem o seu prosseguimento⁷⁵.

Medauar *apud* José Eduarda de Alvarenga relaciona o princípio da continuidade do serviço público com o direito de greve dizendo que a continuidade dos serviços públicos só pode ser interrompida no caso do direito de greve que esteja de acordo com a sua lei regulamentadora. Ou seja, caso a greve seja decretada de acordo com os ditames da lei, poderá haver uma paralisação de uma parte dos serviços públicos. Vale ressaltar que a conciliação entre o direito de greve e o princípio da continuidade é feita por regras específicas que preveem, por exemplo, comunicação antecipada da greve e a manutenção de parte das atividades prestadas à coletividade⁷⁶.

Ainda no contexto do princípio da continuidade interessante destacar se é possível a suspensão do serviço público pelo inadimplemento do seu usuário. Esta é uma matéria bastante controversa na doutrina e jurisprudência administrativa. Há julgados no sentido de que, não havendo pagamento das tarifas, é aceitável a suspensão do serviço público. Não obstante esse posicionamento, nos casos de órgãos públicos que prestam serviços essenciais (como escolas, hospitais e postos

⁷² ALVARENGA, José Eduardo de. O serviço público. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia W. Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 351.

⁷³ ARAÚJO, Edmir Neto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁷⁴ CF/1988. 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 o serviço adequado"(BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988).

⁷⁵ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117.

⁷⁶ ALVARENGA, José Eduardo de. O serviço público. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia W. Batista dos (Orgs.). *Op. Cit.*, 2006, pag. 351.

de saúde, por exemplo) o Tribunal tem entendido como ilegítima a suspensão do serviço público (hipóteses excepcionais)⁷⁷.

2.5.3 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é o terceiro e último princípio, que prevê que o serviço público deve ser prestado de forma igualitária para todos os administrados, é também chamado, por alguns autores, de princípio da generalidade.⁷⁸ Além de ser prestado de forma adequada e contínua, o serviço público visa toda a coletividade, sem discriminar quem o solicite. É o direito de tratamento isonômico que tem o administrado usuário de serviço público. É decorrência do princípio maior da igualdade perante a lei, previsto na Constituição Federal de 1988. Dinorá Adelaide M. Grotti⁷⁹ também conceitua a igualdade como princípio da uniformidade: deve-se dar um tratamento uniforme a todos os usuários de serviço público, sem que aconteçam discriminações. A autora continua dizendo que a prestação dos serviços públicos independe do poder aquisitivo do administrado, todos devem ser atendidos

⁷⁷ Entendimento admitindo a possibilidade do corte do serviço público: “CORTE. FORNECIMENTO. AGUA. INADIMPLÊNCIA. Cuidava-se de ação civil pública impetrada pelo Ministério Público com o desiderato de impedir que a companhia de saneamento suspendesse o fornecimento de água a usuários inadimplentes no âmbito do município. Diante disso e de precedente deste Superior Tribunal, a Turma reafirmou que, nos termos da Lei n. 8.987/1995, não se considera quebra da continuidade do serviço público sua interrupção em situação emergencial ou, após prévio aviso, quando motivada pela inadimplência do usuário, cortes de fornecimento que não afrontam o preceituado no CDC (...) REsp 596.320-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 12/12/2006 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 596320 – Proc. 0166715-8. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DJ 22 ago. 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200301667158>. Acesso em 03 jun. 2012).

Em sentido contrário, entendendo pela ilegitimidade da suspensão do serviço público: “ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO. POSTO. SAÚDE. A Turma reiterou o entendimento de que é ilegítima a interrupção de fornecimento de energia elétrica de município inadimplente, quando atingir unidades públicas provedoras de necessidades inadiáveis, i. e., referentes à sobrevivência, saúde ou segurança da coletividade, aplicando-se por analogia à Lei de Greve (art. 11, parágrafo único, da Lei n. 7.783/1989). (...) REsp 831.010-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 26/8/2008 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 831.010 – Proc. 0066409-5. Recorrente: Rio Grande Energia S/A. Recorrido: Município de São Luiz Gonzaga. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DJ 26 ago. 2008. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200600664095>. Acesso em: 03 jun. 2012).

⁷⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 302.

⁷⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56.

de forma igualitária. Marçal Justen Filho⁸⁰ esclarece que aos sujeitos que estiverem em igualdade de condições não poderão ser restringidos o acesso ao benefício dos serviços públicos.⁸¹ Vale lembrar que o princípio da igualdade também pode ser chamado de princípio da paridade de tratamento ou princípio do funcionamento equitativo. Celso Antônio B. de Mello⁸² denomina tal princípio como princípio da universalidade, considerando que os serviços públicos devem ser prestados à generalidade das pessoas.

Nessa vertente de pensamento, pode-se dizer que princípio da igualdade está intimamente relacionado com o princípio da modicidade das tarifas. Estas, se não calculadas da forma correta podem se tornar um fator de discriminação na utilização dos serviços públicos. Pela modicidade, as taxas devem ser empregadas como forma de remunerar os serviços prestados, principalmente no caso dos serviços prestados via delegação. Caso se perceba que o valor cobrado não está sendo suficiente para essa remuneração, ao invés de aumentar as tarifas, há a possibilidade de subsidiar o custo desses serviços. Nesse caso há uma referência a casos excepcionais, pois a regra é que a tarifa cobrada seja bastante para pagar os custos decorrentes do serviço prestado. Marçal Justen Filho⁸³ corrobora com esse pensamento ao dizer que os usuários devem cooperar com o serviço público na medida de suas possibilidades, levando em consideração a sua condição de vida.

Conquanto sejam cobradas tarifas pelos serviços prestados aos administrados, a Constituição Federal de 1998 prevê a gratuidade de determinados serviços públicos em alguns casos específicos, como exemplo temos o art. 230, §2º⁸⁴, garantindo a gratuidade, para maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, do transporte coletivo urbano. Frise-se, mais uma vez, que a modicidade impõe que os serviços públicos atendam, simultaneamente, às exigências do mercado e à capacidade de pagamento dos usuários.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 490.

⁸¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em referência ao princípio da igualdade dos usuários, afirma que “desde que a pessoa satisfaça às condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 108).

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 678.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 490.

⁸⁴ CF/1988. Art. 230, § 2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade nos transportes coletivos urbanos.

Sem embargo das concepções acima descritas sobre os princípios do serviço público, Celso Antônio B. de Mello⁸⁵ tem uma visão bastante específica sobre eles. O autor elenca nove princípios que compõem o sistema jurídico em que está inserido os serviços públicos, são eles: dever inescusável de o Estado promover-lhe a prestação (Estado não pode se escusar de prestar as atividades descritas como serviço público pela Constituição Federal); princípio da supremacia do interesse público; princípio da adaptabilidade; princípio da universalidade; princípio da impessoalidade; princípio da transparência; princípio da motivação e princípio da modicidade de tarifas. Alguns deles já foram citados neste trabalho, sendo que em sua maioria são princípios informadores de todo o direito administrativo.

2.6 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Diversas são as classificações de serviços públicos utilizadas pelos autores administrativistas, dentre elas: serviços públicos próprios e impróprios; administrativos, comerciais ou industriais e sociais; exclusivos e não exclusivos; e, serviços públicos *uti singuli* e *uti universi*.

A classificação dos serviços públicos em próprios e impróprios, na lição de Maria Sylvia Z Di Pietro⁸⁶, não merecem destaque posto que incluem como serviços públicos atividades eminentemente privadas, que apenas são consideradas como serviços públicos porque visam o interesse da coletividade. Os serviços públicos próprios são aqueles que o Poder Público desempenha direta ou indiretamente (através de delegação). Edmir Neto de Araújo⁸⁷ entende como próprios a segurança pública, justiça, saúde pública, tributação e diplomacia, devendo ser prestados preferencialmente pela Administração Direta. Já impróprios são os serviços públicos que dependem de autorização, regulamentação ou fiscalização do Estado, que não precisam ser executados diretamente pelo Poder Público; não são atividades públicas típicas. Maria Sylvia Z. Di Pietro dispõe que estes não são serviços públicos propriamente ditos, porque a lei não prevê a sua execução pelo Estado, são

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 678 *et. seq.*

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109.

⁸⁷ ARAÚJO, Edmir Neto de. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

prestados pelos particulares com uma ingerência do Poder Público, como os serviços de táxi.

A classificação quanto ao objeto divide os serviços públicos em administrativos, comerciais ou industriais e sociais. Os serviços públicos administrativos são aqueles que destinam-se ao atendimento de atividades internas da Administração Pública ou servem de base para outros serviços, como por exemplo, os serviços da imprensa oficial. Os serviços públicos comerciais ou industriais atendem as necessidades da coletividade considerando o aspecto econômico, como exemplo pode-se citar o serviço de energia elétrica. Estes podem ser prestados direta ou indiretamente pelo Estado. Já os serviços sociais podem ser prestados tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada, sendo que a atuação do Poder Público é essencial. Incluem-se aqui os serviços de saúde, educação, cultura e meio ambiente.

Os serviços públicos também podem ser exclusivos ou não exclusivos do Estado. Os exclusivos, também chamados de privativos, só podem ser prestados pelo Estado, como o serviço postal, navegação aérea e gás canalizado. Os não exclusivos ou não privativos podem ser prestados por particulares através de delegação.

