



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MÁRCIA CARLA MOURA MAGALHÃES ANDRADE

**A POSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO
DO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA POR
INADIMPLENTO DO USUÁRIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA
CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS**

Salvador
2015

MÁRCIA CARLA MOURA MAGALHÃES ANDRADE

**A POSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO
DO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA POR
INADIMPLENTO DO USUÁRIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA
CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS**

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. Geovane de Mori Peixoto

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

MÁRCIA CARLA MOURA MAGALHÃES ANDRADE

A POSSIBILIDADE DE INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA POR INADIMPLEMTO DO USUÁRIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

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, ____/____/ 2014

AGRADECIMENTOS

Ao professor Geovane Peixoto, pela atenção e suporte dado na realização deste trabalho. A minha família, especialmente aos meus pais e meu irmão, por simplesmente os serem e fazerem de mim casa de bons sentimentos, e a minha avó Zenilda, pelo incentivo diário e pelo mais verdadeiro, incondicional e infinito amor. Obrigada pela compreensão e paciência que vocês tiveram mesmo quando fiz parecer impossível que tivessem! Aos meus amigos, que são minha segunda família, em especial Janna, Jú, Kinha, Mari, Nanda e Rê, pela força, companheirismo e pela imensurável alegria que acrescentam à minha vida. Sou muito mais feliz porque tive e tenho vocês! A Deus, por caminhar sempre junto a mim e ensinar-me a ter gratidão e a todos que, de alguma forma, contribuíram para que eu chegasse até aqui, o meu muito obrigada!

“Sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade.”

Prelúdio, Raul Seixas.

*“Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.*

*Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.*

*Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive”*

Fernando Pessoa

RESUMO

Este trabalho monográfico discorre sobre a suspensão do fornecimento do serviço de energia elétrica por inadimplemento do usuário à luz do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais. Objetiva-se mostrar a problemática existente no fato de que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 22, considera a descontinuidade do serviço uma prática abusiva, enquanto o artigo 6º, § 3º da Lei 8.987/1995, que trata das concessões da prestação de serviço público, afirma a possibilidade de suspensão do serviço quando houver inadimplência. Eis que o cerne da questão cinge-se, portanto, se efetivamente a suspensão por inadimplemento do fornecimento do serviço de energia elétrica fere ou não o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais à luz da Lei nº 8.078, tomando por base as soluções doutrinárias e jurisprudenciais que vêm sendo sugeridas e/ou adotadas, realizando especial análise da aplicação e do alcance do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

Palavras-chave: Serviço público essencial. Direito do Consumidor. Concessão. Inadimplemento. Princípio da Continuidade.

ABSTRACT

This monograph discusses the suspension of delivery of electricity service by the user's default under the principle of continuity of essential public services. The objective is to show the existing problem in the fact that the Consumer Protection Code, in its article 22, considers the discontinuation of an abuse service, while Article 6 § 3 of Law 8,987, which deals with the provision of service concessions public, said the possibility of suspension of service when there is default. Behold, the heart of the matter is confined, therefore, effectively the suspension for default of providing the electricity service hurts or not the principle of continuity of essential public services in the light of Law nº. 8,078, based on the doctrinal solutions case law that have been suggested and/or adopted by performing special analysis of the application and scope of the principle of continuity of essential public services.

Keywords: essential public service. Consumer Law. Concession. Default. Continuity of principle.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Acórdão
DJ	Diário da Justiça
DJU	Diário da Justiça da União
MC	Medida Cautelar
Min	Ministro
RE	Recurso Extraordinário
Res	Resolução
RESP	Recurso Especial
REspe	Recurso Especial Eleitoral
RO	Recurso Ordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS	13
2.1 BREVE HISTÓRICO DA ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO	13
2.2 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO	17
2.2.1 Critérios de conceituação do serviço público	23
2.2.1.1 Critério Subjetivo	23
2.2.1.2 Critério Material ou Objetivo	24
2.2.1.3 Critério Formal	25
2.3 O CONCEITO DE “SERVIÇO ADEQUADO”	25
2.4 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	28
2.5 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	31
2.6 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	33
2.7 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	36
2.7.1 Características do contrato de concessão	41
2.8 O SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	44
3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	48
3.1 CONCEITO DE PRINCÍPIOS	48
3.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	49
3.3 PRINCÍPIOS INERENTES AOS SERVIÇOS PÚBLICOS	52
3.3.1 Princípio da mutabilidade do regime jurídico	53
3.3.2 Princípio da igualdade dos usuários	54
3.3.3 Princípio da modicidade das tarifas	56
3.3.4 Princípio da continuidade ou permanência	57
4 A SUSPENSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL POR INADIMPLENTO DO USUÁRIO	63
4.1 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	63
4.2 A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	64
4.2.1 Usuário e consumidor de Serviços Públicos	68
4.3 O SERVIÇO ESSENCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA	72

4.4 A SUSPENSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO	75
4.4.1 Entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema	77
4.4.1.1 Dos que são favoráveis à interrupção do serviço essencial	77
4.4.1.2 Dos que são contrários à interrupção do serviço essencial	80
4.4.2 O interesse da coletividade como requisito de continuidade ou Interrupção da prestação do serviço público	83
4.4.3 Entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça	84
5 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

É notório que a noção de serviço público, bem como o modo de prestação deste último, têm sofrido inúmeras transformações. Contudo, apesar de tais mudanças, permanece no Brasil o dever estatal de prover a prestação contínua desses serviços.

Ocorre que, visando a modernização, especialização e maior eficácia dos serviços públicos, parte destes passou para a administração da iniciativa privada, o que tem suscitado diversas discussões sobre supostas violações ao interesse público em razão da prevalência de interesses financeiros.

Nesse sentido, importante notar que, no caso específico da energia elétrica, sendo este um bem escasso, de complexa operacionalização e elevados custos envolvidos, inegavelmente o Estado e seus delegatários buscarão obter o lucro proveniente de sua comercialização.

O fato é que, diante de um quadro de inadimplência por parte do usuário, questiona-se sobre a possibilidade de interrupção do fornecimento deste serviço público essencial. A presente celeuma origina-se da aparente antinomia jurídica existente entre o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 6º, § 3º da Lei 8.987/1995, que trata das concessões da prestação de serviço público, uma vez que, enquanto o primeiro dispositivo elucida o princípio da continuidade, afirmando que este deve reger a prestação dos serviços públicos, de maneira que tais serviços não podem ser suspensos, o segundo autoriza expressamente a interrupção dos serviços públicos essenciais em duas hipóteses, dentre as quais se encontra a do inadimplemento.

Ante o exposto, surgem diversos entendimentos, tanto no sentido de se autorizar a suspensão do serviço público essencial em razão do inadimplemento quanto no sentido de não admiti-la .

Assim, este tema nitidamente preocupa não apenas o ordenamento jurídico pátrio, que tenta compatibilizar o interesse da coletividade com o interesse do prestador de serviços, como também os indivíduos e a sociedade como um todo, que, em um país assolado pela pobreza, muitas vezes não tem condições de arcar com a devida remuneração e, muito menos, de suportar o inadimplemento de outrem.

Há, portanto, na doutrina e na jurisprudência entendimentos no sentido de admitir a suspensão do fornecimento de serviço público essencial, no sentido de inadmitir tal suspensão e ainda no sentido de admiti-la com algumas ressalvas. De relevância incontestável, portanto, é o tema em questão, motivo pelo qual merece análise.

Destarte, indaga-se: é possível interromper o fornecimento de serviços públicos essenciais no caso de inadimplemento por parte dos usuários? Em caso afirmativo, como essa interrupção pode ser feita?

Objetiva o presente trabalho monográfico confrontar o princípio da continuidade dos serviços públicos com o direito de receber a remuneração pelo serviço prestado por parte do credor, contrapondo o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, que considera a descontinuidade do serviço uma prática abusiva, com a possibilidade de suspensão do serviço quando houver inadimplência, prevista no artigo 6º, §3º da Lei 8.987/1995.

Buscar-se-á, portanto, analisar a possibilidade jurídica da suspensão do serviço público essencial em razão do não pagamento da remuneração devida pelo usuário, expondo o suposto conflito existente entre os referidos comandos normativos que versam sobre o tema em questão, bem como as soluções doutrinárias e jurisprudenciais que vem sendo sugeridas e/ou adotadas, realizando especial análise da aplicação e do alcance do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

O capítulo segundo deste trabalho traz à tona um breve histórico da atividade prestacional do estado, versando também sobre os serviços públicos de forma geral e sobre o conceito doutrinário deste último, bem como sobre suas características e classificação. Consta ainda neste capítulo uma análise do regime jurídico administrativo e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, além de uma abordagem a respeito da concessão de serviço público e dos serviços públicos na Constituição Federal de 1988.

Já o capítulo terceiro tem por escopo discorrer acerca dos princípios norteadores dos serviços públicos. Neste capítulo, tratou-se de expor os conceitos clássicos de princípio, além dos princípios que regem a administração pública como um todo e os princípios inerentes ao serviço público, sendo estes últimos: princípio da mutabilidade do regime jurídico, princípio da igualdade dos usuários, princípio da modicidade das tarifas e princípio da continuidade ou permanência.

No quarto e último capítulo, por fim, consta o estudo específico da possibilidade de suspensão de serviço público essencial de energia elétrica por inadimplemento do usuário e o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Também foram tratados nele os temas: serviços públicos no código de defesa do consumidor, a diferença entre usuário e consumidor de serviços públicos, serviço essencial de energia elétrica, hipóteses de interrupção do serviço público e o interesse da coletividade como justificativa para a continuidade ou interrupção da prestação do serviço público.

Veja-se, a seguir, um breve histórico da atividade prestacional do Estado, destacando a reforma administrativa do governo Fernando Henrique Cardoso que deu origem às Agências Reguladoras, momento em que o Estado reduziu o seu papel de prestador direto de serviços, assumindo o papel de regulador e provedor de serviços públicos.

2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 BREVE HISTÓRICO DA ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO

No intuito de melhor compreender o tema em questão, torna-se imperioso analisar o conceito de serviço público, mas não sem antes traçar um breve histórico da atividade prestacional do Estado tomando como lastro a doutrina administrativista.

Ainda que se tenham antecedentes remotos, pode-se afirmar que o Estado, como prestador de serviço público, consolidou-se efetivamente a partir do século XVIII. Inicialmente, a prestação de serviço público era eminentemente assistencialista, sem, contudo, ser uma atividade monopolística, posto que não cabia ao Estado o exercício exclusivo dessas atividades. É desse período, por exemplo, o surgimento da seguridade social, do ensino e dos correios¹.

Num segundo momento, a partir da metade do século XIX, o Estado assumiu o serviço público de natureza econômica. Contudo, por breve período, tendo em vista o advento do pensamento liberal então vigente, essas atividades passaram a ser desenvolvidas por particulares. Nesse período histórico advieram os serviços públicos clássicos, tais como iluminação pública, ferrovias, gás, telefone, eletricidade e telégrafo².

Já em um terceiro momento, o Estado resgata as atividades de serviço público prestadas por particulares devido ao descumprimento de concessões, sobretudo aquelas relacionadas às estradas de ferro no começo do século XX³.

Em um quarto momento, a partir da primeira metade do século passado, adveio o chamado Estado do bem-estar social, quando o Estado assume um caráter empresarial com o objetivo de dinamizar a produção de bens e o setor industrial, tomando como referência os ideais do Lord John Maynard Keynes⁴.

¹ SOARES, Paulo Firmeza. **Mutabilidade histórica na acepção do serviço público**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,mutabilidade-historica-na-acepcao-do-servicopublico,46045.html>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

² ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 200, p. 39.

³ *Ibidem*, p. 39-40.

⁴ “Consiste o Keynesianismo numa teoria econômica consolidada pelo economista inglês John Maynard Keynes em seu livro *General Theory of Employment, Interest and Money* de 1936, (Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda), que consiste numa organização político-econômica, oposta às concepções neoliberais, fundamentada na afirmação do Estado como agente indispensável de controle da economia, com objetivo de conduzir a um sistema de pleno emprego. A teoria keynesiana teve enorme influência na renovação das teorias clássicas e na reformulação da política de livre

No final do Século XIX e início do Século XX, surgia uma estrutura de Estado que objetivava atender às necessidades do período, estrutura esta denominada de “Estado de Bem Estar Social” que consistia numa política social na qual o Estado era o responsável para atender as demandas da população, regulando serviços, bem como fornecendo à sociedade esses mesmos serviços, como forma de garantir melhor qualidade de vida, teoria esta defendida pelo economista britânico John Maynard Keynes (1883-1946)⁵.

De acordo com o Keynesianismo – teoria que lastreia o “Estado de Bem Estar Social” –, tem o Estado o dever de conceder benefícios sociais visando garantir à população um mínimo padrão de vida com direitos a um salário mínimo, assistência médica, seguro-desemprego, redução da jornada de trabalho, dentre outros.

De acordo com René Dellagnezze

O denominado “Estado de Bem Estar Social” era um modelo típico de organização de Estado dos Países capitalistas desenvolvidos, notadamente após o fim da II Guerra Mundial. A função básica desse modelo de Estado consistia em fornecer à sociedade, como direito, remuneração e renda para uma vida digna, alimentação, saúde, segurança e, principalmente educação de qualidade, além de uma consistente infraestrutura de transporte, lazer e cultura.

Assim, o Estado era responsável por garantir a manutenção desses direitos, permitindo-se atuar como agente, de forma direta na sociedade e principalmente na economia. Preocupou-se o Estado em garantir uma distribuição de renda, de modo que todos os indivíduos participassem da riqueza existente⁶.

Desenvolveu-se nesse período a ideia de nacionalização dos serviços públicos, que perdurou até o fim da década de 70.

Na sequência, é possível delinear uma quinta fase denominada crise do Estado do bem-estar social. Tal crise teve início a partir do agigantamento do Estado. Conforme Luiz Carlos Bresser Pereira, a crise do Estado decorreu

[...] do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação.

[...]

A crise do Estado define-se então (1) como uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) a

mercado”. In: DELLAGNEZZE, René. O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI. Parte II - O estado contemporâneo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618&revista_caderno=16>. Acesso em: 03 mai. 2015.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática.⁷

O diagnóstico da crise do Estado de Bem-Estar Social (*welfare state crisis*) apontava a ineficiência da atividade estatal em virtude do tamanho do Estado e do excesso de gastos públicos. A contraposição a este estado de coisas seria abrir espaço para a iniciativa privada, o que se convencionou chamar de “Estado mínimo”⁸.

Eis que no início da década de 80 o Estado não mais conseguia gerir todas as atividades que tomou para si, de forma que a participação direta do Estado na prestação de serviços públicos foi prejudicada, principalmente por causa do elevado déficit fiscal.

Soma-se a este fato o avanço tecnológico e o reagrupamento das relações capitalistas a partir do surgimento da globalização⁹, assim como a adoção das políticas neoliberais focadas na menor participação do Estado no setor econômico¹⁰.

O “Estado Neoliberal” é uma organização econômica surgida a partir da década de 1970, em decorrência da crise do petróleo, momento em que o denominado “Estado de Bem Estar Social” ou “Estado Keynesiano” havia se transformado num Estado coletivista, estatizante. A partir de então se difundiu a ideia

⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Plano diretor da reforma do Estado**. Brasília: MARE, 1995, p. 10-11.

⁸ “[...] a tendência geral tem sido a de restrição e redução de direitos, sob o argumento da crise fiscal do Estado, transformando as políticas sociais [...] em ações pontuais direcionadas para os efeitos mais perversos da crise”. In: BEHRING, Elaine Rossetti. **Política social: fundamentos e história**. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2007, p. 156.

⁹ “A Globalização pode ser vista como uma reinvenção do processo expansionista norte americano no período pós Guerra Fria com a imposição dos modelos políticos, democrático, ideológico, pelo liberalismo econômico, com a abertura de mercados e livre competição”. In: DELLAGNEZZE, René. O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI. Parte II - O estado contemporâneo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618&revista_caderno=16>. Acesso em: 03 mai. 2015.

¹⁰ “[...] o denominado “Estado Neoliberal” surgiu nos idos de 1960, tendo como marco inicial a publicação do livro *Capitalism and Freedom* (Capitalismo e Liberdade), lançado no ano de 1962, por Milton Friedman. Milton Friedman (1912-2006) foi um dos mais destacados economistas norte-americano do Século XX e um dos mais influentes teóricos do liberalismo econômico. Principal apóstolo da Escola Monetarista e membro da Universidade de Chicago, era defensor do *laissez faire* (deixai fazer, deixai ir, deixai passar) e do mercado livre. Friedman foi conselheiro do Governo Chileno de Augusto Pinochet (1973-1990) e muitas de suas idéias foram também aplicadas na primeira fase do Governo Richard Nixon (1968-1974), e, em boa parte do Governo Ronald Reagan (1981-1988), nos EUA. Na obra “*Capitalismo e Liberdade*”, publicado em 1962, em plena Guerra Fria, Friedman tece as bases do seu pensamento, argumentando que a liberdade econômica é uma condição essencial para a liberdade das sociedades e dos indivíduos. In: DELLAGNEZZE, René. O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI. Parte II – O estado contemporâneo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n.107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618&revista_caderno=16>. Acesso em: 03 mai. 2015.

de redução do tamanho do Estado limitando a sua influência na economia e na sociedade.

Predomina no “Estado Neoliberal” o fomento à qualidade dos bens produzidos, afinal, sem a intervenção do Estado, a concorrência entre elas é realizada diretamente, visando atingir o consumidor. Neste modelo estatal tem-se o predomínio das privatizações, pois o consenso é de que o Estado aloca os recursos públicos com ineficácia, ou seja, as prestações estatais positivas demandam um ostensivo dispêndio de recurso público. Ainda, segundo o pensamento neoliberal, as empresas estatais não prestam um bom serviço à coletividade.

A partir de então se tem o início das políticas de privatização do setor público com a justificativa de que esta seria a solução para aquele estado de coisas¹¹.

O fato é que, mesmo que o Estado deixe de diretamente prestar alguns serviços devido à necessidade de redução dos gastos públicos, tais serviços

¹¹ René Dellaghezze assim resume o período: “Para corrigir esse gigantismo do Estado brasileiro, no Governo Collor (1990-1992), do Partido da Reconstrução Nacional - PRN, houve tentativas, através do Projeto de Reconstrução Nacional, de modernizar o Estado, visando entre outros objetivos, atender aos anseios da população, de caráter moral, como a “caça aos marajás”, funcionários que recebiam os seus salários, sem, entretanto, comparecerem nas repartições. Iniciou-se também a abertura nas importações de bens e insumos, porém, de concreto, foi sancionada a Lei nº 8031 de 12/04/1990, que dispunha sobre a dissolução de entidades da Administração Pública Federal, iniciando-se assim o marco regulatório do processo de privatização do Estado. Aqui com tendências da teoria de Friedman. A partir de 1994, já no Governo de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), do Partido da Social Democracia, PSDB, é que, efetivamente, o Estado começa a diminuir o seu tamanho, baseado no Programa Neoliberal, onde se realiza um aprofundamento do Programa de Desestatização, com extinção e privatização de diversas entidades estatais, através da Lei nº 9491 de 09/09/97, que revogou a Lei nº 8031 de 12/04/90. [...] Embora o processo de privatização tenha sido efetivada com maior ênfase no Governo Fernando Henrique (1994-2002), de tendência ideológica capitalista neoliberal, conforme demonstra o Quadro supra, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, MPOG, observa-se que, ainda, no Governo Lula (2003-2010), de tendência ideológica socialista, houve a privatização de cerca de 2,6 mil quilômetros de rodovias federais, que foram a leilão em outubro de 2007. [...] No atual Governo Dilma Roussef, iniciado em 2011, do Partido dos Trabalhadores, de tendência socialista, também ocorreu, paradoxalmente, semelhante processo de privatização. A realização do leilão de concessão à iniciativa privada de três aeroportos federais (Guarulhos e Viracopos, em São Paulo, e JK, em Brasília), vendidos por um total estimado de R\$ 24,5 bilhões. Os partidos de oposição, notadamente, o Partido da Social Democracia, PSDB, destacaram a mudança de posicionamento do PT, Partido dos Trabalhadores, que governa o País, que a cada eleição “demonizava” as privatizações e concessões à iniciativa privada, e que agora se rendeu ao modelo neoliberal. O Governo Dilma possivelmente rendeu-se às evidências. Se não optasse pela privatização, o Brasil poderia ter sérios problemas no setor de transportes aéreos na Copa de 2014 e nas Olimpíadas de 2016. Talvez a pior solução seria manter os três maiores aeroportos nas mãos da estatal Infraero, quando o Estado brasileiro investe menos de 2% do PIB, em infraestrutura do País”. In: DELLAGNEZZE, René. O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI. Parte II – O estado contemporâneo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n.107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618&revista_caderno=16>. Acesso em: 03 mai. 2015.

necessitam da regulação administrativa¹², conforme salienta Luiz Carlos Bresser Pereira:

Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão de obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade¹³.

Destacando o papel da regulação administrativa, René Dellagnezze assevera:

Assim, além do Programa de Desestatização, e como forma de reduzir a presença do Estado na economia, criaram-se as chamadas Agências Executivas, as quais são disciplinadas pelo Decreto nº 2487 e 2488, ambos de 02/02/98 e as Agências Reguladoras, as quais estão sendo criadas por leis esparsas. Exemplos destas últimas são: a Agência Nacional do Petróleo - ANP; Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL; Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Por intermédio destas Agências, o Estado apenas fiscaliza e normatiza os produtos ou serviços produzidos por empresas particulares, que antes eram de responsabilidade do setor público¹⁴.

Por fim, destaque-se que a regulação administrativa objetiva evitar que as regras de mercado resultem em prejuízos à população, devendo o Estado garantir à população ao menor custo possível o acesso igualitário aos serviços públicos.

2.2 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Visando analisar o objetivo precípua deste trabalho, a saber, a possibilidade jurídica da suspensão do serviço público essencial em razão do não pagamento da remuneração devida pelo usuário, mister se faz compreender o que vem, efetivamente, a ser serviço público.

¹² Conforme o artigo 174 da Carta Federal, deve o Estado atuar na economia como agente regulador, ou seja, apenas regulando e fiscalizando a atividade econômica. Não por acaso já existem mais de 20 (vinte) Agências Executivas e Reguladoras.

¹³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Plano diretor da reforma do Estado**. Brasília: MARE, 1995, p. 13.

¹⁴ DELLAGNEZZE, René. O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI. Parte II – O estado contemporâneo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n.107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618&revista_caderno=16>. Acesso em: 03 mai. 2015.

Como preceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não é tarefa fácil definir o que é serviço público, pois esta noção sofreu substanciais transformações ao longo do tempo, tanto no que diz respeito aos seus elementos constitutivos quanto no que se refere à sua abrangência, além de que não há na Constituição Federal disposição expressa do que vem a ser tal serviço, o que dificulta a existência de uma uniformidade conceitual¹⁵.

Antes da existência de um conceito propriamente dito de serviço público, é de se notar que já prestava o Estado idênticas atividades, análogas, contudo, tais atividades não eram classificadas conceitualmente como se fossem serviço público¹⁶, o que só veio ocorrer a partir da França, entre o início do século XIX e o final do século XX¹⁷, quando o conceito fora utilizado de forma geral para indicar todas as atividades estatais. No Direito Francês este conceito foi relevante sobretudo por duas razões, quais sejam, a separação da competência da jurisdição administrativa da competência da justiça comum e sua utilização como critério de definição do próprio direito administrativo¹⁸.

De fato, em um primeiro momento, a França adotou como critério caracterizador de serviço público, qualquer prestação diretamente exercida pelo Estado, de forma que este assumia os serviços comerciais e industriais. Tal forma era adotada irrestritamente, posto que o Estado naquela época era o único ente na prestação dos serviços públicos, quer seja diretamente, quer seja por entidade criada para tal finalidade. Paralelamente e, por conseguinte, o serviço público na França caracterizou-se pela delegação da execução de tais serviços a particulares, o que acabou por afetar os elementos subjetivo e formal¹⁹.

Nesse sentido, cumpre notar que, devido a sua matriz francesa, que, conforme supracitado, via de regra, equiparava os serviços públicos a toda atividade estatal, o conceito de tais serviços historicamente tende a ter sua extensão bastante alargada. Tal asserção advém do fato de que a exclusão de alguma atividade estatal

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 99.

¹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

¹⁷ BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). **Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 46.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 99-100.

¹⁹ *Ibidem*, p. 104-105.

do amplo conceito explicitado representava uma desvalorização do serviço, que passava a ser enquadrado num limbo jurídico²⁰.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta que, historicamente, a noção de serviço público não permaneceu estática, tendo sido ampliada para abranger as atividades comerciais, industriais e sociais, ressaltando ainda a autora que cabe ao Estado, por meio da lei, a escolha de quais atividades se enquadram como tal serviço²¹.

Hely Lopes Meirelles assevera que o conceito de serviço público é variável de acordo com as necessidades e circunstâncias políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, e, daí porque, conforme acima exposto, há grande número de definições doutrinárias no que tange à determinação do que é o serviço público²².

O fato é que não há na doutrina um conceito que prepondera sobre o outro, mas sim conceitos diversos que convivem entre si e sofrem constantes modificações de acordo com o tempo e com o espaço existente à sua época. Segundo lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro houve, em verdade, uma evolução no conceito de serviço público²³.

Mesmo hodiernamente, a noção de serviço público não possui um caráter unívoco, de sorte que os doutrinadores buscam formular conceituações utilizando-se de diferentes critérios. Tal problemática decorre, sobretudo, do fato de que nem a Constituição Federal nem as leis brasileiras conceituam o presente objeto de estudo.

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, quando se depara com um instituto jurídico desprovido de conceito legal cabe a sua formulação ao doutrinador²⁴.

De fato, nesse processo de elaboração, os juristas tomam por referência diferentes elementos para estabelecer um conceito, não restando qualquer circunstância capaz de obrigar similitudes entre opiniões. Ainda assim, caberá ao doutrinador analisar os diversos institutos jurídicos visando consolidar realidades

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 124.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104-105.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 377.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p.104-105.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 176-177.

semelhantes entre si, de forma a se atingir uma unidade lógica e sistêmica, conforme alerta o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, o pior erro em que se pode incidir um cultor de qualquer ciência é o de desencontrar-se com o próprio objeto de estudo, é de distrair-se daquilo sobre o qual seu espírito imaginava e pretendia estar focalizado. Assim, um conceito extrajurídico produz nos estudiosos do Direito menos atentos a suposição de que estão a tratar com algo juridicamente relevante os conduz a produzir especulações que não abicam em nada de aproveitável para o Direito, do mesmo passo em que tal absorção os leva a deixar de lado a tarefa de arrecadar e organizar mentalmente os dados que permitiriam enfrentar os tópicos e questões dos quais teriam que se ocupar²⁵.

Em se tratando do serviço público, a formulação de seu conceito torna-se ainda mais rigorosa posto que se está a falar de um instituto originado de outro país, que recebeu elaborações próprias em cada pátria que o absorveu, sendo, pois, necessário estabelecer suas características com a precisão metodológica que foi efetivamente adotada no direito interno.

Podem ser encontrados na doutrina pátria diversos conceitos de serviço público. Todos eles têm em comum o fato de estarem submetidos a um regime jurídico de direito público, que objetiva salvaguardar os interesses da coletividade. Tal asserção decorre das regras e princípios do nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, o artigo 175 da Carta Federal, que afirma que incumbe ao Poder estatal a prestação de serviços públicos diretamente ou por meio dos regimes de permissão e concessão pública.

O fato é que, em linhas gerais, os administrativistas pátrios buscam formular suas abordagens de serviço público estabelecendo conceitos que podem ser classificados em sentido amplo e estrito.

Themistocles Brandão Cavalcanti adota um conceito amplo. Para ele serviço público compreende uma atividade estatal voltada à satisfação da população e sujeita a regime próprio, de Direito Administrativo, tendo, em regra, o poder estatal como o titular do serviço público²⁶.

Para José Cretella Júnior, que adota um conceito de ampla acepção, serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/5.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

²⁶ “O essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir”. In: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, 5v, p. 55.

a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público”²⁷.

A partir do conceito supra aludido, não se tem uma especificação acerca de qual atividade se refere o autor, sendo possível inferir de um serviço público que envolva, inclusive, as atividades legislativas e jurisdicionais desenvolvidas pelo Estado.

Hely Lopes Meirelles traz outro conceito de acepção ampla:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado²⁸.

De notar que, enquanto para José Cretella Júnior serviço público é toda atividade que o Estado exerce, Hely Lopes Meirelles delimita o serviço público como aquele prestado pela “Administração” ou por seus delegados.

Já Almiro do Couto e Silva afirma que

O conceito de serviço público, no Brasil, segue, em suas grandes linhas, a noção clássica francesa, designando, por conseqüência, aquele serviço que é prestado por órgão estatal, visando fim de utilidade pública, ou executado por particular, mas, neste caso, sempre por delegação do Estado. Este é o titular do serviço, muito embora sua gestão possa ser transferida a particulares. Nesse contexto, seria inaceitável falar-se em exercício de função pública por particulares sem existir qualquer ato jurídico de direito público, mesmo implícito, que importe delegação do desempenho daquela função, o que equivale a dizer que a atividade privada, por mais relevante ou útil que seja para toda a sociedade, não caracteriza, por si só, via de regra, serviço público²⁹.