Por fim, a classificação que mais interessa a este estudo, os serviços *uti singuli* e os serviços *uti universi*. Os serviços público *uti singuli* são aqueles prestados a usuários determinados ou determináveis, são os serviços públicos ditos individuais. É uma utilidade fruível de forma direta pelas pessoas, remunerados normalmente por meio de tarifas. É possível, neste caso, identificar os sujeitos integrantes da relação e qual o benefício que recebem pela prestação do serviço. Portanto, há uma utilização particular e mensurável por cada membro da coletividade. Como exemplo tem-se os serviços de energia elétrica e uso de linha telefônica. Os serviços públicos *uti universi* ou coletivos são aqueles prestados de forma genérica aos cidadãos, não havendo possibilidade de diferenciar o que cada um usufrui, custeados via impostos. Fazem parte da escolha das prioridades de cada Estado, de acordo com os recursos disponíveis. São exemplos os serviços de iluminação pública, pavimentação de ruas, prevenção de doenças, dentre outros⁸⁸.

⁸⁸ Rafael Lazari assevera que os serviços públicos *uti universi* "satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para o seu domicílio, para a sua rua ou para o seu bairro. Estes são serviços indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. [...] Serviços *uti singuli* ou individuais são os que tem usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o

3 RELAÇÃO DE CONSUMO

3.1 A RELAÇÃO DE CONSUMO

A relação jurídica é um elo que liga dois ou mais sujeitos, estabelecendo direitos e obrigações para ambas as partes. Isto é, um vínculo entre as pessoas que é regulado pelo ordenamento jurídico, que gera vantagens e obrigações recíprocas.

A relação jurídica de consumo se caracteriza pelo vínculo obrigacional entre o consumidor e o fornecedor que tem por objeto um produto ou serviço⁸⁹. É eminentemente uma ligação entre sujeitos diferentes: de um lado o consumidor protegido em função da sua carência informacional; e, do outro lado, o fornecedor que dispõe de todas as informações sobre o produto e/ou serviço que é oferecido. O consumidor ao adquirir bens ou serviços se submete ao poder e condições estabelecidas pelo fornecedor de tais bens ou serviços, pois não tem controle sobre a sua produção. A Constituição Federal de 1988 protege o consumidor como a parte vulnerável dessa relação.

Alguns autores, como Nelson Nery Júnior, incluem também como elemento da relação de consumo a finalidade, que seria o intuito de o consumidor adquirir o produto e/ou serviço como destinatário final.

É essencial ressaltar que a relação jurídica de consumo pode resultar tanto de um contrato como pode ocorrer em decorrência de uma relação meramente de fato, informal (extracontratual).

Caracterizada a relação de consumo haverá a incidência do Código de Defesa do Consumidor, que traz a conceituação dos elementos subjetivos e objetivos

telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares". (LAZARI, Rafael Nadim de. O inadimplemento do usuário e o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, n. 74, abr./jun. 2010, p. 246)

⁸⁹ Aguinaldo Allemar entende "a relação jurídica de consumo como aquela relação social (relação entre seres humanos) regulada pelo Direito, daí porque relação jurídica, em que de um lado se encontra um sujeito com determinado bem (móvel ou imóvel, material ou imaterial) para dispor, ou um serviço prestar, de modo profissional, e de outro lado, um sujeito que o adquire ou utiliza como destinatário final, constituindo, destarte, a relação de consumo". (ALLEMAR, Aguinaldo. **Tutela estatal e relação jurídica de consumo**. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 50).

presentes nessa relação: o consumidor e o fornecedor, o produto e o serviço, que serão analisados em seguida.

3.2 CONCEITO DE CONSUMIDOR, FORNECEDOR, PRODUTO E SERVIÇO

A Constituição Federal de 1988 não conceitua a figura do consumidor, é o Código de Defesa do Consumidor (CDC) que traz uma definição em seu art. 2º de forma bastante ampla: consumidor como sendo toda pessoa física ou jurídica que obtém ou emprega produto ou serviço como destinatário final. O que se protege não é apenas o consumidor individualmente, mas também a coletividade através de interesses individuais homogêneos, interesses coletivos ou difusos.

O CDC, além de proteger o consumidor que participa de uma relação de consumo contratual, visa também tutelar também as vítimas de atos ilícitos pré-contratuais, das práticas abusivas e dos acidentes de consumo. Portanto, o CDC cuida das relações contratuais e extracontratuais, individuais e coletivas.

Merece destaque na definição legal de consumidor a expressão “destinatário final”, que suscita discussões na doutrina pátria. São duas as correntes doutrinárias que fazem essa análise: a finalista e a maximalista. A primeira entende o destinatário final de forma restrita, levando em consideração a destinação fática e econômica do bem ou serviço. Ou seja, para os finalistas, o destinatário final seria aquele que não usa o bem como instrumento de produção, muito menos o emprega para fins profissionais, mas sim que adquire um bem para uso próprio ou de sua família.

Cláudia Lima Marques⁹⁰, expoente da corrente finalista, entende que ao restringir o conceito de consumidor àquele que utiliza o bem para fins próprios, o CDC está assegurando um nível mais alto de proteção, visto que estes são a parte mais frágil da relação de consumo. Visão diversa é a de Maria Antonieta Z. Donato⁹¹, que preconiza que a teoria finalista é por demais restritiva, pois considera que os consumidores profissionais ou pessoas jurídicas não são vulneráveis, não estando protegidas pelo CDC. Entende a autora que, a princípio, todos os consumidores são

⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

⁹¹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107-108.

vulneráveis, colocando a constatação da vulnerabilidade como pedra angular do Direito do Consumidor.

É certo que a corrente finalista não leva em consideração os pequenos consumidores-profissionais, que também podem, em determinadas situações, serem considerados vulneráveis frente aos fornecedores com quem negociam. Estes casos devem ser analisados pontualmente pelo Poder Judiciário para evitar injustiças, sendo certo que a pessoa jurídica que se diz vulnerável deverá provar tal fato. Esta é a visão de Fábio Ulhoa Coelho⁹² que afirma que o CDC optou por um método objetivo de identificação do consumidor, cabendo ao Judiciário identificar a vulnerabilidade no caso concreto. Neste caso, a teoria finalista é utilizada de forma mitigada, de forma a considerar, diante do caso concreto, a pessoa jurídica como consumidora equiparada e, portanto, vulnerável. Essa, inclusive, é a visão do STJ nos seus julgados mais recentes.⁹³

⁹² COELHO, Fábio Ulhoa. A nova lei de licitações e o código de defesa do consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços. **Revista da Procuradoria de Justiça do Município de São Paulo**. São Paulo: [S.n.], v. 44, 1995, p. 97.

⁹³ **EMENTA: CONSUMIDOR, DEFINIÇÃO, ALCANCE, TEORIA FINALISTA, REGRA, MITIGAÇÃO, FINALISMO APROFUNDADO, CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO, VULNERABILIDADE.** 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante a aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. **3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio motor da política nacional de relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção ao consumidor.** 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório da compra). 5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. **Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar a vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.** 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas,

A corrente maximalista busca uma interpretação extensiva da figura do consumidor como destinatário final, considerando o CDC um código que regulamenta o mercado de consumo como um todo no Brasil. O intuito é abarcar o maior número de relações de consumo possíveis. O consumidor não seria mais aquele da teoria finalista, que utiliza o bem para fins próprios e não profissional, mas simplesmente aquele que retira o bem do mercado e o utiliza, independentemente se na cadeia produtiva ou para uso próprio. Neste caso, não importa se o consumidor é pessoa física ou jurídica, se visa lucro ou não, tendo adquirido um bem, será consumidor. Para esta corrente, o destinatário final é o destinatário fático do bem, não importando a sua destinação econômica.

Segundo essa teoria, a adoção de métodos contratuais massificados, como, por exemplo, o contrato de adesão, tornam todos os contratantes vulneráveis, dado que não há possibilidade de negociação frente a esses recursos. Todavia, não se pode presumir a vulnerabilidade de um consumidor apenas pelo fato de ele firmar um contrato de adesão, esta deve ser aferida no caso concreto.

Bruno Miragem⁹⁴, assim como Claudia Lima Marques⁹⁵, é adepto da teoria finalista, e sustenta que o consumidor é o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço. Para ele, existem dois elementos integrantes do conceito de consumidor: a destinação econômica e não profissional do produto ou serviço e a aplicação do princípio da vulnerabilidade. Portanto, não há que se falar em ampliação da aplicação do CDC, pois ele foi concebido para proteger a parte vulnerável da relação de consumo.

tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza a relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equiparar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora de serviços de telefonia. Ainda assim, mediante a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos. 7. Recurso especial a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1195642 – Proc. 201000943916. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJE 21 nov. 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+AND RIGHI%22%29.min.&processo=1195642&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+AND+RIGHI%22%29.min.&processo=1195642&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 18 set. 2013.

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.146.

⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

Este também é o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover⁹⁶, uma das autoras do anteprojeto do CDC, que afirma que a relação jurídica de consumo é definida pela análise do consumidor como destinatário final do produto ou serviço e a sua vulnerabilidade. Essa seria a razão de ser da criação do CDC, pois se esses elementos não fossem essenciais para a configuração da relação de consumo, não haveria necessidade da criação do CDC, o Código Civil seria suficiente para resolver as questões existentes.

Fábio Konder Comparatto⁹⁷, bem pondera que o consumidor está sujeito ao poder de controle dos titulares dos bens de produção, restando evidente a sua vulnerabilidade frente aos fornecedores. Indo por esse mesmo viés, José Reinaldo de L. Lopes⁹⁸, afirma que o ponto fulcral da existência da relação de consumo é a subordinação econômica do consumidor; os bens adquiridos por estes devem ser de consumo e não de produção, ademais deve haver um desequilíbrio que favoreça o fornecedor.