Vê-se que Almiro do Couto e Silva enfatiza a utilidade pública do serviço e também adota uma perspectiva ampla em seu conceito de serviço público ao dar ênfase ao requisito subjetivo, quando prescreve que os órgãos estatais se encontram vinculados às atividades desempenhadas.

No que concerne à concepção estrita, tem-se o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Os Serviços Públicos representam toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público³⁰.

²⁷ CRETELLA, José. **Curso de direito administrativo**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 409.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 333.

²⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira? **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45915/45101>. Acesso em: 03 mai. 2015.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite em seu conceito o exercício do serviço público “por meio de seus delegados” e especifica a atividade exercida como “material”, excluindo, por decorrência, as atividades estatais que não compreende como serviço público, a exemplo das áreas de fomento, intervenção e de polícia.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello formula um conceito preciso, menos amplo, ao adotar as características fundamentais dos serviços públicos:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo³¹.

Importante ainda trazer à tona o conceito formulado por Marçal Justen Filho, que vincula a prestação do serviço público à satisfação de um direito fundamental:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executa sob regime de direito público³².

No mesmo sentido do conceito acima referido está a noção trazida por Noel Antônio Baratieri, segundo a qual o serviço público encontra-se vinculado diretamente à satisfação dos direitos fundamentais, especialmente da dignidade humana, compreendendo o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades materiais essenciais³³.

Para Noel Antônio Baratieri, portanto, a finalidade dos serviços públicos no Brasil é atuar na promoção da dignidade da pessoa humana e possibilitar a concretização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da pobreza e marginalização e da redução das desigualdades sociais³⁴.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 671.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 727.

³³ BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço Público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 17.

³⁴ *Ibidem*, p. 91.

2.2.1 Critérios de conceituação do serviço público

Segundo lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵ houve, em verdade, uma evolução no conceito de serviço público, de forma que os autores, sob influência da “Escola do Serviço Público”, adotam três critérios para definir o serviço público: o subjetivo, o objetivo ou material e o formal, conforme visto a seguir.

2.2.1.1 Critério Subjetivo

O critério subjetivo leva em consideração a pessoa jurídica que presta a atividade, de modo que o serviço público seria aquele prestado pelo Estado³⁶. Em brilhante síntese, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que o requisito subjetivo delinea o serviço público de acordo com a entidade prestadora da atividade. Em suas palavras: “o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes”³⁷.

E continua o professor:

Em sentido subjetivo, o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção, falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público. É uma organização pública de poderes e competências. A noção subjetiva do serviço público é ampla, pois abrange toda e qualquer atividade desempenhada pelo Poder Público, prescindindo de quaisquer outras características. Basta haver uma atuação que tenha por prestador uma pessoa pública para estar-se diante de um serviço público³⁸.

[...] trata-se de atividade assumida pelo Estado como própria, na qualidade de titular dela, ou seja, por ele considerada como interna a seu campo de ação típico, isto é, à esfera pública. Quando outorga concessão, autorização ou permissão (que é a linguagem constitucional brasileira) para que seja prestada por terceiros, o que transfere é o exercício da atividade, não a titularidade sobre ela, que sempre retém para si; por isso pode retomar o serviço, se o interesse público o demandar³⁹.

Vê-se que, conforme o critério subjetivo, o serviço sempre estará sob o regime de direito público, ainda que ocorra a delegação de sua prestação a particulares.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26^a. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

³⁶ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 671.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 151.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/5.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

2.2.1.2 Critério Material ou Objetivo

De acordo com o critério Material ou Objetivo, determinadas atividades, por atender às necessidades coletivas, devem ser consideradas como serviço público. Portanto, a premissa determinante do critério Material ou Objetivo é o interesse e a necessidade coletiva que o torna imprescindível à coletividade.

Conforme a escorreita lição de Dinorá Grotti:

A concepção objetiva de serviço público pretende assinalar que uma atividade é serviço público não porque prestada através de um complexo de meios públicos, mas em razão da natureza da atividade ou tarefa. Assim, é o fato de, num dado momento histórico corresponder a uma necessidade de interesse geral, se constituir em uma exigência da coletividade, independentemente da organização que exercer esta atividade, o elemento que se encontra por detrás de todas as noções objetivas de serviço público⁴⁰.

Nesse sentido, é a clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] na acepção objetiva, o serviço público se define em razão da natureza da atividade ou tarefa. É o fato de corresponder a uma necessidade de interesse geral, é a circunstância de se impor como uma exigência da coletividade, cuja satisfação incumbe ao Poder Público prover, ainda quando não o faça diretamente, o elemento que se encontra por detrás de todas as noções objetivas de serviço público⁴¹.

[...] a atividade material em apreço, pois, é aquela destinada a atender a conveniências, necessidades, da coletividade em geral, pois se assim não fosse é bem de ver que o serviço não seria público, não seria voltado a satisfazer a coletividade, mas apenas interesses privados. Este traço está na própria origem da noção. Se não fora pela relevância para o todo social, o Estado não teria por que assumir tal atividade⁴².

A partir das lições acima transcritas, depreende-se que incumbe ao poder público o atendimento às necessidades de interesse do público em geral, que se beneficia da comodidade material a ele destinada, ou seja, pressupõe necessariamente a concretização de uma relação jurídica entre o particular e a Administração⁴³.

⁴⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 153.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/5.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

⁴³ Ibidem, Loc. Cit.

2.2.1.3 Critério Formal

O Critério Formal considera como serviço público qualquer atividade material oferecida à coletividade sob o regime de Direito Público. Portanto, o critério formal se baseia no regime jurídico, de forma a determinar que serviço público é aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum⁴⁴. Pacificou a doutrina que, conforme o critério formal, o serviço público se submete ao regime jurídico de direito público, porque só as normas desse campo do direito teriam incidência.

De acordo com Bernard Chenot, em formulação estritamente formal, “dizer que uma atividade é serviço público é dizer que está submetida ao regime de serviço público. O serviço público não é mais uma instituição, é um regime, é a aplicação de serviço público a certos atos”⁴⁵.

Tratando dessa aplicação inequívoca do regime de direito público ao serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca:

[...] o que se deseja encarecer é que de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de Direito Público e outras prestadas em regime de economia privada. Posto que o jurista só tem interesse em localizar quis as regras e princípios que presidem seu desempenho, ver-se-ia a braços com noção inútil, imprestável para indicar-lhe o único objeto que tinha em mira⁴⁶.

Ante o exposto, conclui-se que não há na doutrina um conceito que prepondera sobre o outro, mas sim diversos conceitos de serviço público que convivem entre si e sofrem constantes modificações de acordo com o tempo e com o espaço existente à sua época.

2.3 O CONCEITO DE “SERVIÇO ADEQUADO”

A prestação de um serviço adequado tem previsão Constitucional no artigo 175, parágrafo único, inciso IV, que determina que a lei, ao dispor sobre a prestação dos serviços públicos, imponha a seus prestadores a obrigação de manter serviço

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

⁴⁵ CHENOD, Bernard Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 154.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 680.

adequado, deixando ao legislador ordinário a tarefa de definir quais sejam os parâmetros do que se deva considerar como tal.

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor traz a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos como direitos básicos do consumidor⁴⁷. Da mesma forma consta no mesmo diploma normativo, em seu artigo 22:

Artigo 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 código⁴⁸. (Grifos nossos).

A Lei n.º 8.987/95 definiu o que é serviço adequado em seu artigo 6º, §1º, como sendo aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”⁴⁹. A mesma lei dispõe em seu artigo 31, inciso I que as concessionárias têm de prestar um serviço adequado para o usuário.

Quando um usuário observar a não adequação e eficiência na prestação do serviço público concedido, poderá buscar a guarida do Poder Judiciário visando questioná-las. Também o Ministério Público pode, por meio de ação civil pública, exercer o controle da eficiência, visando proteger os direitos difusos dos usuários.

Cabe lembrar que a Emenda Constitucional nº 19 – que buscou implementar uma administração gerencial no Brasil – inseriu na Carta federal, mais precisamente no artigo 37, o princípio da eficiência, conceito diretamente ligado à Economia por meio da chamada Análise Econômica do Direito⁵⁰.

⁴⁷ BRASIL. **Lei 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: 03 mai. 2015.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ BRASIL. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art.175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 03 mai. 2015.

⁵⁰ “É certo que a inserção do Princípio da Eficiência no caput do artigo 37 da CF pela EC 19/98 decorreu da clara intenção de reformar o Estado. De acordo com Egon Bockmann Moreira, o Princípio da Eficiência passou a constituir verdadeira diretriz para a Administração Pública. A inclusão no texto constitucional, segundo ele, resultou da reforma gerencial do Estado, a qual pretendia acabar com a “administração burocrática” e instalar a “Administração Pública Gerencial no Brasil”. Lembra o ex-consultor jurídico do MARE que o Princípio da Eficiência possui outros nomes na doutrina estrangeira, tais como, Princípio da Eficácia (artigo 103, 1, da Constituição da Espanha) e Princípio do Bom Andamento ou da Boa Administração (artigo 97 da Constituição da Itália). A reforma do Estado buscava melhorar sua organização, seus servidores, suas finanças e seu sistema institucional-legal, proporcionando relação mais harmoniosa com a sociedade civil. A partir do advento da Reforma, consoante Torres, o núcleo estratégico do Estado tomaria decisões mais

Após a vigência da mencionada Emenda Constitucional nº 19 torna-se inquestionável que a eficiência passa a ser uma obrigatoriedade para os poderes públicos quando da prestação de serviços.

Conforme Marçal Justen Filho:

Observe-se que serviço é um substantivo; adequado um adjetivo. Por isso, será possível reputar que alguns serviços são inquestionavelmente adequados; outros, indubitavelmente inadequados. Mas existirá um campo intermediário, onde a adequação e inadequação dependerão da análise de sutilezas circunstanciais.

A vontade normativa não foi, certamente, de atribuir à Administração, ao concessionário ou aos usuários a faculdade de qualificar livre e arbitrariamente os serviços. Opção dessa ordem não seria caracterizável como disciplina jurídica, mas como sua ausência. Seria o campo do árbitro.

[...]

A modicidade da tarifa corresponderá à idéia de menor tarifa em face do custo e do menor custo em face da adequação dos serviços⁵¹.

A concessionária pública, na hipótese de não prestar um serviço adequado, poderá sofrer intervenção do Poder Concedente, mediante decreto, conforme dispõe o artigo 32 da Lei 8.987/95⁵². As causas devem ser apuradas de acordo com o regular procedimento administrativo, sendo assegurado à concessionária o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Segundo Marçal Justen Filho

adequadas e ofereceria serviços públicos que operassem com maior eficiência. Nesse diapasão, houve a idealização de contratos de gestão, agências autônomas e organizações sociais para que conferissem efetividade à reforma estatal. Somado a isso houve a combinação de um programa de “desestatização”, pelo qual várias empresas estatais foram vendidas e submetidas a regras de mercado, assumindo o Estado um papel de agente regulador desses novos mercados. Houve, portanto, segundo este entendimento, a intenção de implantar, no país, novo modelo de Estado, o chamado Estado gestor ou, por outros, chamado de Estado regulador.[...] a relação entre Direito e Economia é muito antiga, mas que não lhe foi dada a importância necessária, ainda que possa oferecer soluções para questões atuais. Iniciou-se a percepção da necessidade de recorrer-se à avaliação econômica na formulação de normas jurídicas, a fim de torná-las mais eficientes e mais eficazes. Foi a partir dos anos 60 do século passado que se iniciou o desenvolvimento da chamada de Análise Econômica do Direito (Law and Economics)”. In: TIMM, Luciano Benetti; TONIOLO, Giuliano. A aplicação do princípio da eficiência à administração pública: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LUCIANO-BENETTI.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2015.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 125-128.

⁵² “Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida”. In: BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art.175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 07 mai. 2015.

[...] serviço adequado não é, apenas, aquele em que estejam reunidos inquestionavelmente todos os característicos exigidos como atributos normativos. Também serão *adequados* os serviços que, em face das circunstâncias, possam ser reconduzidos ao conceito, na acepção de terem sido adotadas as precauções viáveis em face das condições materiais e humanas⁵³.

Ainda, conforme Marçal Justen Filho, cabe ao concessionário desempenhar o serviço, "de modo especial, de acordo com o regulamento vigente e segundo os padrões técnico-científicos adequados"⁵⁴.

Vê-se que a prestação de um serviço público adequado e eficiente é uma dever, tanto da concessionária, como do próprio Estado que o concede. Assim, tem o Estado, antes de delegar o serviço, a obrigação legal de planejá-lo, para, num momento seguinte, fiscalizar a sua prestação pelo concessionário. O concessionário, por sua vez, tem a prerrogativa de obter o auferimento econômico do negócio jurídico, devendo-se, em todo caso, adjudicar a proposta mais vantajosa tanto para a Administração Pública quanto para o usuário, que deve ser beneficiado por meio de tarifas módicas, conforme dispõe o artigo 6º, §1º da Lei n.º 8.987/95⁵⁵.

2.4 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

O Direito público compreende um amplo campo do Direito que abrange determinados bens jurídicos com especial tutela do Estado em decorrência da valoração prevista no Ordenamento Jurídico. Contudo, é de se notar que muito embora esses ramos do Direito integrem o Direito Público, têm eles princípios e regras específicos.

A doutrina estabelece uma relação entre o serviço público e o regime jurídico de Direito Público. Marçal Justen Filho enfatiza que os serviços públicos se submetem a um peculiar regime jurídico, qual seja, o regime jurídico de direito público⁵⁶. É assente na doutrina que o regime jurídico do serviço público, poderá ser

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 305.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 506.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art.175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 07 mai. 2015.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 20-21.

de Direito Público ou de Direito Privado⁵⁷. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, só será serviço público se houver a regência do Direito Administrativo⁵⁸.

Vê-se que no campo do Direito Público insere-se o Direito Administrativo, que possui normas e princípios de identidade ainda mais particulares, por vincularem-se a um regime jurídico peculiar: o regime jurídico administrativo. Este regime possui limitações e prerrogativas que se delinham em dois princípios: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos⁵⁹. Advêm esses princípios da doutrina dos poderes-deveres da Administração Pública, de forma que o interesse público é tido como a face pública do interesse da coletividade e esse interesse, ao seu turno, deve ser guarnecido pela Administração Pública ao realizar a função administrativa⁶⁰.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos são princípios de interesse geral singularmente considerados⁶¹.

⁵⁷ “o artigo 175 da Constituição não veda e também não obriga expressamente (do mesmo modo que o faz no 173, § 1º, II) a que o Estado brasileiro somente se valha de formas de direito público para que o serviço público seja prestado. Seria possível então argumentar que, no âmbito do serviço público, o Estado pode (nos casos de descentralização por outorga) valer-se tanto de autarquias quanto de empresas públicas, sociedades de economia mista (e mesmo fundações) para prestar serviços públicos”. In: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. *Fundamentos Dogmático-Jurídicos dos Serviços Públicos na Constituição de 1988*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p. 2201.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 576. Ainda, sobre a regência do Direito Administrativo o autor leciona: “Pretende-se que é instrumento útil para evolução metodológica do ramo do Direito Administrativo considerar o regime administrativo enquanto categoria jurídica básica, isto é, tomado em si mesmo, ao invés de considerá-lo apenas implicitamente [...] O que importa sobretudo é conhecer o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentalizam sua compreensão sob uma perspectiva unitária. [...] A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema. A este sistema, reportado ao Direito administrativo, designamos regime jurídico-administrativo”. In: *Ibidem*, p. 45-50.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 27.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 35.

⁶¹ “O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas -, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras. Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse do todo ou interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatadamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros

Portanto, é possível concluir que o interesse público prevalece sobre o privado porque o interesse público representa os interesses da coletividade.

Em linhas gerais o princípio da supremacia do interesse público fundamenta-se na existência de atuações administrativas para o administrado que sejam impostas com imperatividade unilateralmente pela Administração Pública, condicionado ou restringido o exercício de direitos e atividades dos particulares. Trata, pois, da prevalência do interesse coletivo sobre o individual na hipótese de embate entre os dois interesses⁶².

Conforme explicam Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo:

O fundamento para a existência desse princípio é o seguinte: o Estado, atualmente, tem obrigação de atingir uma série de finalidades, que a Constituição e as leis lhe indicam. Para atingir esses objetivos, muitas vezes é necessário que o Estado disponha de poderes não cogitados para os particulares em geral, não existentes no direito privado, o qual é caracterizado pela horizontalidade nas relações jurídicas, pela igualdade jurídica entre as partes. As prerrogativas que o ordenamento jurídico confere ao Estado, então, que são típicas do direito público, justificam-se tão-somente na estrita medida em que são necessárias para que o Estado logre atingir os fins que lhe são impostos por esse mesmo ordenamento jurídico. Frise-se que não é a Administração Pública que determina a finalidade de sua própria atuação, mas sim a Constituição e as leis. A Administração atua estritamente subordinada unicamente como meios, como instrumentos para atingir os objetivos que juridicamente é obrigada a perseguir⁶³.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca duas consequências subordinadas: a posição privilegiada de tutela pelo interesse público nas relações do Estado com os particulares; e a supremacia em relação aos administrados⁶⁴. Refere-se a primeira aos instrumentos que possui a Administração Pública a fim de assegurar um bom desempenho de proteção do interesse público em relação ao interesse particular, a exemplo da fé-pública; inversão de ônus da prova; prazos especiais para prescrição em que o Poder Público é parte, etc⁶⁵. Já a segunda refere-se à Autoridade que possui Administração Pública diante os particulares, com relação aos atos de gestão dos interesses estatais em conflito com os interesses

de um corpo social – comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão -, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos”. In: *Ibidem*, p. 52-53.

⁶² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 19.

⁶³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 Edição. São Paulo: Método, 2009, p. 10.

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60-64.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 61.

particulares, tais como: modificar contratos já estabelecidos de forma unilateral; constituir de forma unilateral obrigações perante os particulares, etc⁶⁶.

Eis que a supremacia do interesse público sobre o privado busca tão-somente proteger os interesses da coletividade. A principal noção desse princípio é: em havendo conflito entre o interesse particular e o interesse público, este deve prevalecer, desde que respeitados os direitos e garantias fundamentais e a atuação administrativa nos ditames da lei positiva e de acordo com o devido processo legal⁶⁷.

O segundo princípio, o da indisponibilidade do interesse público, contrapõe-se ao primeiro, já que a Administração Pública, ao mesmo tempo em que detém poderes exorbitantes ao direito comum, sofre, em sua atuação, restrições que não existem para os particulares. Decorrem essas limitações do fato de que não é a Administração Pública a detentora da coisa pública, mas o povo. Portanto, em decorrência desse princípio, a Administração só poderá atuar quando houver prévia autorização legal, não existindo a ideia de "vontade autônoma", mas sim de "vontade" da lei autorizativa, que represente a vontade do povo por meio dos seus representantes das casas legislativas⁶⁸.

A partir do exposto, vê-se que a doutrina é assente ao destacar, de um lado, a existência de prerrogativas especiais da Administração assim como e, de outro lado, as limitações e restrições na atuação da Administração Pública que não se verificam entre os particulares⁶⁹.

2.5 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ao realizar um contrato administrativo, o ente estatal impõe aos concessionários deveres e obrigações que devem ser rigorosamente cumpridos. Lado outro, o contratado receberá a remuneração ao cumprir as obrigações assumidas, formando-se encargos e benefícios que devem ser mantidos durante a vigência do contrato administrativo.

De acordo com Hely Lopes Meirelles,

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61.

⁶⁷ ALEXANDRINHO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 Edição. São Paulo: Método, 2009, p. 10.

⁶⁸ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

⁶⁹ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

[...] o *equilíbrio financeiro*, ou *equilíbrio econômico*, ou *equação econômica*, ou, ainda, *equação financeira*, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste⁷⁰.

Fernando Vernalha Guimarães traz uma definição do que seria a equação econômico-financeira do contrato administrativo:

[...] a equação econômico-financeira do contrato administrativo traduz-se na exata proporção que se estabelece entre os encargos assumidos e a remuneração devida. Fixada a proporção no momento da apresentação das propostas no âmbito licitatório, a equação é inflexível, sob pena de se produzir um lucro indevido ao co-contratante ou causar-lhe prejuízo ilegítimo⁷¹.

A Carta Política, em seu artigo 37, inciso XXI traz a garantia do equilíbrio econômico-financeiro de forma expressa:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações⁷².

Tanto a Administração Pública quanto o concessionário são beneficiados pelo equilíbrio econômico-financeiro. Uma das vantagens para o ente estatal é a possibilidade de contratar licitantes com propostas condizentes ao custeio do serviço, de forma a não precisar agregar ao preço da proposta eventuais riscos por acontecimentos imprevisíveis. Isso decorre do fato de que, se houver alguma situação imprevisível no momento da formulação do contrato, o equilíbrio econômico-financeiro é, de logo, restabelecido.

A manutenção da adequação do serviço possibilita à Administração Pública cobrar do concessionário a sua prestação adequada e contínua, enquanto o concessionário obtém a garantia do lucro. Este equilíbrio permite o cumprimento das obrigações pactuadas.

Cabe dizer que não se confunde essa manutenção com da margem de lucros do contratante, visto que os lucros obtidos pelo concessionário dependem não apenas da remuneração e dos encargos, mas também da forma de gestão dos

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39^o. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 216.

⁷¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração Unilateral do Contrato Administrativo: Interpretação de Dispositivos da Lei 8.666/1993**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 260.

⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

recursos financeiros⁷³.

De acordo com Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, a garantia econômica do particular nas concessões públicas de serviço público não gera uma proteção integral contra o fracasso em suas atividades, porque o delegatário exerce uma atividade por sua própria conta, sendo sintomático que se submeta a determinado risco, como, aliás, ocorre em qualquer negócio⁷⁴.

Vê-se que o contratante deve suportar o risco do negócio, podendo pleitear a recomposição econômico-financeira caso ocorra eventos supervenientes⁷⁵.

De todas as situações garantidoras do direito do contratante buscar a devida recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a de maior relevância é a possibilidade de a Administração Pública efetuar alterações unilaterais no contrato, decorrentes do dever-poder a que é detentora e possibilita resultados melhores na prestação dos serviços públicos em prol das necessidades coletivas. Em havendo aumento nos encargos do concessionário decorrente das alterações contratuais impostas pelo Estado, terá ele direito a recompor o equilíbrio econômico-financeiro, contribuindo para a obtenção de lucro.

Portanto, pode-se afirmar, em suma, que o equilíbrio econômico-financeiro torna-se essencial na medida em que atende aos interesses da Administração Pública por possibilitar alterações contratuais necessárias para melhorar a prestação dos serviços públicos assegurando, assim, a prestação de forma adequada.

2.6 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A doutrina diverge acerca da classificação dos serviços públicos, de forma que não existe um consenso no que concerne à adoção de uma classificação uniforme. Hely Lopes Meirelles em sua obra classifica os serviços públicos em: (a) públicos e de utilidade pública; (b) próprios e impróprios do Estado; (c)

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 389.

⁷⁴ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 141.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 625.

administrativos e industriais; (d) *uti universi* e *uti singuli*⁷⁶. Hely Lopes Meirelles classifica os serviços próprios de *uti universi* e os serviços impróprios de *uti singuli*.

Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo trazem exemplos e conceitos dos serviços *uti universi* e *uti singuli*:

a) **serviços gerais ou *uti universi***

Os serviços ditos gerais são prestados a toda coletividade, indistintamente, ou seja, seus usuários são indeterminados e indetermináveis. [...] são ditos indivisíveis, ou seja, não é possível determinar-se quem os utiliza ou quanto é utilizado por cada um.

Exemplos de serviços gerais são o serviço de iluminação pública, de limpeza urbana, de conservação de logradouros públicos, de policiamento urbano, garantia da segurança nacional etc.

b) **serviços individuais ou *uti singuli***

Os serviços individuais ou singulares são prestados a um número determinado ou determinável de indivíduos. A Administração sabe a quem presta o serviço e é capaz de mensurar a utilização separada por parte de cada um dos usuários. [...] Tais serviços, sob a ótica da utilização pelo usuário, são ditos divisíveis, ou seja, são passíveis de utilização, separadamente, por cada um dos usuários e essa utilização é mensurável. Podem ser remunerados mediante a cobrança de taxas (regime legal) ou de preços públicos (regime contratual). São exemplos os serviços de coleta domiciliar de lixo, de fornecimento domiciliar de água, gás, energia elétrica, o serviço postal, telefônico etc⁷⁷. (Grifos do autor).

De acordo com Hely Lopes Meirelles, nessa classificação devem ser considerados os critérios da adequação, essencialidade e os destinatários dos serviços.

Contudo, classificação doutrinária mais assente é aquela calcada no aspecto da essencialidade, que divide o serviço público em próprios e impróprios. Serviços públicos próprios são aqueles em que o Estado executa diretamente por agentes ou entidades ou indiretamente por meio de concessão. Já os serviços públicos impróprios são aqueles que representem serviços voltados às necessidades coletivas e não executadas pelo Estado, mas que dependem de regulamentação e autorização do Estado, para o particular que os desempenhe, conforme ensina José Cretella Júnior:

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

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 352-353.

⁷⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 Edição. São Paulo: Método, 2009, p. 567-568.

[...]

Para determinar quando um serviço público deve considerar-se próprio, isto é, realizado pelo Estado, é necessário considerar o interesse jurídico relativo ao Estado, em seu conceito de necessária organização jurídico-política, e as necessidades dos habitantes, ou seja, a população, que é elemento essencial do Estado⁷⁸.

José Cretella Júnior traz ainda o conceito de “centralização” em que o interesse público justifica a atuação do Estado na prestação dos serviços públicos. Assim, centralização é a “convergência de serviços públicos no centro, nas mãos das pessoas jurídicas públicas políticas de existência necessária (União, Estados, Municípios), nos órgãos centrais”⁷⁹. Já o serviço descentralizado, de acordo com Edmir Netto de Araújo, é aquele em que o Poder Público transfere a execução ou a titularidade do serviço através de delegação ou outorga a terceiros, podendo ser outra pessoa ou entidade distinta da administração, de acordo com a nomenclatura adotada pelo Decreto-lei nº 200/67⁸⁰.

No que concerne à execução, poderá o serviço público ser dividido em de execução direta e de execução indireta. Ocorre a execução direta quando a pessoa responsável utiliza recursos e meios próprios para a prestação do serviço. Os serviços de execução direta são aqueles em que o agente presta o serviço pessoalmente por seus prepostos ou por meio de órgãos⁸¹. Ocorre o serviço público de execução indireta quando o responsável transfere esta função a terceiros. Ressalte-se que depende a execução indireta de natureza jurídica do negócio, pois há casos em que a própria delegação ou outorga proíbe a execução por terceiros. Assim, não é admissível, por exemplo, que o executor seja substituído numa atividade de segurança pública.

Finalmente, cabe dizer que a Constituição Federal de 1988 expressamente estabelece que a titularidade para a prestação de serviços públicos poderá ser feita diretamente ou por meio de execução indireta, neste último caso por meio de concessão ou permissão (delegação), de forma que será obrigatória

⁷⁸ CRETELLA, José. **Curso de direito administrativo**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 403-404.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 94.

⁸⁰ “Em suas palavras: [...] desloca-se a atividade, ou tão somente o seu exercício, da Administração Pública central para outra pessoa jurídica, privada ou pública ou governamental: na nomenclatura do Decreto-lei n. 200/67, a primeira, sem sentido estrito, é a Administração Direta; a segunda refere-se à prestação de serviços de forma indireta, sob regime de concessão ou permissão”. ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração Indireta brasileira**. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 25.

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 325.

licitação prévia em ambas as formas de delegação⁸². A Constituição Federal escolheu, portanto, a forma direta e indireta, como se vê no caput do artigo 175: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"⁸³.

2.7 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O artigo 175 da Carta Federal de 1988 determina que a prestação do serviço público será sempre feita diretamente pelo ente estatal ou sob regime de concessão ou permissão⁸⁴. Contudo, é de se notar que a Carta Política não apresenta um conceito do que seria o regime de concessão de serviços públicos, atribuição esta que foi reservada ao legislador ordinário.

Somente no ano de 1995 essa ausência foi suprimida pela Lei nº 8.987 de 1995. A partir de então, de acordo com o artigo 2º, II, da Lei nº 8.987/95, *concessão de serviço público* é a "delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado"⁸⁵. Ainda, de acordo com o artigo 2º inciso I da Lei de Concessões, podem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios outorgar a prestação de serviços públicos mediante concessão ou permissão, precedidos ou não de obras públicas, desde que o respectivo Ente possua a correspondente titularidade sobre o serviço.

De acordo com o conceito de José Cretella Júnior

Em sentido técnico, preciso, concessão é a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa coletiva de Direito Público, de poderes que lhe competem para outra pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, a fim de que esta execute serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral.

Com efeito, além dos casos em que, por meio dos próprios órgãos, o Estado

⁸² ALEXANDRINHO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 Edição. São Paulo: Método, 2009, p. 563.

⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

⁸⁴ 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. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

⁸⁵ BRASIL. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art.175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 08 mai. 2015.

e as outras pessoas jurídicas públicas exercitam inúmeras vezes as suas funções e os serviços públicos que lhe são inerentes, existem outros casos em que o mesmo se verifica através dos particulares, pessoas físicas ou jurídicas, por meio de concessões.