O posicionamento que prevalece nos Tribunais Superiores é da teoria finalista: o STJ, em diversos julgados, já consolidou o entendimento no sentido de que o conceito de consumidor previsto no art. 2º do CDC deve ser interpretado restritivamente, reputando como destinatário final apenas o destinatário fático e econômico do bem ou serviço⁹⁹.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.32.

⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: [S.n.], n.80, out./dez. 1990, p. 70.

⁹⁸ LOPES, José Reinaldo. Consumidor e o sistema financeiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, 1997, p.57.

⁹⁹ **EMENTA: DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS. ATRASO. CDC. AFASTAMENTO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. APLICAÇÃO.** 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da **teoria finalista**, que, numa exegese restritiva do art. 2º do **CDC**, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela **teoria finalista**, fica excluído da proteção do **CDC** o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. Em situações excepcionais, todavia, esta Corte tem mitigado os rigores da **teoria finalista**, para autorizar a incidência do **CDC** nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. 4. Na hipótese em análise, percebe-se que, pelo panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da recorrida, de modo que a aplicação do **CDC** deve ser afastada, devendo ser preservada a aplicação da **teoria finalista** na

Diante do exposto, pode-se perceber que consumidor é quem adquire produtos ou serviços para consumo próprio ou de sua família, de forma não profissional, que está sujeito aos ditames dos titulares dos meios de produção, apresentando, assim, uma vulnerabilidade frente a estes, pois não possui informação suficiente para concorrer em equilíbrio. Sendo considerado como destinatário final econômico do bem ou serviço adquirido, excluindo-o, definitivamente, do mercado de consumo¹⁰⁰.

Como desenvolvido anteriormente, a relação de consumo é formada pela figura do consumidor e a do fornecedor. Assim como Claudia Lima Marques¹⁰¹, Bruno Miragem¹⁰² afirma que os conceitos de consumidor e fornecedor são relacionais, dependentes, visto que só existe a relação de consumo com a presença de ambos, sempre levando em consideração que esta é uma relação desequilibrada, visto que o consumidor é presumidamente vulnerável.

O fornecedor é aquele comerciante ou estabelecimento que fornece bens para serem utilizados na cadeia produtiva, é, portanto, um intermediário que disponibiliza produtos que retornam a cadeia de produção e distribuição compondo um novo bem ou serviço. É o art. 3º do CDC¹⁰³ que traz a definição de fornecedor que pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que produzir, construir, criar, transformar, importar e exportar, distribuir ou comercializar produtos ou serviços. Veja que esta é uma definição bastante ampla, envolvendo diversas atividades dos agentes de produção.

relação jurídica estabelecida entre as partes. 5. Recurso especial conhecido e provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1358231 – Proc. 201202594141. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJE 17 jun. 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1358231&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 set. 2013.

¹⁰⁰ Nessa senda, Rizzatto Nunes assevera a pessoa que adquire produto ou serviço para colocá-lo no ciclo de produção não pode ser considerado como consumidor, visto que seu conceito está relacionado com o consumo final de determinado bem ou serviço. (NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.)

¹⁰¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

¹⁰² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 135.

¹⁰³ Lei nº 8.078/1990. 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

Vê-se que o conceito não diferencia o regime jurídico do fornecedor, portanto o Estado, diretamente ou indiretamente, pode ser considerado como fornecedor quando realizar atividades de fornecimento de produtos ou serviços.

No caso de fornecimento de produtos, Claudia Lima Marques¹⁰⁴, entende que a atividade deve ser profissional e prestada com uma certa habitualidade. Já em se tratando do serviço, o elemento caracterizador é a remuneração (prevista no §2º do art. 3º do CDC), não fazendo a lei referência a profissionalidade de quem o presta. A legislação, contudo, não traz expresso o elemento profissionalidade, Bruno Miragem¹⁰⁵ sustenta que o requisito habitualidade da atividade do fornecedor remete a ideia de profissionalismo, sendo elemento essencial do conceito de fornecedor.

Vale ressaltar que considerando que o CDC define fornecedor como toda pessoa física ou jurídica que desenvolve atividades relacionadas à cadeia de fornecimento de produtos e serviços, o parágrafo único do art. 7º¹⁰⁶ dispõe que há solidariedade nesta cadeia.

Por fim, faz parte da relação jurídica de consumo o objeto, que pode ser um produto ou um serviço prestado. Ambos também definidos nos parágrafos do art. 3º do CDC. O produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial que é útil ao homem. Já o serviço é uma atividade prestada pelo fornecedor para o consumidor mediante remuneração. O CDC exclui desse rol as relações de natureza trabalhista e deixa explícito que as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária fazem parte da relação de consumo.

¹⁰⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 100.

¹⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

¹⁰⁶ Lei nº 8.078/1990. Art. 7º. Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. (BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2013).

3.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

No capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais a Constituição Federal de 1988 (CF/88), no inciso XXXII, do art. 5º¹⁰⁷ dispõe que o Estado deve fomentar a defesa do consumidor, na forma da lei. No art. 170¹⁰⁸, no título relativo à ordem econômica e financeira, a Carta Magna estabelece como princípio da ordem econômica, dentre outros, a defesa do consumidor. Também no art. 150 do referido diploma, no capítulo relativo ao sistema tributário nacional, §5º¹⁰⁹ há uma expressa previsão de que a lei estabelecerá meios de informação aos consumidores sobre impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

No inciso II do parágrafo único do art. 175¹¹⁰ há menção aos direitos dos usuários de serviços públicos, prevendo a CF/88 que compete ao Poder Público a prestação de serviços públicos, direta ou indiretamente, através de concessão ou permissão.

Por fim, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹¹¹ prevê a criação de um código de defesa do consumidor.

Pode-se dizer que com a previsão do art. 5º, inciso XXXII da CF/88, a proteção ao consumidor tornou-se um imperativo constitucional, visto que o colocou como titular de direitos constitucionais fundamentais. A CF/88 atribuiu ao Estado a função positiva de intervir na economia e proteger a parte vulnerável da relação de consumo, o consumidor. Contudo, essa previsão constitucional não foi suficiente, entendendo o legislador ser necessária a elaboração de um código específico de

¹⁰⁷ CF/1988. Art. 5º, XXXII. o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

¹⁰⁸ CF/1988. 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.

¹⁰⁹ CF/1988. Art. 150. §5º. A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

¹¹⁰ CF/1988. 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.

¹¹¹ CF/88. ADCT. Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

defesa do consumidor para efetivação da proteção deste. Portanto, é dever do Estado promover este direito fundamental através de uma lei infraconstitucional.

Ademais, O art. 170, V da CF/88, ao definir a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, colocou-o em igual posição à livre concorrência e livre iniciativa, não podendo se estabelecer um nível hierárquico superior a algum deles¹¹².

O fundamento da proteção ao consumidor é a desigualdade fática existente na relação de consumo já explicitada acima: consumidor em uma situação de debilidade e subordinação estrutural em relação ao fornecedor¹¹³.

Além de direito fundamental, a defesa do consumidor também foi considerada princípio da ordem econômica, assim como a soberania nacional, a propriedade privada e a sua função social, a livre concorrência, dentre outros, visando assegurar a todos existência digna com justiça social. Ao elevar a proteção ao consumidor como princípio da ordem econômica, restou claro que o Poder Público deve ter uma atuação positiva, de intervenção, para garantir essa proteção, através de Judiciário, Executivo e Legislativo.

A CF/88 é, portanto, segundo Claudia Lima Marques¹¹⁴, o centro valorativo da direito do consumidor, garantindo a sua existência e efetividade, trazendo um direito privado solidário, mais atento com os vulneráveis nas relações jurídicas existentes.

3.4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS NORMAS RELATIVAS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O CDC é uma codificação especial, pequena, que privilegia um dos sujeitos da relação de consumo: o consumidor, que deve ser presumidamente vulnerável em relação ao fornecedor. É um microsistema com normas de direito privado, mas de ordem pública e de interesse social, sendo, claramente, uma legislação com uma

¹¹² COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: [S.n.], n.80, out./dez. 1990, p. 66-75.

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 249-250.

¹¹⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

função tipicamente social. Ou seja, as normas previstas no texto do CDC devem ser interpretadas sempre a favor do consumidor (parte vulnerável da relação de consumo) e podem ser aplicadas de ofício pelo julgador, não precisando ser alegadas pelas partes.

A legislação consumerista refere-se, de forma expressa, em diversos artigos aos serviços públicos. Inicialmente, o art. 3º do CDC¹¹⁵, quando conceitua o fornecedor, faz alusão às pessoas jurídicas de direito público), que podem prestar diretamente ou indiretamente, através de concessionárias ou permissionárias o serviço público ou por meio de empresas públicas que desenvolvem atividade de produção.

O art. 4º do CDC¹¹⁶ trata dos objetivos e princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, citando a racionalização e melhoria dos serviços públicos. O intuito é exigir do Poder Público a mesma qualidade, segurança e desempenho dos serviços prestados pela iniciativa privada.

Outro artigo que faz referência aos serviços públicos é o 6º, no inciso X¹¹⁷, que dispõe quais são os direitos básicos do consumidor, dentre eles, a adequada e

¹¹⁵ Lei nº 8.078/1990. 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.

¹¹⁶ Lei nº 8.078/1990. 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.

¹¹⁷ Lei nº 8.078/1990. Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

eficaz prestação dos serviços públicos em geral. A interpretação deste inciso deve ser concomitante com o art. 22, também do CDC¹¹⁸, que define os deveres específicos dos prestadores de serviços públicos.