O concessionário de funções ou serviços públicos, em virtude do ato de concessão, não passa a fazer parte da organização administrativa do Estado, nem se torna órgão do Estado. Nem se coloca diante do Estado numa relação de serviço como o empreiteiro no contrato de locação de obra, assumindo, porém, o exercício da função ou serviço como simples particular, em seu nome e por conta própria⁸⁶.

Do conceito acima é oportuno destacar que, apesar do agente concessionário executar um contrato cuja titularidade é do ente público, a empresa contratada executa a obra por sua conta e risco, buscando auferir o lucro. Já o Estado se desonera de diretamente prestar o serviço, não podendo impedir que o contratante obtenha retorno financeiro, sob pena de que falem interessados em contratar com o Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello define a concessão de serviço público, da seguinte forma:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço⁸⁷.

A definição legal trazida pela Lei nº 8.987 de 1995 oportunamente distinguiu concessão de permissão de serviços públicos. No primeiro caso, a Administração Pública delega a prestação de serviços às entidades públicas ou privadas, sendo que essas últimas executam o contrato por sua conta e risco, de forma que a remuneração usualmente é adimplida pela população que se utiliza do empreendimento. A precariedade é a principal característica que diferencia a permissão, pois, em linhas gerais, admite qualquer tipo de licitação e não exige autorização legislativa. Poderá ser formalizada por meio de contrato de adesão por pessoas jurídicas e por pessoas físicas, enquanto a concessão só ocorre para ou consórcio de empresas ou pessoas jurídicas. Ademais, o contrato poderá ser por prazo indeterminado, enquanto a concessão será por prazo determinado.

Também, a partir do conceito legal, torna-se possível inferir que a

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 127.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 717.

titularidade do serviço público sempre permanece com o Estado, de forma que só se transfere, por meio de delegação, a prestação do serviço para o contratante. Desse modo, caberá ao Estado fiscalizar a prestação contratual, assegurando a devida adequação e eficácia prestativa. Ao final os bens da concessão reverterem ao Poder Concedente.

A teoria do contrato de serviço público por delegação é criticada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Para ele o contrato de concessão é

[...] uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as *condições* em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário. Sem embargo do que se vem de dizer, **no Direito brasileiro a concessão de serviço público tanto como a de obra pública são pura e simplesmente nominadas de contratos administrativos.** (Grifos nossos)⁸⁸.

Maria Sylvia Di Pietro conceitua contrato de concessão de obra pública como

[...] o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona⁸⁹.

O contrato de obra pública difere do contrato de concessão de obra pública, conforme lembram Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo:

O traço distintivo essencial está no sujeito que remunera o contratado. Nos contratos de obra pública, o contratado é diretamente remunerado pela Administração, ao passo que nos contratos de concessão de obra pública é do usuário ou do beneficiário da obra que o executor deve obter sua remuneração. A vantagem do contrato de concessão de obra pública para a Administração é óbvia: ela consegue obter a execução da obra mesmo sem dispor de recursos, uma vez que não será ela quem terá de remunerar o contratado⁹⁰.

É de se notar que a Lei de Concessões públicas ao definir os titulares da outorga restringe a atuação do legislador ordinário às competências previstas pela Carta Federal. Portanto, somente é possível outorgar aos particulares aquilo que a Constituição prescreve.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 727.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 340.

⁹⁰ ALEXANDRINHO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 Edição. São Paulo: Método, 2009, p. 487-488.

A concessionária é a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que presta o serviço por prazo determinado, por sua conta e risco e, em regra, é remunerada diretamente pelo usuário do serviço através do pagamento de tarifa.

A regulamentação dos serviços públicos realizados através de concessionárias está previsto no parágrafo único do artigo 175 da Constituição de 1988⁹¹. Também, o parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.987/95 assevera que os entes federativos devem promover a revisão e as adaptações de sua legislação aos preceitos da referida lei no sentido de atender as peculiaridades dos seus serviços.

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello a Constituição Federal define a prestação do serviço público conforme a competência, de acordo com as seguintes categorias:

a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas que não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros⁹².

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que os serviços de prestação exclusiva e obrigatória do Estado não podem ser objeto de outorga, sendo estes dois serviços apenas: correio aéreo nacional e serviço postal. A exclusividade decorre do fato das mencionadas atividades não estarem inseridas no rol do artigo 21 inciso XII Constituição da Federal⁹³.

Os serviços a que tem o Estado obrigação de conceder e de prestar mediante permissão, concessão, e Autorização tratam da observância ao princípio da complementariedade grafado no artigo 223 da Constituição da Federal⁹⁴ e são os serviços de radiodifusão de sons e imagens⁹⁵. “Se esta complementariedade deve ser observada, o Estado não pode se ausentar de atuação direta em tal campo, nem

⁹¹ Art. 175. [...] 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. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 704.

⁹³ *Ibidem*, p. 705.

⁹⁴ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e Autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 705.

pode deixar de concedê-los”⁹⁶.

Os serviços que o Estado tem obrigação de prestar sem exclusividade de terceiros mediante Autorização, permissão e concessão são: “1) de educação, 2) de saúde, 3) de previdência social, 4) de assistência social e 5) de radiodifusão sonora e de sons e imagens”⁹⁷. Ainda que seja o Estado obrigado a prestar essas atividades, poderá o particular exercer sua prestação sem exclusividade.

Celso Antônio Bandeira de Mello traz ainda os serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante permissão e concessão. São os serviços de telecomunicações, previstos no artigo 21, inciso XI da Constituição Federal⁹⁸.

Com base na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se delinear quais os limites da abrangência do ente estatal ao outorgar o serviço público, sendo possível analisar as situações em que será obrigatória a outorga.

O artigo 2º, inciso II da Lei nº 8987/95, traz o conceito de serviço público passível de outorga, tornando possível extrair suas características principais: (a) a existência de um poder concedente; (b) a submissão obrigatória ao processo de licitação na modalidade de concorrência visando a outorga do serviço público, o que mostra a formalização por instrumento contratual submetendo-se aos preceitos legais relativos à espécie⁹⁹. Poderá o outorgado ser consórcio ou pessoa jurídica, desde que demonstrem capacidade plena para seu desempenho. Correrá a atividade por conta e risco do outorgado e o prazo para o seu término será determinado pelo contrato de outorga do serviço público.

Para a caracterização da concessão de serviço público é imprescindível a exploração econômica da atividade, devendo o executor assumir os riscos da atividade, bem como a submissão ao Poder Concedente, dotado, dentre outras prerrogativas, do poder de unilateralmente alterar as cláusulas do contrato de concessão. Lado outro, dispõe o titular da outorga a garantia contratual contra eventuais abusos do poder concedente, sendo um de seus principais atributos a restauração do equilíbrio econômico.

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 705.

⁹⁷ *Ibidem*, *Loc. Cit.* Respectivamente, artigos 205, 208, 211 e 213; artigos 196 e 197 a artigos 201 e 202; artigos 203 e 204; e artigo 223, da Constituição da Federal.

⁹⁸ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

⁹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 375.

2.7.1 Características do contrato de concessão

Estabelecem os artigos 23 a 28 da Lei nº 8.987/95 algumas características obrigatórias dos contratos de concessão que o diferem dos demais contratos administrativos.

O artigo 23, que trata das chamadas cláusulas essenciais, é taxativo ao refletir as características inerentes à concessão, destacando o ajuste prévio feito entre o poder concedente e a concessionária para o eficaz desempenho da prestação do serviço público¹⁰⁰. Ademais, tais cláusulas também servem como garantias para a empresa contratada.

Sobre a relevância das cláusulas essenciais ensina Luiz Alberto Blanchet:

Caso não constem no instrumento estas cláusulas, “qualquer cidadão” poderá provocar a correção da falha diretamente perante a Administração, desde que o faça em até cinco dias antes da data prevista para abertura dos invólucros contendo os documentos para habilitação, prazo este reduzido para os licitantes, os quais poderão fazê-lo até o segundo dia útil antes dessa data. É o que estabelece o artigo 41, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93. A atribuição, pela Lei, da legitimidade a “qualquer cidadão” embasa-se no interesse de natureza pública inerente ao atendimento da necessidade coletiva objeto da concessão ou permissão, razão idêntica à da Lei nº 4.717, de 29.06.65, portanto, ao eleger o cidadão como parte legítima para propor ação popular¹⁰¹.

Toshio Mukai, comentando o artigo 23, inciso I destaca que a cláusula que

¹⁰⁰ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais. Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão. In: BRASIL. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art.175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 08 mai. 2015.

¹⁰¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e Permissão de Serviços Públicos**. Curitiba: Juruá, 1995, p. 109.

trata do objeto deverá indicá-lo e deverá descrever a área sobre a qual incidirá a concessão, assim como prazo de duração do contrato¹⁰².

Conforme o inciso III do artigo 23 deverá haver cláusula contratual que constem os indicadores, critérios, fórmulas e demais parâmetros de definição da qualidade do serviço público. Ainda que estes elementos não constem no edital de licitação, poderão constar na minuta contratual, anexa ao edital, já que a Lei nº 8.987/95 não admite o critério de julgamento técnico¹⁰³.

O inciso XIII do artigo 23 destaca a obrigatoriedade de transparência e de periodicidade da prestação de contas da empresa contratante, sendo o dever da Administração Pública fiscalizar a execução do contrato, sem a qual haveria uma margem para que a transparência fosse desconsiderada¹⁰⁴.

Destaque-se que o inciso XV do mesmo artigo 23 abre a possibilidade da solução de eventuais conflitos pelo uso da arbitragem (Lei nº 9.307/96) mesmo em contratos de sociedade de economia mista e empresas públicas. Cabe mencionar a Resolução Conjunta 002, de 27 de março de 2001, que aprovou o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia, Telecomunicações e Petróleo¹⁰⁵.

Sobre a aplicabilidade do juízo arbitral em matéria administrativa, assevera Dinorá Adelaide Musetti Grotti que

Apesar dos questionamentos existentes, é indubitável que a complexidade técnica e especificidade dos conflitos entre as partes nas concessões requer uma celeridade incompatível com a obrigatoriedade de recurso ao Poder Judiciário como única alternativa. Importa, ainda, ter-se presente que, se em certos casos o princípio da indisponibilidade do interesse público afasta o compromisso arbitral, há um campo de interesses patrimoniais disponíveis, dentro do qual arbitragem é recomendável como alternativa ao litígio judicial, por expressa admissão legal. Nesse sentido já caminha parte da doutrina brasileira ao reconhecer a aplicabilidade do juízo arbitral em matéria administrativa¹⁰⁶.

Dentre as características do contrato de concessão, cabe ainda mencionar a necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, posto que a relação estabelecida na celebração do contrato de concessão deve ser mantida de forma

¹⁰² MUKAI, Toshio. **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 46-50.

¹⁰³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e Permissão de Serviços Públicos**. Curitiba: Juruá, 1995, p. 112.

¹⁰⁴ MUKAI, Toshio. *Op. Cit.* p. 48-49.

¹⁰⁵ BRASIL. Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001.

¹⁰⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 366.

equânime entre as partes, sem oneração para qualquer uma delas¹⁰⁷. Isso advém do fato de que a empresa contratada opera de acordo com as regras de mercado, buscando a obtenção de vantagem financeira sobre o negócio.

Segundo Hely Lopes é tão abrangente o poder regulamentar da Administração Pública que chega a englobar a organização da empresa, os seus lucros e a sua situação econômica e financeira, atingindo o valor das tarifas em limites equitativos e razoáveis e a técnica da execução dos serviços¹⁰⁸.

Portanto, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é um direito da concessionária, pois atende ao princípio da razoabilidade e o nosso ordenamento jurídico proíbe o enriquecimento sem causa, de forma que os contratos de concessão contém, em regra, uma cláusula tratando da necessidade de reajuste das tarifas quando há o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

José Cretella Júnior leciona acerca da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro:

Na tarifa há elementos essenciais, que devem estar presentes, caracterizando-a, e que, ausentes, lhe desnaturam a essência. Por sua importância, estão incluídas, entre estas, a igualdade, a certeza e equidade. [...] Sem um mínimo de garantia na retribuição, ninguém iria tomar sobre os ombros a onerosa responsabilidade jurídico-econômica da exploração de um serviço público. [...]

A fixação das tarifas desempenha, pois, um ponto do maior relevo nas concessões de serviços públicos. Dela depende a estabilidade do concessionário, bem como a própria posição do Estado diante dos usuários. Tratou-se em consequência de eleger critérios para bem fixar as tarifas de maneira que os preços estabelecidos atendessem ao público e ao concessionário, não prejudicando o primeiro e não sacrificando o segundo. Os princípios fundamentais que regem a matéria podem ser assim enunciados:

- 1º) do custeio do serviço;
- 2º) da justa retribuição do capital, de acordo com a situação do mercado;
- 3º) da economia popular¹⁰⁹.

Portanto, é assente o fato de que caso ocorram interferências imprevistas

¹⁰⁷ Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] a idéia de equilíbrio econômico-financeiro nasceu no Conselho de Estado Francês, órgão de cúpula da jurisdição administrativa na França; e desenvolveu-se precisamente com relação aos contratos de concessão de serviço público”. Eram aplicados à concessão certos conceitos do direito privado, cabendo ao concessionário executar o serviço por sua conta e risco e em seu próprio nome. Num processo evolutivo gradual, passou-se a entender que o contrato, cujo objeto fosse a execução de um serviço público, almeja o interesse da coletividade, motivo pelo qual deveria ser flexível o bastante para que fosse assegurada a continuidade na prestação do serviço”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 69.

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39º. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 395.

¹⁰⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. vol VIII, p. 4135-4136.

que não possam ser imputados à concessionária, tais como fechamento de praças de pedágio por conta de decisões judiciais, injusto confisco de bens da empresa, tempestades, etc., haverá inequívoca necessidade de se revisar as cláusulas financeiras do contrato com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro.

2.8 O SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme afirma Marçal Justen Filho, em geral, as Constituições dos demais países não discorrem sobre os serviços públicos em espécie, sendo estes determinados por lei¹¹⁰. No Brasil, entretanto, há inúmeras referências constitucionais ao serviço público.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos, apontando para a existência de serviços que são obrigatoriamente públicos ou que podem ser públicos, mas não os arrola exaustivamente, cabendo ao Estado, por meio do Poder Legislativo e em observância às indicações constitucionais, qualificar quais atividades se enquadram como tal.

Assim, o que prevalece, em verdade, é a vontade soberana do Estado qualificando determinada atividade como serviço público, visto que esta conceituação representa uma escolha política de uma nação de acordo com sua realidade histórica e cultural¹¹¹.

A Constituição Federal de 1988 não é absenteísta, ou seja, não é neutra diante das necessidades de desenvolvimento econômico e social da coletividade, o que, necessariamente, pressupõe, diretamente ou através da iniciativa privada, um Estado garantidor de determinadas prestações necessárias à realização desses desideratos, radicados, sobretudo, na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades sociais e regionais¹¹².

Para Alexandre Santos de Aragão o conceito de serviço público no Direito Positivo Brasileiro não pode prescindir de uma análise específica de cada uma das

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 733.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39^o. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.377-379.

¹¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 137.

previsões constitucionais de prestação de serviços pelo Estado¹¹³.

Importante notar, nesse sentido, que, em que pese a Constituição Federal traga uma minuciosa disciplina das atividades estatais, a expressão “serviço público” não é utilizada de forma precisa em seu texto. Somente à título exemplificativo, insta salientar que nos artigos 145, II, e 175, a referida expressão é mencionada em sentido apenas econômico; no artigo 37 é utilizada como sinônimo de Administração Pública e no artigo 198 é empregada para tratar do serviço público de saúde prestado pelo Estado. Outras vezes, ainda, encontra-se apenas a palavra “serviços” ou “serviços de relevância pública”, denotando-se claramente que a Constituição Federal não oferece de fato um conceito técnico de serviço público¹¹⁴.

Conforme bem salientado por Noel Antônio Baratieri, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 21, expressamente indicou alguns serviços como da alçada do Poder Público Federal, como, por exemplo: serviço postal, correio aéreo nacional, serviços de telecomunicações, serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, serviços e instalações de energia elétrica, infraestrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres¹¹⁵.

Note-se, entretanto, que o supracitado artigo, apesar de prever uma série de atividades da competência da União, ressalvada a previsão existente no inciso XIV, que faz alusão genérica à expressão “serviços públicos”, não se refere a elas como “serviço público”, mas apenas como “serviço”¹¹⁶.

Parte substancial da doutrina reconhece as atividades previstas no artigo 21 da Constituição Federal como serviços públicos por inerência, afirmando que, quanto à tais serviços não haveria margem de inovação ou modificação por parte do legislador infraconstitucional. Esse entendimento, contudo, é rejeitado por alguns doutrinadores a exemplo de Marçal Justen Filho, que afirma que as referidas atividades poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos de acordo com as

¹¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 128.

¹¹⁴ BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço Público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 74.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 85.

¹¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 137.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 129.

circunstâncias¹¹⁷.

Para Marçal Justen Filho, se for possível a satisfação dos direitos fundamentais por meio da atuação empresarial privada, sob regime de direito privado, poderá haver a despublicização da atividade, oportunidade em que surgirá uma atividade econômica em sentido restrito¹¹⁸.

Preceitua Alexandre Santos de Aragão que a Constituição Brasileira de 1988 poderia, em tese, de acordo com a sua maior ou menor abrangência, contemplar as seguintes concepções doutrinárias: concepção amplíssima, concepção ampla, concepção restrita e concepção restritíssima de serviço público¹¹⁹.

A concepção amplíssima de serviço público advém da escola clássica do serviço público de Léon Duguit e conceitua o serviço público como sendo equivalente a todas as atividades exercidas pelo Estado, ou, pelo menos, a um sinônimo da própria Administração Pública. Já a concepção ampla corresponde os serviços públicos às atividades prestacionais em geral do Estado, abrangendo os chamados serviços públicos econômicos (remunerados por taxa ou tarifa), os serviços sociais (que podem ser prestados livremente – sem delegação pela iniciativa privada) e os serviços *uti universiti* (inespecíficos e indivisíveis, sem beneficiários identificáveis com exatidão), deixando de fora do conceito apenas a polícia administrativa e o fomento¹²⁰.

A concepção restrita, por sua vez, abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários serem identificados e a sua fruição quantificada, compreendendo, portanto, os serviços públicos econômicos e sociais e ficando excluindo apenas os serviços *uti universiti*. A concepção restritíssima, por fim, contemplaria apenas os serviços específicos e divisíveis, em que é possível a identificação de quem usufruiu o serviço e em que proporção, ficando excluídos, assim, os serviços *uti universiti* e os serviços sociais¹²¹.

Resta claro, contudo, que não se pode compreender que todos os possíveis serviços públicos tenham sido referidos exhaustivamente no texto constitucional, uma vez que, excluído dois campos – aquilo que é obrigatoriamente

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 734.

¹¹⁸ *Ibidem*, Loc. Cit.

¹¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138.

¹²⁰ *Ibidem*, 138-139.

¹²¹ *Ibidem*, p. 143.

serviço público e aquilo que definitivamente não pode ser serviço público –, existe a possibilidade de o legislador infraconstitucional determinar outras atividades como tais, desde que observados os princípios constitucionais¹²².

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 738.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 CONCEITO DE PRINCÍPIOS

Antes de falar dos princípios norteadores dos serviços públicos, é oportuno discorrer sobre o conceito, a função e a natureza dos princípios jurídicos. Segundo lição de Noel Antônio Baratieri, “os princípios são normas jurídicas impositivas de exigências, compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionamentos fáticos e jurídicos existentes à época” e admitem a coexistência, permitindo a ponderação de valores e interesses¹²³.

Em havendo em um conflito entre princípios, estes últimos podem ser ponderados e harmonizados, ao contrário do que acontece quando há um conflito entre regras, oportunidade em que uma destas necessariamente será declarada inválida para que a outra possa ser aplicada.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípios jurídicos são

[...] o **mandamento nuclear de um sistema**, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra¹²⁴. (Grifamos).

No entender de Roque Antonio Carrazza, Princípio jurídico é um enunciado lógico que ocupa os vastos quadrantes do direito vinculando inexoravelmente a aplicação e o entendimento das normas jurídicas¹²⁵. Assim, os princípios são as ideias fundantes e centrais de um sistema, estabelecendo diretrizes e sentido lógico que possibilite alcançar o sentido das regras do ordenamento jurídico, balizando a produção e a interpretação das normas.

¹²³ BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço Público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 23.

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.974.

¹²⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17ª Edição, Malheiros Editores, 2002, p. 33.

Os princípios jurídicos têm a **função** de influenciar o conteúdo da regulação de sucessivas decisões e de implicar na exclusão dos valores e normas contrárias¹²⁶. Em sua estrutura, os princípios jurídicos não são dotados de pressupostos fáticos previamente estabelecidos, posto que carecem de formulações concretas¹²⁷. Porque carentes de pressupostos de fato e sanções, não são proposições jurídicas, mas a sua violação gera a invalidade do negócio jurídico, justamente porque os princípios impõem o dever de respeito ao valor nele contido¹²⁸.

3.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 37 os princípios da moralidade, legalidade, publicidade, impessoalidade e eficiência. Tais princípios, que têm pressuposto de validade de toda atividade administrativa, formam o mandamento das ações da Administração Pública direta, indireta e fundacional, tanto é que os atos administrativos podem ser desfeitos quando contrários a eles, pois além de confrontar a norma positivada, ofendem a moralidade da Administração Pública e da coletividade¹²⁹.

O *princípio da moralidade*, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é pressuposto lógico dos outros, sendo, pois, um *superprincípio* informador dos demais, possuindo relevo singular, porque condicionador de toda ação dos agentes públicos e da administração, guiando da mesma forma as atividades jurisdicionais e legislativas na busca da ética ancorada na boa-fé, lealdade e honestidade, sendo o precedente lógico de toda conduta administrativa¹³⁰.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração Pública e seus agentes têm de agir de acordo com a ética, sob pena de serem os atos invalidados por vício de ilicitude, devendo proceder em relação aos administrados com lisura, vetando eventuais comportamentos maliciosos¹³¹. Não por outro motivo, decorre o

¹²⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 27.

¹²⁷ *Ibidem*, Loc. Cit.

¹²⁸ *Ibidem*, Loc. Cit.

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39^o. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo/SP: Atlas, 1991 p. 195-196.

¹³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60

princípio da moralidade administrativa dos padrões éticos do decoro, da probidade e da boa-fé, conforme artigo 2º, inciso IV da lei nº 9.784.

O *princípio da legalidade* é o postulado embasador de todo Estado de Direito, posto que se o Estado é dito "de Direito", significa que sua atuação está necessariamente sujeita ao império da lei. Em nosso Ordenamento, a Carta de 1988 traz a formulação mais genérica deste princípio em seu artigo 5º, inciso II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Ao particular vige a autonomia da vontade, ao passo que a Administração Pública não tem vontade autônoma; a sua ação é considerada proba quando adstrita ao princípio da indisponibilidade do interesse público, de forma que não é ela quem determina o que é de interesse público, mas somente a lei. Assim, não basta a ausência de proibição em lei para que a Administração Pública possa agir; imperioso se faz a existência de uma lei que autorize ou imponha determinada atuação da Administração Pública. Noutras palavras, a probidade administrativa se verifica no princípio da legalidade quando a Administração Pública atua tão-somente quando exista lei que o determine ou autorize, obedecendo estritamente os limites constantes em lei, não podendo agir nem além nem aquém do mandamento normativo.

No que concerne ao *princípio da impessoalidade*, Hely Lopes Meirelles assevera ser este corolário ao princípio da finalidade o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal, de modo a proibi-lo de buscar a satisfação de outro objetivo (ainda que público) ou de interesses próprios ou de terceiros. E, referindo-se à norma do artigo 37, § 1, da Constituição Federal como exemplo do princípio, insere remissão à decisão judicial que entendeu que sua violação importa ofensa à moralidade administrativa¹³².

Celso Antônio Bandeira de Mello fornece ao princípio da impessoalidade a noção de interdição de

[...] tratamentos ofensivos à igualdade (discriminações, favoritismos, perseguições, simpatias, animosidades de qualquer ordem) e o separa do princípio da finalidade, dando-lhe caráter autônomo, para explicar o dever da Administração Pública de alvejar sempre a finalidade normativa, atingindo a finalidade específica, que é elemento da lei¹³³.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39º. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 86.

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 52.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta a existência de dois sentidos ao princípio da impessoalidade. O primeiro tende à ligação da isonomia à finalidade (a Administração Pública não pode agir com vistas a beneficiar ou prejudicar determinadas pessoas, tendo em vista que é sempre o interesse comum que tem que nortear a sua conduta). O segundo explica-se pela imputabilidade: as realizações, atividades e atos em geral praticados pelo agente público são imputáveis ao órgão ou entidade da Administração Pública que ele representa, mencionando como exemplo o artigo 37, § 1º, da Constituição Federal¹³⁴.

Assim, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a primeira acepção - a mais tradicional do princípio da impessoalidade -, traduz a ideia de que toda atuação da Administração Pública deve visar ao interesse público, tendo por finalidade a satisfação dos administrados. A impessoalidade da atuação estatal impede que os atos administrativos sejam realizados visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da norma. Dessa forma, o princípio da impessoalidade veda favorecimentos ou discriminações em relação aos administrados. O ato será nulo quando praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público por desvio de finalidade, como ocorre na prática - ainda corriqueira em nossos meios políticos - do nepotismo.

A segunda acepção está ligada à ideia de vedação à pessoalização das realizações da Administração Pública, à promoção pessoal do agente público, tendo como escopo maior a proibição de vinculação de atividades da Administração à pessoa dos administradores, evitando que ocorram propagandas oficiais para sua promoção pessoal.

O *princípio da publicidade*, por sua vez, exige publicação em órgãos oficiais como pré-requisito de eficácia dos atos administrativos que devam produzir efeitos externos ou onerem o patrimônio público e a transparência da atuação administrativa. Assim, liga-se a publicidade à eficácia do ato administrativo, de forma que, enquanto não publicado, o ato não estará apto a produzir efeitos. Já no que concerne à transparência da atuação administrativa, está ela ligada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, possibilitando, de forma ampla, o controle da Administração Pública pelos administrados.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo/SP: Atlas, 1991, p. 64.

A negativa de publicidade dos atos oficiais (ou a publicidade serôdia) é sancionada pela Lei Federal nº 8.429/92 como ato de improbidade administrativa pernicioso aos princípios voltados à Administração Pública, conforme o artigo 11, IV.

A Emenda constitucional nº 19 à Constituição Federal de 1988 inseriu a **eficiência** dentre os princípios da Administração Pública. A elevação desse dever funcional à condição de princípio constitucional tem fundamento na revisão da concepção de Estado e de Administração Pública, sendo, pois, aplicável às atividades administrativas dos Poderes de todas as esferas da Federação.

O princípio da eficiência tem o primordial objetivo de assegurar que os serviços públicos sejam prestados de forma adequada às necessidades da sociedade, com economicidade (Constituição, artigo 70 *caput*), de forma a se atingir a boa prestação de serviços de forma simples, célere e econômica, melhorando o **custo/benefício** da atividade administrativa.

Para Alexandre de Moraes o princípio da eficiência

[...] impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social¹³⁵.

O princípio da eficiência justifica-se, portanto, a partir do mandamento de que a Administração Pública presta suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, buscando, através de seus agentes, o interesse comum e a plena satisfação da coletividade¹³⁶.

3.3 PRINCÍPIOS INERENTES AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos possuem princípios próprios que servem como balizadores da atividade estatal e dos seus delegados e garantem, ao mesmo tempo, os direitos dos seus usuários. De acordo com Dinorá Adelaide Musetti Groti, os princípios dos serviços públicos se relacionam com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como com os objetivos da República

¹³⁵ MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 30.

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39º. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 90.

Federativa do Brasil¹³⁷.

É de se notar que existem princípios que são inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos e, portanto, norteiam a prestação destes últimos. A doutrina francesa aponta três princípios como comuns aos serviços públicos, princípios estes que são denominados também de “Leis do serviço público”: o da mutabilidade do regime jurídico, o da igualdade dos usuários e o da continuidade ou permanência do serviço público, conforme visto a seguir.

3.3.1 Princípio da mutabilidade do regime jurídico

O princípio da mutabilidade do regime jurídico é também denominado de princípio da flexibilidade dos meios aos fins. Segundo lição de Diogenes Gasparini, pelo princípio da mutabilidade do regime jurídico a Administração Pública competente pode modificar o regime de prestação do serviço público, tendo por objetivo conformá-lo ao interesse da coletividade ou dar ao mesmo tecnologia compatível com a atualidade da prestação¹³⁸.

De acordo com este princípio, portanto, não podem os interessados alegar direito adquirido ao regime jurídico de prestação do serviço público. O mandamento nuclear de tal princípio denota a fluidez que é inerente à referida atividade administrativa, posto que esta deve se compatibilizar com as necessidades públicas, as quais são, por essência, passíveis de mutação.

O cerne de tal princípio, em verdade, reside na supremacia do interesse público¹³⁹. Edmir Netto de Araújo compreende a alteração do regime jurídico de prestação ou de execução dos serviços públicos na perspectiva dos poderes-deveres, isto é, dos poderes instrumentalizados à lógica do dever-ser¹⁴⁰.

O mencionado princípio preconiza a adaptabilidade do regime de execução dos serviços públicos ante a consideração do imperativo do interesse público. Deste modo, é factível que os usuários dos serviços públicos, contratados pela Administração Pública e servidores públicos não têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser

¹³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 257.