O art. 22 do CDC preconiza que o Poder Público tem a obrigação de oferecer serviços adequados, eficientes, seguros, além de contínuos, se essenciais. O parágrafo único do referido artigo determina sanção em caso de descumprimento do *caput*. Neste artigo está configurada a responsabilidade do Poder Público frente aos serviços prestados, devendo ser aplicado não somente às concessionárias de serviços públicos, mas também às sociedades de economia mista, fundações e autarquias, sempre que prestarem serviços públicos.

É a Lei nº 8.987/95, no seu art. 6º, §1º¹¹⁹, que prevê o que é serviço adequado como sendo aquele que é regular, contínuo, eficiente, seguro, atual, geral, com cortesia na sua prestação e com tarifas módicas. Já a Lei nº 7.783/1989 traz um rol das denominadas atividades essenciais: tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, transporte coletivo, assistência médica e

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, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

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.

¹¹⁸ Lei nº 8.078/1990. 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.

¹¹⁹ Lei nº 8.987/1995. Art. 6º, §1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

hospitalar, telecomunicações etc. Vale ressaltar que nem todas as atividades dispostas no referido artigo são consideradas como serviços públicos.

Interessante é a visão de Zelmo Denari¹²⁰ que parte do pressuposto de que todos os serviços públicos possuem um certo grau de essencialidade, visto que a palavra essencial tem um conteúdo indeterminado. Para ele, o importante é definir a exigência legal da continuidade do serviço, pois todos os serviços teriam algo de essencial.

Consoante já exposto, a continuidade é um dos princípios do serviço público que impõe que a atividade prestada pelo Estado seja contínua e sem interrupções. O serviço público, uma vez instituído, não pode sofrer solução de continuidade, deve ser prestado de modo ininterrupto ou estar à disposição da coletividade.

Vale ressaltar que a Lei nº 8.987/95 também faz referência a utilização do direito do consumidor quando prevê, no seu art. 7º¹²¹, os direitos e obrigações dos usuários de serviços públicos.

Por fim, o §1º do art. 59¹²² prevê a pena de cassação da concessão, caso o serviço público prestado pela concessionária viole obrigação legal ou contratual. As sanções administrativas previstas neste artigo só devem ser aplicadas em último caso, visto que restringem a livre iniciativa. A aplicação das sanções deverá ocorrer em casos de reincidência na prática das ações mais graves.

¹²⁰ DENARI, Zelmo. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 225.

¹²¹ Lei nº 8.987/1995. Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

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

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre 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.

¹²² Lei nº 8.987/1995. Art. 59. As penas de cassação de alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade, bem como a de intervenção administrativa, serão aplicadas mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando o fornecedor reincidir na prática das infrações de maior gravidade previstas neste código e na legislação de consumo.

§ 1º A pena de cassação da concessão será aplicada à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual.

Resta evidente que a legislação consumerista faz referência em diversos artigos sobre os serviços públicos, mas será necessário definir qual o limite de aplicação do CDC ao serviço público, visto em um dos lados da relação de consumo está a figura do Poder Público, que possui diversas prerrogativas em relação aos particulares.

Apesar de fazer referência ao serviço público, é certo que a relação de consumo é totalmente diferente da relação de serviço público. Por isso, a aplicação do CDC aos serviços públicos requer certa cautela.

4 PONDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

4.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA PROTEÇÃO AO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O primeiro artigo da CF/88 que faz referência ao usuário de serviços públicos é o 37, §3º¹²³, que dispõe que as formas de participação do usuário na Administração Pública serão definidas em lei, regulando especialmente as reclamações, o acesso aos registros administrativos e informações sobre os atos do governo e as representações contra o exercício negligente e abusivo de agente público. Em seguida é o art. 175, parágrafo único, inciso II, também da CF/88 que consigna a necessidade de criação de uma lei de defesa do usuário de serviços públicos. Por fim, é o art. 27 da EC nº 19/1998¹²⁴ que determina que o Congresso Nacional elabore uma lei de defesa do usuário de serviços públicos, no prazo de 120 dias contados da promulgação da referida emenda.

Além da CF/88, a Lei nº 8.987/1995 faz referência aos usuários de serviços públicos no art. 7º, trazendo os direitos e deveres dos usuários de serviços públicos¹²⁵. Já o CDC não faz alusão ao usuário, mas dispõe sobre os serviços públicos em alguns de seus artigos: no 3º, quando define o fornecedor inclui as pessoas jurídicas de

¹²³ CF/88. Art. 37, §3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - 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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹²⁴ Emenda Constitucional nº 19/1998. Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19**, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agente políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividade à cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 04/06/1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emenda/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 01 ago. 2013.

¹²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 392.

direito público; no art. 4º, quando elenca os objetivos e princípios da Política Nacional de Relações de Consumo cita a racionalização e melhoria dos serviços públicos; no art. 6º, X, ao definir os direitos básicos do consumidor inclui a adequada e eficiente prestação de serviços públicos; e, no art. 22 faz menção aos deveres específicos dos prestadores de serviços públicos, quais sejam: serviço adequado, eficiente, seguro e contínuo, se essencial.

4.2 USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS *VERSUS* CONSUMIDOR

A CF/88 traz o usuário de serviço público e o consumidor como figuras diferentes. Consoante já explicitado no item 3.2 desta monografia, o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que obtém ou emprega produto ou serviço como destinatário final (o conceito está no art. 2º do CDC). É o consumidor, portanto, um agente econômico que adquire produtos e/ou serviços e movimenta a economia. É destinatário final da relação de consumo, que é caracterizada pela onerosidade, vulnerabilidade e massificação. Está protegido pelos riscos do negócio e é considerado como vulnerável frente ao fornecedor, que possui o conhecimento da atividade. A relação de consumo é onerosa, há uma contraprestação pelo fornecimento do bem ou serviço. O regime constitucional aplicável ao consumidor está no art. 5º, XXXII e art. 170, V da CF/88 e no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O usuário é o beneficiário dos serviços públicos prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, integra o regime de direito público. Não precisa ser necessariamente o destinatário final de um produto ou serviço, pode ser usuário tanto o indivíduo que utiliza, por exemplo, o serviço de energia elétrica, quanto a empresa que a recebe. Os seus direitos não estão protegidos pelo risco do negócio como no caso do consumidor, seus direitos estão relacionados com as escolhas estatais. O usuário desfruta da atividade posta à sua disposição pelo Poder Público. A previsão constitucional está no art. 37, §3º, I e art. 175, II da CF/88 e no art. 27 da EC nº 19/1998 (que prevê a elaboração de uma lei de defesa dos usuários do serviço público).

Certo é que ainda não há uma disciplina específica para os usuários de serviço público e, por isso a jurisprudência vem aplicando o CDC na solução dos conflitos existentes entre o Poder Público e os usuários.

Entretanto, Antônio Carlos C. do Amaral¹²⁶ é taxativo quando afirma que o usuário de serviço público e o consumidor não se confundem, visto que a relação jurídica de consumo é completamente diferente da relação jurídica de serviço público. Na relação jurídica de consumo o fornecedor é obrigado a disponibilizar um bem ou serviço ao consumidor, que trava uma relação contratual privada. O Poder Público aparece nessa relação para proteger o consumidor, que é considerado vulnerável frente ao fornecedor, que detém o conhecimento dos meios de produção. Neste caso, o Poder Público não é responsável pelo fornecimento do produto ou serviço, a responsabilidade é puramente do fornecedor¹²⁷.

Na relação jurídica de serviço público, o usuário tem uma ligação direta com a concessionária de serviço público. Há, contudo, uma relação antecedente a esta, que é a travada entre o Poder Público e a prestadora do serviço através de um contrato de concessão. São duas relações contratuais dependentes entre si: sem a

¹²⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./mai. 2002, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

¹²⁷ **EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONSUMIDORES. INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. REGIME DE CONCESSÃO. DIREITO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO.** I. Conflito de Competência instaurado nos autos de Recurso Especial interposto nos autos de ação civil pública intentada em face de empresa fornecedora de energia elétrica, pretendendo a condenação ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais causados aos consumidores diante da interrupção no fornecimento de energia elétrica. II. Embora a relação jurídica estabelecida entre a empresa prestadora do serviço e o consumidor seja regida por regras de direito privado estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90, cujos dispositivos reportam-se expressamente a serviços públicos, não há alteração do tema central da controvérsia, que trata da suspensão de fornecimento de energia elétrica, esta que se encontra incluída no regime de concessão e permissão de serviço público essencial e não do contrato celebrado entre as partes. III. Em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, a Lei 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, arrolando os direitos dos usuários, dentre os quais se incluem o recebimento de serviço adequado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança. IV. A natureza jurídica da relação jurídica controvertida não é de direito privado, mas sim, de direito público, regida pela Constituição Federal e pelas regras de direito administrativo, matéria de competência da Primeira Seção desta Corte, nos termos do artigo 9º, parágrafo 1º, inciso XI, do Regimento Interno. V. Precedentes das Turmas que compõem a Primeira Seção que têm decidido questões dessa mesma natureza em ações ajuizadas em face de atos de suspensão de fornecimento de energia elétrica. VI. Conflito conhecido para declarar a competência da Primeira Seção desta Corte. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 122559 – Proc. 201200982914. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DJE 25 set. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=CC%20201200982914>. Acesso em 18 out. 2013)

existência de um contrato de concessão não há que se falar em relação entre o prestador e o usuário. O Poder Público manterá a titularidade do serviço público, apesar da delegação, sendo também responsável solidário em caso de inadimplemento do prestador.

Portanto, não se pode falar que a relação entre o usuário e a concessionária é de cunho privado, pois esta não visa somente interesses privados e individuais, o fim maior é o interesse público. Na relação de consumo, o fornecedor obriga-se a prestar o serviço ao consumidor e é por ele responsável. O Poder Público tem apenas o papel de proteção do vulnerável, que é o consumidor.