¹³⁸ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 355.

¹³⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

¹⁴⁰ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

alterado e os contratos também podem ser modificados ou até mesmo rescindidos unilateralmente em virtude da consecução do interesse público¹⁴¹. Este também é o entendimento de Diogenes Gasparini¹⁴² e Dirley da Cunha Júnior¹⁴³.

Neste contexto, é notório que o princípio da mutabilidade do regime jurídico presta deferência à incorporação de avanços e aperfeiçoamentos às condições jurídicas e técnicas pertinentes ao serviço público.

Impende ressaltar, por fim, que, face a constante necessidade de atualização do regime jurídico para fins de adaptação a modelos estabelecidos pelo interesse público, Justen Filho considera a mutabilidade de regime jurídico como dever da Administração Pública, atualizando a referida administração às modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes¹⁴⁴.

3.3.2 Princípio da igualdade dos usuários

O princípio da igualdade (ou uniformidade) dos usuários impõe a obrigatoriedade de um tratamento isonômico dos usuários, adotando os critérios de razoabilidade e de proporcionalidade de tais serviços em face do executor dos mesmos¹⁴⁵. Tal princípio estabelece que devem os usuários ter acesso igualitário aos serviços públicos. Um exemplo é a cobrança de tarifas diferenciadas conforme as condições socioeconômicas do usuário, nos termos do artigo 13 da Lei nº8.987/95¹⁴⁶.

O mencionado princípio, portanto, é corolário lógico da isonomia preconizada constitucionalmente, pois, “se todos são, nas mesmas condições, iguais

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 112-113.

¹⁴² Ibidem, p. 357.

¹⁴³ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 355-356.

¹⁴⁴ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 216.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 742.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131-132.

¹⁴⁶ "Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários." In: BRASIL. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art.175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

perante a lei, daí deflui imediata e logicamente que todos se igualam perante seus executores, que são a Administração, diretamente, ou por delegação¹⁴⁷.

Do exposto, é nítida a compatibilidade de tal princípio com a ordem constitucional estabelecida com a Lei Maior de 1988, a qual põe em posição de destaque a igualdade, sobretudo no *caput* do seu artigo 5º.

Ademais, é imperioso ressaltar que, como consequência do princípio da igualdade dos usuários, o preenchimento dos requisitos estabelecidos nas leis e regulamentos por parte dos usuários configuram direito subjetivo público, autorizando, assim, a exigência de tratamento igualitário do Estado na prestação dos serviços públicos.

Cabe ressaltar, todavia, não somente a deferência prestada à igualdade formal no princípio em apreço, mas também a igualdade material. A igualdade material, decorrente da máxima aristotélica que estabelece o tratamento dos desiguais na medida de sua desigualdade possui, em verdade, expressão na legislação brasileira. Justifica-se: a Lei de concessões de serviços públicos prevê a possibilidade de estabelecimento de tarifas diferenciadas “em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuário”.

Consoante Marçal Justen Filho, tal princípio desdobra-se na universalidade e na neutralidade¹⁴⁸. A universalidade aduz a necessidade de prestação do serviço público em prol de todos os sujeitos que se encontrem em situação de equivalência, de modo indeterminado. No entanto, como exposto acima, é da natureza da igualdade em sua acepção material, a discriminação, desde que fundada em critérios adequados. A neutralidade, por sua vez, veda a prestação do serviço a qualquer circunstância individual incompatível com a máxima da isonomia.

Depreende-se, portanto, que o princípio da igualdade dos usuários do serviço público expressa os valores constitucionais consagrados pela evolução das Cartas Políticas brasileiras, como a razoabilidade¹⁴⁹.

¹⁴⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 741.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 112-113.

3.3.3 Princípio da modicidade das tarifas

A doutrina brasileira, objetivando proteger o direito dos usuários, aponta ainda outros princípios relativos ao serviço público, tais como o princípio da modicidade das tarifas, que impõe que o serviço público seja prestado mediante taxa ou tarifa justa, pagas pelo usuário para remunerar o serviço recebido e permitir o seu melhoramento e expansão, e o princípio da eficiência, que determina que o responsável pelo serviço público se preocupe com o bom resultado prático da prestação oferecida aos usuários¹⁵⁰.

O princípio da modicidade preconiza que “os serviços devem ser remunerados a preços módicos, devendo o Poder Público avaliar o poder aquisitivo do usuário”¹⁵¹. Justifica o autor, assim, que o usuário não seria alijado do universo dos beneficiários do serviço público em virtude de sua condição financeira.

Já para Diogenes Gasparini a modicidade impõe que os serviços públicos sejam prestados em compatibilidade com taxas e tarifas justas, “pagas pelos usuários para remunerar os benefícios recebidos e permitir o seu melhoramento e expansão”¹⁵².

Excepcionalmente, aduz o supracitado autor que o Poder Público pode subsidiar o custo dos serviços públicos ou consentir na utilização de outras fontes de receita, vide artigo 11 da Lei das Concessões e Permissões de Serviço Público¹⁵³. Neste contexto, é papel da lei, conforme assenta o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, instituir para tal remuneração a competente política tarifária.

Ademais, o influxo teórico de Edmir Netto de Araújo aduz que a modicidade tarifária é qualificada como direito do usuário do serviço público, vide artigo 6º, § 1º da Lei nº. 8.987/95¹⁵⁴. Tal lei, cabe ressaltar, encontra-se em compatibilidade material e formal com a Constituição. Justifica-se: a Lei Maior determinou o estabelecimento de política tarifária e a referida lei federal, por sua vez, elegeu como tal política a modicidade.

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 357.

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 344.

¹⁵² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 359.

¹⁵³ *Ibidem*, Loc. Cit.

¹⁵⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137.

Portanto, conclui-se, sob o escólio doutrinário de Marçal Justen Filho, que a modicidade denota “não apenas a menor tarifa possível sob o prisma econômico, mas também o seu dimensionamento, de modo a assegurar o acesso dos usuários a serviços essenciais”¹⁵⁵.

Por fim, ressalta-se que o princípio da modicidade tarifária coaduna-se com uma perspectiva de sociedade justa, como resta positivado no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988.

3.3.4 Princípio da continuidade ou permanência

O princípio da continuidade ou da permanência dos serviços públicos possui caráter fundamental para a Administração Pública, porque determinadas atividades estatais deverão ser desenvolvidas sem interrupções e com regularidade por representarem os anseios dos administrados¹⁵⁶, pois não haveria lógica em instituir um serviço para não funcionar, ainda mais quando é o próprio Estado quem o institui¹⁵⁷.

A sua origem decorre do princípio geral da indisponibilidade do interesse público, que, por sua vez, deriva do princípio da supremacia do interesse público, de modo que a prestação dos serviços públicos é um poder-dever para o agente público e um direito subjetivo público para o administrado¹⁵⁸.

Este princípio é garantido por diversos comandos normativos do ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente, é importante dizer que o dever de continuidade na prestação do serviço público não significa que o serviço público deve, necessariamente, ser prestado ininterruptamente, pois a frequência dependerá sempre da natureza e da necessidade do serviço.

Para ser considerado adequado, um serviço público deve conter determinadas características, sendo a continuidade uma delas. De acordo com Edmir Netto de Araújo, o princípio em tela determina várias características essenciais do serviço público, como, por exemplo, a sua não interrupção, a sua

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 744.

¹⁵⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

¹⁵⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

¹⁵⁸ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

disponibilidade, a delegação de competências e a substituição funcional¹⁵⁹.

Determinados serviços públicos, para serem prestados de forma adequada, devem estar à disposição permanentemente, a exemplo dos serviços hospitalares. Por sua vez, outros poderão estar à disposição apenas em determinado horário, como ocorre, por exemplo, com os serviços dos Correios¹⁶⁰.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a prestação dos serviços públicos deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque colapso nas múltiplas atividades particulares. Ressalta ainda o autor que a continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais¹⁶¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que o princípio em tela tem aplicação especialmente com relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública. Para Di Pietro, no que concerne aos contratos, o princípio da continuidade dos serviços públicos traz como consequência a imposição de prazos rigorosos ao contraente, a aplicação da teoria da imprevisão para recompor o equilíbrio econômico financeiro do contrato, a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração e o reconhecimento de privilégios para esta última¹⁶².

Ainda no que se refere ao exercício da função pública, salienta a supracitada autora que, dentre outras hipóteses, constituem aplicação do princípio da continuidade do serviço público as normas que exigem a permanência do servidor em serviço quando este pede exoneração, os institutos da substituição, suplência e delegação e a proibição do direito de greve¹⁶³.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que princípio da continuidade

¹⁵⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

¹⁶⁰ De acordo com Dinorá Adelaide Musetti Grotti “o princípio da continuidade dos serviços públicos não implica, em todas as hipóteses, a continuidade física da atividade, pois que ela deve ser prestada cada vez que a necessidade que satisfaz se apresenta. E esta necessidade tanto pode ser absoluta (ou seja, necessidade permanente de prestação do serviço) ou contínua ou potencialmente contínua, exigindo prestação cronologicamente ininterrupta, quanto relativa (necessidades intermitentes) porque a própria necessidade pública pede, aconselha ou possibilita a prestação periódica”. In: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261.

¹⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 339.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.112.

¹⁶³ *Ibidem*, Loc. Cit.

tem seu fundamento a partir do “princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa”, que traduz a situação de “dever” em que se encontra a Administração Pública em face da lei¹⁶⁴.

Dirley da Cunha Júnior também assevera que o princípio da continuidade do serviço público deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa, de modo que o serviço público, além de ser um dever do Estado, não pode sofrer solução de continuidade, conforme preceitua o artigo 6º, §1º da Lei nº 8.987/95¹⁶⁵. Dito isto, se a Carta Federal obriga a prestação de determinados serviços públicos, não pode o Estado interromper ou deixar de prestá-los, sob pena de violação do interesse público¹⁶⁶.

É preciso, ainda, estabelecer a diferença entre o princípio da continuidade e o da regularidade dos serviços públicos. De acordo com Dinorá Adelaide Musetti Grotti, enquanto a regularidade se refere à prestação devida conforme as normas, regras e condições preestabelecidas para determinado fim, a continuidade se vincula à ininterrupta realização do serviço público, de acordo com o interesse a ser atendido e a natureza da atividade desenvolvida¹⁶⁷.

Segundo Marçal Justen Filho, tanto a característica da continuidade como o da regularidade emanam do conceito de eficiência¹⁶⁸. Contudo, enquanto a

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86.

¹⁶⁵ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 215.

¹⁶⁶ “Outrossim, em face do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, típico do regime administrativo, como vimos vendo, a Administração sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho de sua ação. O princípio da continuidade do serviço público é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Esta última, na conformidade do que se vem expondo, é, por sua vez, oriunda do princípio fundamental da “indisponibilidade, para a Administração, dos interesses públicos”, noção que bem se aclara ao se ter presente o significado fundamental já exposto da “relação de Administração”. Com efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias. E por isso mesmo que Jêze esclarecia que a Administração tem o dever, mesmo no curso de uma concessão de serviço público, de assumir o serviço, provisória ou definitivamente, no caso de o concessionário, com culpa ou sem culpa, deixar de prosseguir-lo convenientemente. O interesse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever, de obrigação. Também por isso não podem as pessoas administrativas deixar de cumprir o próprio escopo, noção muito encarecida pelos autores. São obrigadas a desenvolver atividade contínua, compelidas a perseguir suas finalidades públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84.

¹⁶⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 287.

¹⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 306.

continuidade dos serviços públicos diz respeito à ausência de interrupção, a regularidade dos serviços públicos refere-se à manutenção de sua prestação atendendo a padrões de quantidade e qualidade¹⁶⁹.

Após a distinção do conteúdo dos princípios da regularidade e da continuidade, importante notar que Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Marçal Justen Filho concluem pela possibilidade de existência de um serviço contínuo, porém não regular, sendo impossível a existência de um serviço que seja regular e não contínuo¹⁷⁰.

Sobre a disciplina legal do princípio da continuidade dos serviços públicos, conforme já visto, estabelece o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 22 que os órgãos públicos são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos¹⁷¹. Impõe o mencionado dispositivo, portanto, o dever de continuidade dos serviços essenciais.

O caráter da continuidade também gera implicações no exercício da função pública, já que existem normas que regulam, por exemplo, a permanência do servidor que pede exoneração durante certo período de tempo previsto em lei, assim como os casos de interinidade, substituição, delegação e suplência; e a proibição do direito de greve¹⁷². Assim, a Lei de número 7.783 de 28 de junho de 1989 também emprega o termo “serviços essenciais”, inclusive constando um rol de serviços desta categoria:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
 I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
 II - assistência médica e hospitalar;
 III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
 IV - funerários;
 V - transporte coletivo;

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 306.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 306; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 287.

¹⁷¹ BRASIL. **Lei 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: 14 mai. 2015. Também, vê-se a preocupação com a continuidade da prestação dos serviços públicos no artigo 241 da Constituição Federal: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

¹⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 95; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 129; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 278.

- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária.¹⁷³.

A mencionada lei também afirma em seu artigo 11 que, mesmo durante a greve, é assegurada a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, determinando ainda que são necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, uma vez não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população¹⁷⁴.

Acrescente-se que a Portaria nº 03 de 19 de março de 1999 da Secretaria de Direito Econômico reconheceu o fornecimento de energia elétrica, telefonia e água como essenciais. Pode o conteúdo desta portaria, portanto, ser considerado como um indicativo a mais, aliado às disposições contidas na mencionada Lei nº 7.783¹⁷⁵.

Mário Antônio Lobato de Paiva e Amadeu dos Anjos Vidonho Júnior, comentando o caráter de essencialidade da Lei nº 7.783/99, destacam que:

Tal norma, sob o ponto de vista hermenêutico, pode ser classificada tecnicamente como uma norma jurídica nacional, ou seja, que atinge a coletividade sem distinção, podendo ser estendida a quaisquer casos ou condições que levem à interrupção de serviço de natureza essencial e não só nas greves, até porque, em sua própria ementa, insculpe que 'define as atividades essenciais', e não somente em situações de greve. Portanto, defluiu-se que a continuidade dos serviços denominados essenciais alcança não apenas os casos em que há interrupção por motivo de greve, mas também, quaisquer tipos de interrupção, seja por cobrança de dívidas ou por falta do próprio serviço, isto porque pela natureza essencial da prestação, presume-se o decréscimo ou a ausência de qualidade de vida, de dignidade e, por vezes, da própria realização da cidadania, fundamentos a que se apoia a República Federativa do Brasil (artigo 1º, da Constituição

¹⁷³ BRASIL. **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 jun. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

¹⁷⁴ "Art.11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população." In: *ibidem*.