Visão interessante tem o Ministro Carlos Ayres Britto que assevera que o consumidor é gênero e o usuário é espécie, não os colando como figuras antagônicas, mas sim complementares¹²⁸.

Resta claro, portanto, que o usuário de serviços públicos e o consumidor são figuras completamente diversas, mas isso não significa dizer que ao diferenciá-los a finalidade será afastar a aplicação do CDC aos usuários. O que se pretende é aplicar o CDC aos serviços públicos da forma mais coerente possível, levando em consideração a compatibilidade dessa normas com os preceitos de direito administrativo.

4.3 TEORIAS SOBRE A POSIÇÃO JURÍDICA DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

¹²⁸ Voto vencido do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 1.007/PE, *in verbis*: "Entendo que o cidadão, o consumidor e o usuário de serviço público merecem proteção do Estado, cumulativamente. Uma coisa não exclui a outra. A ordem jurídica protege o cidadão, o consumidor e o usuário, cumulativamente. Para mim, o cidadão é apenas aquele que controla e acompanha, criticamente, o exercício do Poder para formular uma denúncia, uma queixa uma representação, simplesmente isso. O consumidor, tenho como gênero de que o usuário é espécie, ou seja, não são figuras antagônicas o consumidor e o usuário. O consumidor muda de nome quando se torna usuário de serviço público, mas o regime de serviço público não veio para postergar, para afastar o regime – com licença da má palavra – consumerista; uma coisa não briga com a outra. (...) é uma área de *interseção protetiva da Constituição*". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1007. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Tribunal Pleno, julgado em 31.08.2005, pub. em 24.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1007%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nd6yfqg>>. Acesso em: 19. Set. 2012.)

São três as correntes sobre a posição jurídica dos usuários de serviço público: teorias privatistas; teorias publicistas e teorias mistas. As teorias privatistas sustentam que a ligação entre o concessionário e o particular é de natureza civil, mas também é permeada por uma série de normas de direito público. Não é o simples fato de existirem normas de ordem pública incidindo sobre essa relação que a tornaria de direito público. Hodiernamente a intervenção do Estado nas relações privadas já é amplamente aceita, pois o seu intuito é assegurar a igualdade entre as partes nas relações contratuais, diminuindo as diferenças materiais entre os contratantes. Entretanto, não se pode considerar esta como uma relação puramente privada porque o concessionário é um prestador de serviço público que está sujeito a um contrato administrativo com o Poder Público. Vale ressaltar que esta é uma corrente relacionada aos serviços públicos industriais ou comerciais custeados pelo particular.

Com visão oposta à corrente anterior, as teorias publicistas afirmam que o nexo entre os particulares e prestadores de serviço público, seja este industrial ou não, é de natureza pública. Apesar de em determinados momentos essas atividades serem prestadas por particulares como delegatários, elas são tipicamente públicas, havendo mais uma regulamentação pelo Poder Público do que um contrato privado propriamente dito. Gabino Fraga *apud* Alexandre Aragão¹²⁹ entende que a relação entre o usuário e o concessionário é estabelecida estatutariamente em normas regulamentares ou no próprio contrato de concessão, não havendo possibilidade de discussão do contrato celebrado entre eles. Esta corrente prefere utilizar a expressão usuário em vez de consumidor.

Alguns publicistas, diferentemente de Gabino Fraga, acham até possível a discussão de algumas cláusulas dos contratos firmados, mas considerando que estas nunca poderão ir de encontro ao interesse público.

Esta teoria, entretanto, não leva em consideração que os contratos privados podem sofrer ingerência de normas de ordem pública, aliás, como já dito, esta é uma tendência atual do direito no intuito de garantir a igualdade material entre os contratantes; um exemplo disso são os contratos regulamentados, coativos e autorizados.

¹²⁹ FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**, 1960. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.514.

As teorias mistas, como o próprio nome evidencia, são uma junção da teoria privatista e da teoria publicista. Esta teoria defende que há um liame de natureza privada com uma grande ingerência das normas de direito público. Afirma que a prestação de serviços públicos não pode ser equiparada a uma relação tipicamente privada, visto que esta última visa predominantemente o interesse individual. Há sim uma relação contratual entre a prestadora do serviço público e o usuário, mas a prestadora não possui ampla liberdade de negociação posto que sua atividade decorre de um contrato de concessão.

Para essa corrente doutrinária, a prestação dos serviços públicos é regida pela regulamentação referente às concessões, mas para que esta norma incida, é necessária a celebração de um contrato de natureza civil entre usuário e prestador, que não contraponha à regulamentação existente entre o Poder Público e o concessionário.

4.4 DIREITOS DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEUS MECANISMOS DE PROTEÇÃO

É o art. 175, parágrafo único, inciso II da CF/88¹³⁰ que inicialmente prevê que lei disporá sobre os direitos dos usuários de serviço público, bem como o art. 27 da EC nº19/1998 aponta a necessidade de elaboração de um Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, que ainda não foi criado. A Lei nº 8.987/1995 – Lei de Concessões – enuncia no art. 7º uma série de direitos e deveres dos usuários, sem prejuízo do disposto no CDC. Dentre os direitos e deveres expostos no referido artigo estão: a prestação de um serviço adequado; o dever de informação da concessionária para com os usuários e vice-versa para defesa de interesses individuais e coletivos; possibilidade de escolha entre diversos prestadores, se possível; comunicação às autoridades de irregularidades perpetradas pelas

¹³⁰ CF/88. 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.

concessionárias; por fim, a contribuição para preservação dos bens públicos que estão a sua disposição.

Outro direito acrescentado na referida lei no ano de 1999, foi a possibilidade de o usuário escolher o dia do vencimento do seu débito, dentre seis opções disponibilizadas pelas concessionárias (previsão no art. 7º-A¹³¹).

Com efeito, o rol do art. 7º é exemplificativo, não exaustivo, pois outros direitos poderão ser reconhecidos por meio de princípios ou de outras legislações referentes ao tema. Maria Sylvia Z. Di Pietro¹³² acrescenta o direito à modicidade de tarifa, constante no art. 6º, §1º da mesma lei¹³³. Entretanto, este direito estaria incluso no direito a um serviço adequado, visto que este parágrafo conceitua o serviço adequado como sendo aquele que é regular, contínuo, eficiente, seguro, atual geral, cortês na prestação e com tarifas módicas.

Visão contrária a apresentada por Maria Sylvia Z. Di Pietro tem Marcos Juruena V. Souto¹³⁴, que entende que o art. 7º-A tem uma constitucionalidade duvidosa, posto que entre o concessionário e o Poder Público há um contrato administrativo que precisa ter o seu equilíbrio econômico-financeiro mantido, devendo este equilíbrio prevalecer ante à modicidade da tarifa. A situação do usuário de serviço público é diferente do consumidor, pois os serviços públicos são disponibilizados em prol da coletividade e não de uma pessoa individualmente.

Dinorá Adelaide M. Grotti¹³⁵ entende que um dos principais direitos foi omitido da lista presente no art. 7º da Lei nº 8.987/1995, que é aquele decorrente da responsabilidade do Estado pelos seus atos, o direito a indenização sobre os

¹³¹ Lei nº 8.987/1995. 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)

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras formas.** São Paulo: Atlas, 1999, p. 420.

¹³³ Lei nº 8.987/1995. Art. 6º, §1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

¹³⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 420.

¹³⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 337.

prejuízos sofridos. É o art. 37, §6º da CF/88¹³⁶ que prevê esse direito, juntamente com o art. 25¹³⁷ da Lei nº 8.987/1995 e o parágrafo único do art. 22 do CDC.

Nessa senda, cabe analisar quais são os mecanismos, administrativos e jurisdicionais, que podem ser utilizados pelos usuários de serviços públicos para garantir esses direitos. Como ainda não há uma lei específica de defesa dos usuários, esses mecanismos estão previstos de modo esparsos na legislação pátria. O primeiro mecanismo é o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88¹³⁸, que possibilita ao usuário se dirigir à autoridade competente pela prestação do serviço com um pedido de providência ou de intervenção para sanar ato ilegal ou abusivo. Queixas, reclamações, recursos administrativos, pedidos de correção de abuso e erros são institutos típicos do direito de petição. Outro instrumento de proteção seria a ação civil pública, através da propositura de representações frente ao Ministério Público ou qualquer outro legitimado para o seu ajuizamento (prevista na Lei nº 7.347/1985).

Os usuários também podem se valer de alguns dos mecanismos dispostos no CDC como forma de tutelar seus interesses. Além da ação individual, também prevista no CPC, o CDC traz uma inovação ao estabelecer a proteção coletiva dos direitos do consumidor¹³⁹. A ação popular, por exemplo, é um dos instrumentos que tutela os direitos difusos, visando anular o ato impugnado e indenizar os lesados.

Por fim, ainda podem ser citados o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por outro meio e a ação de indenização por danos causados, com base no art. 37, §6º da CF/88 que prevê a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros.

¹³⁶ CF/88. Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹³⁷ Lei nº 8.987/1995. Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

¹³⁸ CF/1988. Art. 5º, XXXIV, “a”. São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

¹³⁹ Não é demais reforçar que utiliza-se os mecanismos previstos no CDC para a defesa do usuário de serviços públicos, posto que ainda não há uma lei específica que possibilite sua proteção.

4.5 PROJETO DE LEI 6.953/2002 E A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 24 DO DISTRITO FEDERAL

A EC nº 19/1998 alterou o art. 37, §3º da CF/88 estabelecendo em sua nova redação a elaboração de uma lei em defesa dos usuários de serviços públicos, trazendo novos contornos constitucionais a esta matéria, disciplinando as reclamações de modo a assegurar a manutenção dos serviços e avaliação periódica de sua qualidade; o direito de informação, assim como o acesso aos registros administrativos; e, a representação contra o exercício de negligente ou abusivo de agente público. Está em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 6.953 de 2002 da lavra do Senador Federal Lúcio Alcântara, que tem a ele apensado os seguintes projetos de lei: 674/1999; 1.677/1999; 1.896/1999; 2.086/1999; 1.397/2003; 2.007/2011; 4.907/2005; 5.600/2005; 6.936/2010; 6.861/2010; 679/2011; 1.165/2011; e, 6.002/2013, todos referentes ao mesmo assunto¹⁴⁰.

Em 24 de setembro de 2013 foi apresentado parecer do Relator Deputado Anthony Garotinho pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do PL 6.953/2002, com algumas emendas, para posterior discussão no Plenário da CCJC, que deveria ocorrer em 15/10/2013, entretanto, a matéria não foi apreciada.

O PL 6.953/2002 dispõe sobre a proteção e defesa do usuário de serviços públicos, prestados pela Administração direta, indireta e os delegados pela União e está estruturado da seguinte forma: no Capítulo I traz as disposições gerais para aplicação da lei, conceituando usuário e os princípios relacionados aos serviços; o Capítulo II aborda os direitos básicos dos usuários, estabelecendo a indispensabilidade do desenvolvimento de programas de capacitação gerencial e tecnológica na área de recursos humanos de forma a prestar um serviço de boa qualidade; o Capítulo III trata dos deveres do usuário; o Capítulo IV prevê a criação de Ouvidorias e Comissões de Ética para avaliar a procedência de sugestões, reclamações e denúncias; o Capítulo V discorre sobre o processo administrativo, como será a responsabilização dos prestadores em caso de danos causados ao

¹⁴⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.953/2002.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C20E1514DD2992D7F13409D5B1465C92.node2?codteor=49840&filename=PL+6953/2002>. Acesso em: 16 set. 2013.

usuário; por fim, o Capítulo VI traz as disposições finais e transitórias determinando a aplicação subsidiária das normas contidas no CDC e na Lei n.º 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal).

Ao definir a figura do usuário como pessoa física ou jurídica que se beneficia com os serviços públicos prestados, o projeto de lei está abrangendo todos os serviços públicos, remunerados ou não; além disso, o usuário não precisa necessariamente ser o destinatário final desse serviço. Resta claro, portanto, que o projeto de lei abrange um número maior de serviços do que os previstos no CDC e não restringe o conceito de usuário, podendo este se utilizar dos serviços como intermediário.

Os projetos de lei apensos estabelecem normas interessantes não previstas no PL n.º 6.953/2002: dentre elas, o PL n.º 1.896/99 prevê a criação de um Sistema Federal de Defesa do Usuário de Serviços Públicos – SIFEDUSP, com o objetivo de elaborar e garantir a implantação de meios de comunicação entre prestadores e usuários. Este Sistema seria responsável por criar centros de informações para acompanhamento e fiscalização das reclamações; programas de educação para os usuários; manuais informativos; além de fomentar a participação de associações de classe ou categorias profissionais e divulgar anualmente os dados das reclamações e seus resultados.

O PL 2.086/199 impõe a inclusão de um representante da classe consumidora na gestão colegiada das agências reguladoras. O PL n.º 5.600/2005 objetiva acrescentar o inciso VI ao art. 5º e o inciso XI ao art. 6º, ambos do CDC, prevendo como instrumento da Política Nacional das Relações de Consumo serviços de ouvidoria para supervisionar a qualidade dos serviços públicos prestados e atender reclamações do consumidor e como direito básico do consumidor o pronto atendimento das reclamações dos serviços prestados pelas concessionárias de serviços públicos. Por fim, o PL n.º 6.681/2010 dispõe sobre a alteração do art. 3º da Lei 9.783/1999 do processo administrativo federal para inserir o inciso V assegurando agendamento personalizado no local da prestação do serviço, independentemente das outras opções de agendamento.

Com efeito, é evidente que os projetos de lei acima citados contemplam as disposições previstas no art. 37, §3º da CF/88 e art. 27 da EC n.º 19/1998, que preveem uma lei de defesa e proteção do usuário de serviços públicos, complementando as normas já previstas na legislação consumerista. Só falta a

aprovação dos referidos projetos para que a disposição constitucional passe a ser concretizada.

Tendo em vista a demora na aprovação do projeto de lei de defesa dos usuários de serviços públicos e seus apensos, o Conselho Federal da OAB ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), com pedido de medida cautelar, em face do Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com intuito de sanar esse vácuo legislativo de defesa dos usuários de serviços públicos. Sustentou o Conselho que a omissão legislativa já dura mais de quinze anos, apesar da EC nº19 de 04 de junho 1998 estabelecer um prazo de cento e vinte dias da sua promulgação para a edição da referida lei.

O Conselho Federal da OAB pediu o deferimento de medida cautelar para determinar que as Casas Legislativas, bem como a Presidência da República deliberem acerca da análise definitiva do Projeto de Lei nº 6.953/2002, no prazo máximo de 120 dias, contados da decisão de deferimento da medida cautelar; ademais, solicitou a determinação da aplicação provisória e de forma subsidiária, do CDC para tutelar os usuários de serviços públicos. No mérito foi requerida a declaração do atraso na promulgação da Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, visto que já se passaram 15 anos da edição da EC nº 19/1998 que determinou a elaboração da referida lei, bem como o estabelecimento do prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional tome as medidas necessárias para a publicação da lei.

O relator da subscrita ADO foi o Ministro Dias Toffoli, que examinou monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, o pedido cautelar, de forma liminar (sem a manifestação das autoridades responsáveis pela dita inconstitucionalidade) afirmando que a EC nº 19/1998 atribuiu papel de destaque ao usuário de serviço público, impondo ao Congresso Nacional a edição de uma lei para sua proteção. Dispõe em seu voto que foi elaborado o Projeto de Lei nº 6.953/2002 que está tramitando na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, entretanto o projeto ainda esta pendente de discussão e votação, confirmando a *inertia deliberandi*¹⁴¹ das Casas Legislativas que já soma quinze

¹⁴¹ Foi o Ministro Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682/DF que afirmou que a *inertia deliberandi* também configura uma omissão passível de ser considerada inconstitucional. A mera existência de projetos de lei sobre matéria não afigura suficiente para liberar o Poder Legislativo da atribuição constitucionalmente prevista de promulgar uma lei. Estará caracterizada a

anos. Demonstra que está configurada uma omissão passível de ser reputada inconstitucional, visto que o Poder Legislativo não analisou em tempo razoável o referido projeto.

Conclui o relator, na análise inicial da ADO nº 24, pelo deferimento parcial da medida cautelar pleiteada reconhecendo a omissão legislativa quanto a edição da Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, e requerendo a sua edição no prazo de 120 dias, prazo este é se traduz em apenas um apelo ao legislador considerando a relevância da matéria e o tempo decorrido sem regulamentação. O requerimento de aplicação subsidiária e provisória do CDC enquanto não editada Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos não foi acolhido, pois Dias Toffoli entendeu ser necessária uma análise mais profunda do tema, após as manifestações das autoridades responsáveis pela mora e das manifestações do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República.

inertia deliberandi quando estiver pendente de deliberação e aprovação projeto de lei por lapso de tempo suficiente para demonstrar a inação do legislador que, no caso da lei de usuário de serviços públicos, já dura 11 anos (considerando que o Projeto de Lei 6.953 é de 2002). Vide ementa da ADI nº 3.682: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O §4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do §4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, §4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode por em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (...) 4. A ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as lei estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 09/0/2007. Brasília, DJe-096 divulgado em 05/09/2007, pub. em 06/09/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3682%29+%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORV%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORA%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kwybmvf>>. Acesso em: 19 set. 2012.

Tendo em vista que a decisão do Ministro Dias Toffoli foi publicada no dia 01/08/2013 e considerando que além das manifestações dos órgãos responsáveis pela mora, abrir-se-á vistas ao Advogado Geral da União e ao Procurador Geral da República, a análise da aplicação subsidiária e provisória do CDC ainda está pendente de decisão.

4.6 LIMITES DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Consoante disposto no item 3.4, não é simples fato de o CDC dispor sobre os serviços públicos em alguns dos seus artigos que conduz a afirmação de que é aplicável a legislação consumerista a todos os usuários de serviços públicos indistintamente. É necessária uma análise criteriosa acerca deste tema.

A princípio, é crucial analisar a diferença entre a relação jurídica de consumo e a relação jurídica de serviço público. A primeira, já estudada anteriormente, é formada por um vínculo obrigacional entre o consumidor e o fornecedor em torno de um objeto (produto e/ou serviço); diversamente, a relação jurídica de serviço público é formada pela relação entre uma concessionária e um usuário de serviço público, que tem como pressuposto uma relação anterior entre a concessionária e o poder concedente (Poder Público). Ou seja, há uma dependência jurídica entre o contrato firmado entre o usuário e a concessionária e entre esta e o Poder Público.

A concessionária obriga-se a prestar um serviço ao usuário, recebendo, em contrapartida, uma remuneração deste. Há, portanto, uma delegação do serviço público a uma concessionária ou permissionária, mas o Poder Público mantém a titularidade do serviço concedido¹⁴². O inadimplemento da concessionária gera responsabilidade solidária do poder concedente do serviço público. Diversamente, na relação de consumo o Poder Público não é responsabilizado pelo inadimplemento do fornecedor, sua função é regular a relação contratual, atuando

¹⁴² BORGES, Alice Maria Gonzalez Borges. **Temas do direito administrativo atual**: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 103.

apenas com o intuito de proteger a parte vulnerável da relação, normalmente o consumidor¹⁴³.

Na relação de serviço público não há que se falar em defesa de interesses específicos, mas sim em defesa do interesse público, o Poder Público poderá ser responsabilizado solidariamente porque a titularidade dos serviços continua em suas mãos. Neste caso, o Poder Público é participante direto da relação jurídica; no caso da relação de consumo, é apenas coadjuvante.

A segunda ponderação a ser feita diz respeito à classificação doutrinária dos serviços públicos quanto aos seus destinatários: serviços públicos *uti singuli* ou individuais e serviços públicos *uti universi* ou gerais. Segundo já discorrido, os serviços públicos *uti singuli* são prestados a usuários determinados, há a possibilidade de definir quem são os beneficiários e quais as quantidades das utilidades são mensuráveis, como exemplo tem-se o serviço de energia elétrica. Já os serviços *uti universi* são aqueles prestados indistintamente a toda a coletividade de forma indeterminada e indivisível, como, por exemplo, os serviços de iluminação pública e segurança pública.

Nessa esteira, autores como Antônio Herman de V. e Benjamim e Zelmo Denari¹⁴⁴ entendem que o CDC deve ser aplicado a toda e qualquer espécie de serviço público, independentemente se *uti singuli* ou *uti universi*, ou seja, os serviços públicos não podem ter vícios de qualidade ou quantidade, assim como os serviços privados. Este é um posicionamento maximalista. Há um tratamento diferenciado, entretanto, para os vícios de qualidade por inadequação dos serviços, que está previsto no art. 22 do CDC.

Já Cláudia Lima Marques¹⁴⁵ e Dinorá Adelaide M. Grotti¹⁴⁶ têm um posicionamento restritivo, aplicando o CDC apenas aos serviços públicos *uti singuli*,

¹⁴³ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./mai. 2002, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

¹⁴⁴ DENARI, Zelmo. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

¹⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486.

¹⁴⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 347.

independentemente da forma de remuneração (se taxa ou tarifa)¹⁴⁷. O fundamento desse entendimento está no art. 3º, §2º do CDC que dispõe que serviço é atividade prestada mediante remuneração. Partindo dessa premissa, os serviços públicos *uti universi*, remunerados por meio de impostos, e os serviços públicos gratuitos, estariam também excluídos da incidência do CDC.

Regina Helena Costa¹⁴⁸ tem uma visão bastante parecida com a das autoras citadas acima, com uma ressalva: somente os serviços públicos remunerados mediante taxa possuem proteção do CDC. Para ela, a CF/88 estabelece, em seu art. 145, II¹⁴⁹, que os serviços públicos somente devem ser remunerados através de taxas, sendo a tarifa uma distorção do ordenamento jurídico.

Depreende-se dos posicionamentos expostos acima que a maioria dos autores afirmam não incidir o CDC sobre os serviços públicos *uti universi*, pois estes são custeados por meio de impostos, não havendo uma remuneração específica.

Acrescentando às ideias acima expostas, é essencial lembrar que a execução de atividades econômicas privadas (em sentido estrito) e a prestação dos serviços públicos obedecem a princípios diversos, muitas vezes até opostos. É o princípio da livre iniciativa que rege as atividades econômicas (previsto no art. 170 da CF/88), que estão dispostas a qualquer pessoa que tenha o intuito de investir; já as atividades de prestação de serviço público ou são titularizadas com exclusividade pelo Estado ou dependem de delegação deste aos particulares (art. 175, CF/88). O fundamento desse regime jurídico especial é interesse público. No contrato de

¹⁴⁷ Bruno Miragem entende que "nem toda relação de serviço público admitir-se-á como suscetível à regulação do Código de Defesa do Consumidor, [...] Dentre as diferentes espécies de serviços públicos, o CDC aplicar-se-á àqueles em que haja a presença do consumidor como agente de uma relação de aquisição remunerada do respectivo serviço, individualmente e de modo mensurável (serviços *uti singuli*). Não se cogita assim, a aplicação do CDC à prestação de serviços públicos custeados pelo esforço geral, através da tributação, como é o caso dos que são oferecidos e percebidos coletivamente, sem a possibilidade de mensuração ou determinação de graus de utilização do mesmo (serviços *uti universi*). (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁴⁸ COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica**. São Paulo: Editora da ITE, n. 17, abr./jul. 1997, p. 217-227.

¹⁴⁹ CF/1988. Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

concessão para prestação de um serviço público há uma relação jurídica complexa, formada pelo Poder Público, delegatário e o usuário de serviço público.

Um contrato administrativo sela essa relação entre Poder Público e delegatário e, como tal, está sujeito ao regime jurídico administrativo que pressupõe prerrogativas e sujeições, não encontradas nos contratos privados em geral. Ou seja, a Administração Pública está em uma posição de supremacia em relação ao particular e, por isso deve atender as finalidades públicas. Assim, pode-se dizer que o Poder Público pode alterar unilateralmente as cláusulas contratuais desde que assegure a prevalência do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato inicialmente pactuado, não podendo o usuário do serviço alegar direito adquirido ou ato jurídico perfeito.

Alexandre Aragão¹⁵⁰ afirma que os serviços públicos possuem um viés coletivo muito mais amplo do que as atividades econômicas privadas, pois visam a coesão social, distribuindo renda e reforçando a dignidade da pessoa humana, o que não ocorre no sistema consumerista, que é voltado para as relações individuais. O exemplo utilizado pelo autor para demonstrar essa questão é a possibilidade de aumento da tarifa de um determinado meio com o intuito de financiar gratuidades de certos grupos de usuários, utilizando-se, portanto, da tarifa para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Portanto, analisar a tarifa apenas do ponto de vista do direito do consumidor é não levar em consideração que ela representa não apenas uma contraprestação, mas também uma das formas de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, sendo um instrumento do subsídio interno (que é aquele que ocorre entre o usuário público e a concessionária)¹⁵¹.

Analisando por essa ótica, não caberia ao usuário, individualmente, através dos meios disponíveis na legislação consumerista, alegar a abusividade de uma determinada tarifa, posto que o contrato de concessão visa um equilíbrio de receitas e despesas que é muito mais complexo, favorecendo sempre a coletividade, não o

¹⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 521.

¹⁵¹ O outro meio de preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é a possibilidade de subsídio externo, que é aquele em que o Poder Público paga parte dos custos referentes a prestação de determinado serviço público.

usuário pessoalmente¹⁵². Ademais, os serviços públicos devem ser pensados a longo prazo, favorecendo, assim, as gerações atuais e futuras. Vejam que, diferentemente dos serviços públicos, as atividades econômicas em sentido estrito têm em vista uma satisfação imediata do consumidor.

Neste caso, pode-se dizer que os usuários de serviços públicos estão sujeitos a uma política tarifária que visa o interesse público; o contrato de concessão transfere, de certa forma, o custeio do serviço público ao seu usuário (parte do que se gasta é subsidiado pelo Estado).

Outra observação a ser feita diz respeito ao tratamento jurídico diferenciado dado pela Constituição Federal ao usuário de serviço público e o consumidor. A previsão da proteção ao consumidor, conforme já citado, está nos artigos 5º, inciso XXXII e art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). De outro lado, é o art. 175, II afirma que lei disporá sobre os direitos dos usuários de serviços públicos. É a Lei nº 8.987/95 – Lei de Concessões que, no art. 7º¹⁵³ traz esses direitos.

A promulgação da EC nº19/1998 tornou mais claro o objetivo da CF/88 de diferenciar usuário e consumidor ao estabelecer a criação de uma lei para a defesa do usuário de serviços públicos.

¹⁵² **EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO – POLÍTICA TARIFÁRIA NO FORNECIMENTO DE ÁGUA – COLOCAÇÃO DE HIDRÔMETROS – PRECEDENTES DO STJ.** 1. A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi estabelecida pela Lei 8.987/95, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte). 2. Acórdão recorrido que, distanciando-se da lei, condena o valor do consumo mínimo estabelecido pela política nacional de tarifas. 3. A Lei 8.987/95, como o Decreto 82.587/78, revogado em 1991 pelo Decreto 5, deu continuidade à prática do escalonamento de preços. 4. Recurso especial conhecido e provido.

¹⁵³ Lei nº 8.987/95. Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

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

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre 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.

Feitas as ponderações necessárias e considerando às remissões na legislação administrativa ao CDC¹⁵⁴, pode-se concluir que a aplicação deste aos serviços públicos é possível, mas não de forma automática. Deve ser feita com extremo cuidado, posto que os serviços públicos são regidos por um regime jurídico específico, que privilegia o interesse público e a solidariedade social.

Marçal Justen Filho¹⁵⁵ entende que em eventual conflito entre as normas consumeristas e administrativas, estas últimas devem prevalecer pois visam primordialmente o interesse público. Para eles, somente na omissão das normas administrativas e quando houver compatibilidade de princípios fundamentais do serviço público é que o CDC poderá ser aplicado aos usuários. Esse também é o entendimento do STJ.

Vale ressaltar importante observação feita por Alexandre Aragão¹⁵⁶: a aplicação do CDC nos serviços públicos demonstra-se mais ampla do que sua utilização na atividade privada, visto que não há restrição, nem no CDC, nem na Lei nº 8.987/1995, da sua aplicação ao usuário de serviços públicos, não importando se destinatário final ou não.

Nesse desiderato, ainda que a CF/88 tenha estabelecido um tratamento distinto para os usuários de serviço público e os consumidores, restou evidente a possibilidade de aplicação do CDC aos serviços públicos, desde que observadas as limitações descritas no decorrer deste tópico. O CDC, portanto, não atinge todos os serviços públicos existentes, abarca apenas os serviços públicos *uti singuli*, visto que possuem uma remuneração específica. Logo, os outros usuários de serviço público estão sem a devida proteção pois não há ainda uma lei que atinja os usuários de serviços públicos indistintamente, sendo premente a sua elaboração¹⁵⁷.

¹⁵⁴ O Art. 7º da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) faz uma remissão genérica à utilização do CDC aos usuários de serviços públicos. Veja artigo em nota de rodapé anterior a esta.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 558.

¹⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 529.

¹⁵⁷ Juarez Freitas também sustenta também a necessidade de urgente mudança normativa para ampliar a proteção dos usuários de serviços públicos. (FREITAS, Juarez. Regime dos serviços públicos e a proteção dos consumidores. **Revista direito e justiça**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, v. 23, jul./dez. 2001, p. 43.

5 CONCLUSÃO

A figura do usuário de serviço público passou a ser essencial a partir da do desenvolvimento da noção de Estado, que assumiu um papel mais de fiscalizador e regulamentador do que de provedor. Serviços públicos que eram prestados exclusivamente pelo Estado passaram a ser delegados para a iniciativa privada, aparecendo uma nova relação jurídica entre os usuários e os prestadores desses serviços.

O enfoque dado ao usuário e ao consumidor é bastante distinto, eles são regidos por normas de natureza diversa. A relação entre o usuário e o prestador de serviços públicos é dependente de uma ligação anterior entre o prestador e o poder concedente, que é o Estado. Esta relação não se iguala a relação de consumo, formada por um consumidor vulnerável frente a um fornecedor detentor do poder econômico, que visa a proteção do consumidor considerado individualmente (mesmo considerando a proteção coletiva).

O liame entre o usuário, prestador e poder concedente é eminentemente publicista, com intuito de proteger o cidadão enquanto participante de uma coletividade, preocupada com a prestação de um serviço público adequado, que é aquele regular, contínuo, eficiente, seguro e atual.

Nesse cenário inicial, resta clara que há uma diferença entre o usuário de serviços públicos e o consumidor, que não podem receber tratamento igualitário, visto que participam de relações jurídicas completamente diferentes. Ademais, a execução das atividades privadas e a prestação dos serviços públicos são regidas por princípios muitas vezes contrários, a atividade privada está pautada na livre iniciativa e os serviços públicos ou são de titularidade exclusiva do Estado ou subordinam-se a delegação aos particulares através de contrato administrativo.

Por outro lado, a própria Constituição Federal de 1988 traz um tratamento distinto entre a figura do usuário de serviços públicos e consumidor: além da referência ao usuário de serviços públicos nos art. 37, §3º e no art. 175, parágrafo único, inciso II, a EC nº 19 de 1998, emenda da reforma administrativa do Estado, no seu art. 27, estabeleceu a necessidade de criação de uma lei específica de defesa e proteção dos usuários de serviços públicos pelo Congresso Nacional no prazo de 120 dias da promulgação da referida emenda. Já a proteção ao consumidor está localizada no

art. 5º, XXXII, no art. 170 e no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe sobre a criação de um Código de Defesa do Consumidor. Nesse contexto, há o reconhecimento de que é necessária uma regulamentação específica para o usuário de serviços públicos.

As constatações acima fizeram despertar o interesse no estudo da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao usuário de serviços públicos posto que ainda não há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma lei que tutela os seus direitos, apesar de o art. 27 da EC nº19 de 1998 prever a elaboração desse estatuto contados 120 dias de sua promulgação.

Passados quinze anos o Congresso Nacional ainda não promulgou a referida lei, deixando à doutrina e à jurisprudência a função de adequar a legislação já existente para proteção do usuário de serviços públicos. Certo é que o Código de Defesa do Consumidor não pode ser utilizado de forma automática para todos os usuários porque nem todos os serviços públicos podem ser utilizados individualmente. Os serviços públicos *uti universi*, por exemplo, que são aqueles prestados indistintamente para toda a coletividade, que não se pode determinar a quantidade usufruída por cada pessoa individualmente não podem ser protegido pelo referido diploma legal.

Já existe o Projeto de Lei nº 6.953 tramitando na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados desde 2002, entretanto ainda não há previsão para a sua promulgação. Diversas vezes foram fixadas sessões para a sua votação, mas todas sem êxito.

Em 2013, o grande avanço no intuito de promulgar a lei em defesa do usuário de serviços públicos para sanar esse vácuo legislativo foi o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão pelo Conselho Federal da OAB, postulando a declaração da mora legislativa e solicitando promulgação da lei no prazo de 120 dias, como também requerendo a aplicação provisória e subsidiária do Código de Defesa do Consumidor para tutelar o usuário de serviços públicos.

Com efeito, o Ministro Dias Tofolli, relator da ADO nº 24, concluiu pelo deferimento liminar e parcial dos pedidos, reconhecendo a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas e solicitando a edição da lei de defesa do usuário de serviços públicos no prazo de 120 dias da publicação da decisão no Diário Oficial, que ocorreu no dia

01/08/2013. Entretanto, não foi acolhido o requerimento de aplicação provisória e subsidiária do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, pois entendeu ser necessária uma análise mais profunda do assunto após as manifestações das autoridades envolvidas na ADO (Casas Legislativas, Advogado Geral da União e Procurador Geral da República).

Resta evidente, portanto, que o ajuizamento da ADO nº 24 pelo Conselho Federal da OAB trouxe novamente a matéria de defesa do usuário de serviços públicos e aplicação do CDC a estes serviços à tona, demonstrando a necessidade urgente de edição da lei para sanar a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 152.
- _____. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALLEMAR, Aguinaldo. **Tutela estatal e relação jurídica de consumo**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- ALVARENGA, José Eduardo de. O serviço público. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia W. Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./mai. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BATISTA, Joana Paula. **Remuneração dos serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BENJAMIM, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BORGES, Alice Maria Gonzalez Borges. **Temas do direito administrativo atual: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2004
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. **Emenda Constitucional nº 19**, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agente políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividade à cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 04/06/1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emenda/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 01 ago. 2013

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2013.

_____. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF, 14 dez. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 01 jun. 2013.

_____. **Lei 7.783**, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF, 28/06/1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 596320 – Proc. 0166715-8. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DJ 22 ago. 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200301667158>. Acesso em 03 jun. 2012

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 831.010 – Proc. 0066409-5. Recorrente: Rio Grande Energia S/A. Recorrido: Município de São Luiz Gonzaga. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DJ 26 ago. 2008. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200600664095>. Acesso em: 03 jun. 2012

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1195642 – Proc. 201000943916. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJE 21 nov. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1195642&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 122559 – Proc. 201200982914. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DJE 25 set. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=CC%20201200982914>. Acesso em 18 out. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 09/0/2007. Brasília, DJe-096 divulgado em 05/09/2007, pub. em 06/09/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3682%29+%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORV%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORA%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/kwybmvf>>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1007. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Tribunal Pleno, julgado em 31.08.2005, pub. em

24.02.2006. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1007%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nd6yfqg>>. Acesso em: 19. Set. 2012.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.953/2002**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C20E1514DD2992D7F13409D5B1465C92.node2?codteor=49840&filename=PL+6953/2002>. Acesso em: 16 set. 2013

CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. O serviço público no direito administrativo contemporâneo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. A nova lei de licitações e o código de defesa do consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços. **Revista da Procuradoria de Justiça do Município de São Paulo**. São Paulo: [S.n.], v. 44, 1995, p. 93-115

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: [S.n.], n.80, out./dez. 1990, p. 66-75.

COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica**. São Paulo: Editora da ITE, n. 17, abr./jul. 1997, p. 217-227.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Parcerias na administração pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 420.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**, 1960. *In*: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Marcus da Costa. Serviços públicos essenciais e a proteção dos consumidores. **Revista luso-brasileira de direito do consumo**. Curitiba: Editora Bonijuris Ltda. E J. M. Editora e Livraria Ltda, v. I, 2011, p. 39-86.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Regime dos serviços públicos e a proteção dos consumidores. **Revista direito e justiça**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, v. 23, jul/dez. 2001, p. 9-43.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Algumas reflexões sobre a transformação dos serviços públicos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo: [S.n.], 1999, p.33-43.

_____. **Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Concessões de serviços públicos: comentários às leis nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia W. Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAZARI, Rafael José Nadim de. O inadimplemento do usuário e o princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, n. 74, abr./jun. 2010, p.243-263.

LAZZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Rui Cirne. **Princípios do direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOPES, José Reinaldo. Consumidor e o sistema financeiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, 1997, p. 52-65.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. *In*: MEDAUAR, Odete (Coord.). **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.14.

_____. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Mai./Jun./Jul. 2005, n. 2. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-de-direito-administrativo-economico>. Acesso em: 28 jun. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Fev./Mar./Abr. 2005, n. 1. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-de-direito-administrativo-economico>. Acesso em: 28 jun. 2012.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo: aplicabilidade do código de defesa do consumidor**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012

PEREIRA, Marcelo. **O serviço público na atualidade**. 1993. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo.

RODRIGUES, Carlos Alberto Martins. **A crise e a evolução do conceito de serviço público.** Revista de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan./jun. 1981, p. 57-58/130/146.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O princípio da continuidade do serviço público.** São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** São Paulo: Malheiros, 2012, p. 82-84.