¹⁷⁵ A Portaria nº 3, de 19 de março de 1999, em aditamento ao elenco do artigo 51 da Lei nº 8.078/90, e do artigo 22 do Decreto nº 2.181/97, considera nula de pleno direito, a seguinte cláusula: "3. Permitam ao fornecedor de serviços essencial (água, energia elétrica, telefonia) incluir na conta, sem autorização expressa do consumidor, a cobrança de outros serviços. Excetuam-se os casos em que a prestadora do serviço essencial informe e disponibilize gratuitamente ao consumidor a opção de bloqueio prévio da cobrança ou utilização dos serviços de valor adicionado".

Federal de 1988)¹⁷⁶.

Adalberto Pasqualotto opina que, em sendo o serviço essencial um conceito indeterminado importado de outras searas jurídicas como o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, será dada a interpretação conforme o caso concreto, até que a jurisprudência se consolide, a qual, porém, será sempre mutável de acordo com a dinâmica da sociedade de consumo¹⁷⁷.

Antônio Luiz Rizzato Nunes afirma que não podem os serviços essenciais relacionados na Lei de Greve ser interrompidos:

O Código de Defesa do Consumidor é claro, taxativo e não abre exceções: os serviços essenciais são contínuos. E diga-se em reforço que essa garantia decorre do texto constitucional. Com efeito, conforme analisamos no início deste trabalho, a legislação consumerista deve obediência aos princípios constitucionais que dirigem suas determinações. Entre esses princípios encontram-se os da intangibilidade da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da garantia à segurança e à vida (*caput* do artigo 5º), que tem de ser sadia e de qualidade, em função da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do artigo 225) e da qual decorre o direito necessário à saúde (*caput* do artigo 6º) etc. Ora, vê-se aí a inteligência do texto do artigo 22 da Lei. Não é possível garantir segurança, vida digna, num meio ambiente equilibrado, tudo a respeitar a dignidade humana, se os serviços públicos essenciais urgentes não forem contínuos¹⁷⁸.

A partir do quanto exposto, denota-se que, em princípio, pode a norma contida na Lei de Greve suprir a omissão do Código de Defesa do Consumidor no que toca à classificação e definição dos serviços públicos tidos como essenciais, especialmente as atividades tidas como de natureza *uti singuli*, como a telefonia, o tratamento e o abastecimento de água, a distribuição e produção de energia elétrica e o transporte coletivo.

Em suma, devido ao caráter essencial e indispensável do serviço público, garante o princípio da continuidade a sua prestação aos usuários sem interrupções. Essa característica permite afirmar que este princípio é um dos mais relevantes da prestação de serviços públicos, afinal, além da garantia do disposto no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, a continuidade é um elemento que compõe a adequação, conforme traz o artigo 6º, parágrafo primeiro da Lei nº 8.987 de 1995.

¹⁷⁶ VIDONHO JÚNIOR, Amadeu dos Anjos; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Da continuidade dos serviços públicos essenciais de consumo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2505>>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁷⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5912d/59187/597b8?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 18 de maio de 2015.

¹⁷⁸ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 330.

4 A SUSPENSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO

4.1 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal de 1998 traz o instituto do Direito do Consumidor em diversos dispositivos. A sua base inicial encontra-se no artigo 5º, inciso XXXII¹⁷⁹, quando se vê que o constituinte originário quis grafar a defesa do consumidor como mandamento pétreo, o que resultou, no ano de 1990, no advento da lei nº 8.078, que dispõe sobre a proteção e defesa do consumidor¹⁸⁰.

No artigo 170, inciso V do mesmo texto Constitucional, inserido no capítulo que trata da Ordem Econômica e Financeira, o legislador constituinte garante a todos, independente de autorização do poder público, o livre exercício de qualquer atividade econômica, devendo o empresário observar os princípios de defesa e proteção ao consumidor¹⁸¹.

Finalmente, consta nos Atos das Disposições Constitucionais e Transitórias o prazo de elaboração da lei regulamentadora dos direitos o consumidor, estipulando que o Código de Defesa do Consumidor seria elaborado contados cento e vinte dias da promulgação da Constituição¹⁸².

Importante notar que o Código de Defesa do Consumidor não traz um conceito de serviço público, mas tal diploma normativo aborda este tema, sem, contudo, estabelecer sobre quais serviços públicos haveria a sua incidência.

O Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, traz como princípio a racionalização e melhoria dos serviços públicos. Ademais, traz o artigo 6º, inciso X “a adequada e eficaz

¹⁷⁹ Art. 5º [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

¹⁸⁰ BRASIL. **Lei 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 mai. 2015.

¹⁸¹ 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. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

¹⁸² De fato o prazo não foi cumprido, pois o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, só foi editado em 11 de setembro de 1990, entrando em vigor cento e oitenta dias a contar de sua publicação, conforme o artigo 118 do mencionado código.

prestação dos serviços públicos em geral” como um direito básico do consumidor”¹⁸³.

De acordo com Luiz Antônio Rizzatto Nunes, são os serviços públicos objeto das relações de consumo, o que fica evidenciado no já citado artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁴:

O legislador inseriu a norma no contexto do artigo 22 apenas, mais uma vez, para deixar patente a responsabilidade do prestador do serviço público. O intuito foi evitar que surgisse algum tipo de argumento pretendendo elidir a responsabilidade do prestador. Nesse aspecto fez bem o legislador, uma vez que, como vimos, mesmo com o texto expresso do *caput* do artigo 22, existem fornecedores de serviços públicos que pretendem sustentar o insustentável: que não estão submetidos às regras da Lei nº 8.078/90. Assim, apenas para declarar, consigne-se que o prestador do serviço público está submetido exatamente a todas as mesmas normas que recaem sobre o prestador do serviço privado¹⁸⁵.

4.2 A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Em verdade, ao estudar a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a prestação de serviços públicos essenciais é de se notar que não há unanimidade doutrinária neste sentido. Na abordagem do tema, há aqueles que entendem serem usuário e consumidor posições jurídicas distintas, motivo pelo qual não poderia a legislação consumerista ser aplicada irrestritamente aos usuários de serviços públicos. Por outro lado, há aqueles que afirmam que o usuário do serviço público é sim sujeito da relação de consumo e, portanto, ostenta a qualidade de consumidor, merecendo a proteção da Lei nº 8.078 de 1990.

Segundo a lei consumerista, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final¹⁸⁶. No que se refere ao conceito de usuário, entretanto, é de se observar que o Código de Defesa do

¹⁸³ Comentando o dispositivo em questão, Luiz Antônio Rizzatto Nunes afirma que “O legislador quis dizer que não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. O serviço tem de ser realmente eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade concreta. O significado de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona”. In: RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.156.

¹⁸⁴ O artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a obrigação dos órgãos públicos da administração direta e indireta, das concessionárias e permissionárias, e sob qualquer outra forma de empreendimento, de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Seu parágrafo único determina que, em caso de descumprimento dessa obrigação, as pessoas jurídicas serão obrigadas a cumpri-la, bem como reparar os danos causados em decorrência da má prestação do serviço público.

¹⁸⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Op. Cit*, p. 340.

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei 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 mai. 2015.

Consumidor e as normas do Direito Administrativo fazem apenas menção acerca da titularidade e da prestação do serviço público.

Contudo, o Projeto de Lei de nº 6.953 de 2002 traz, em seu artigo 1º, § 2º, o conceito de usuário como sendo “a pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, utiliza efetiva ou potencialmente os serviços, sob o regime e concessão, permissão, autorização ou qualquer outra forma de delegação”¹⁸⁷.

O artigo 7º da Lei 8.987 de 1995 vincula a concessionária à lei consumerista¹⁸⁸. Nos termos da mencionada lei, o direito relativo à proteção do usuário de serviço público é o de receber um serviço adequado e de obter do poder estatal e da concessionária as informações para a defesa dos interesses individuais e coletivos (artigo 7º, II) e utilizar os serviços com liberdade de escolha.

Odete Medauar pontua que a Lei nº 8.987/95 arrola os direitos dos usuários do serviço público, mas sem embargos dos preceitos trazidos na legislação consumerista, também aplicáveis aos usuários¹⁸⁹.

Sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, Alexandre Santos de Aragão assevera que

A aplicação do Direito dos Consumidores aos serviços públicos é uma decorrência fundamental do movimento de liberalização econômica da década de oitenta e seguintes. Apenas um serviço liberalizado, sujeito à lógica econômica da concorrência, haver-se-ia de cogitar da aplicação, em maior ou menor escala, do direito comum de proteção dos consumidores. [...] não há dúvida quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, em razão de dispositivos expressos nesse sentido: por um lado, o artigo 7º, *caput*, da Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos - Lei nº 8.987/95 - faz remissão genérica à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos; por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor os contempla expressamente nos arts. 4º, II (referência à melhoria dos serviços públicos

¹⁸⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº 6953**, de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56375>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

¹⁸⁸ “Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários”. In: BRASIL. **Lei 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: 03 mai. 2015.

¹⁸⁹ Odete Medauar, a partir da análise do artigo 7º da Lei nº 8.987/95, traz os seguintes direitos dos usuários: “[...] receber serviço adequado; receber, do concedente e da concessionária, informações para defesa de interesses individuais ou coletivos; obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha entre os vários prestadores de serviço, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; ter oferecidas, pelas concessionárias, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimentos de seus débitos”. Se apresentam como deveres: “[...] levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenham ciência, referentes ao serviço prestado; comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação de serviços; contribuir para a manutenção das boas condições dos bens públicos afetados aos serviços públicos”. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 332.

como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo); 6º, X, (prestação adequada dos serviços públicos como direito dos consumidores); e 22 (obrigação do Estado e de seus delegatários pela prestação de serviços adequados)¹⁹⁰.

Na mesma linha, Luiz Antônio Rizzatto Nunes consigna que, sem ressalvas, os serviços públicos estão compreendidos na ampla regulação da lei consumerista, trazendo apenas duas exceções: “os serviços sem efetiva remuneração e custo; e os de caráter trabalhista”¹⁹¹.

Fernando Costa de Azevedo entende pela incidência do Código de Defesa do Consumidor ao usuário de serviço público:

Sendo todo e qualquer serviço uma atividade econômica cuja contraprestação se dá mediante remuneração direta pelo usuário (artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor), os serviços de titularidade estatal (serviços públicos), prestados pela pessoa jurídica da Administração Indireta (a chamada execução direta), ou submetida esta prestação ao processo de delegação à iniciativa privada (execução indireta), serão sempre objeto de relação de consumo. A consequência lógica desta afirmação é a de que todo e qualquer usuário de serviço público será sempre um consumidor¹⁹².

Em entendimento diverso, Dinorá Adelaide Musetti Grotti defende que as normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos serviços públicos diretamente remunerados, estando excluídos apenas os serviços públicos gratuitamente prestados e de natureza *uti universi*¹⁹³.

No que se refere ao requisito da remuneração como critério de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, por força do artigo 3º § 2º do Código de Defesa do Consumidor – que estabelece ser o serviço um elemento da relação de consumo –, a doutrina se divide em dois entendimentos¹⁹⁴.

O primeiro entendimento destaca que a contraprestação do serviço

¹⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 502-519.

¹⁹¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.124.

¹⁹² AZEVEDO, Fernando Costa. **A defesa do consumidor e regulação**: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 157.

¹⁹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 347.

¹⁹⁴ Artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista. In: BRASIL. **Lei 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: 22 mai. 2015.

público poderá ser feita de forma direta e de forma indireta. O segundo entendimento, por sua vez, proclama que somente haveria a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços remunerados de forma direta.

A contraprestação de forma direta se dá nos casos em que a remuneração é diretamente realizada pelo consumidor, a exemplo do que ocorre nos serviços de energia elétrica. Já a contraprestação de forma indireta envolve os casos em que há subsídio estatal, proveniente de tributos.

Os serviços públicos remunerados de forma indireta são também denominados de *uti universi*, e têm por objetivo beneficiar a coletividade e não a indivíduos, isoladamente, como ocorre nos serviços de educação, segurança pública e saúde. Daí por que, em regra, os serviços *uti universi* são mantidos por impostos e não por tarifas ou taxas que formam remuneração proporcional e mensurável ao uso individual dos serviços.

Os serviços públicos remunerados de forma direta, por sua vez, são também denominados de *uti singuli* e remunerados por tarifas (preço público) ou por taxas (tributo) e não por impostos. Possuem usuários determinados, são mensuráveis, facultativos e de utilização particular de cada destinatário, como ocorre nos serviços de telefonia, energia elétrica e água.

Segundo a doutrina que admite a aplicabilidade da lei consumerista na contraprestação do serviço público de forma direta e indireta, o fato de o serviço público não ser diretamente pago não retira a abrangência do Código de Defesa do Consumidor, afinal nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, pois todos são oferecidos, mantidos, e criados a partir da arrecadação dos tributos ou pelo pagamento de tarifas¹⁹⁵.

É neste sentido a lição de Rodrigo Priolli de Oliveira:

Nenhuma distinção faz a Lei nº 8.078/90 entre serviços públicos, de modo que a concepção administrativista dessa atividade estatal deve ser afastada, com o intuito de conferir maior abrangência possível ao Código de Defesa do Consumidor, dada sua importância como ferramenta apta a garantir a cidadania. Logo, os serviços públicos próprios e impróprios ensejam relação de consumo, autorizando a incidência do Código de Defesa do Consumidor. [...] A lei de proteção ao consumidor retira de seu raio de incidência apenas as relações trabalhistas e impõe ao Estado o dever de prestar serviços públicos adequados, eficientes, seguros e contínuos. Por essa razão, concluo que quando o cidadão pleiteia judicialmente a qualidade do serviço público ele não pode ser submetido a uma discussão doutrinária sobre o serviço demandado, para dizer se ele é

¹⁹⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.124.

consumidor ou se é contribuinte, devendo ser alcançado pelas previsões do Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁶.

Há autores, contudo, que entendem que só há aplicabilidade da lei consumerista na contraprestação do serviço público de forma direta, excluindo da incidência do Código de Defesa do Consumidor os serviços que sejam subsidiados através do recolhimento de tributos, conforme lição de José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do Anteprojeto da lei consumerista:

O Poder Público, como produtor de bens e ou prestador de serviços, remunerados, não mediante a atividade tributária em geral (impostos, taxas e contribuições de melhoria), mas por tarifa ou 'preço público', se sujeita às normas ora estatuídas, em todos os sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do novo Código do Consumidor, sendo, aliás, categórico no seu artigo 22¹⁹⁷.

Portanto, conforme visto, parte da doutrina entende pela possibilidade de tanto a retribuição direta quanto a indireta ensejarem a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, enquanto outra parte entende ser apenas a retribuição direta ensejadora de tal aplicabilidade, mas nota-se que, em verdade, a maioria dos doutrinadores aceita qualquer proveito direto ou indireto como caracterizador da remuneração apontada no citado artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

4.2.1 Usuário e consumidor de Serviços Públicos

Considerando o até então exposto, percebe-se que não há um consenso sobre a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de concessões.

Importante notar, contudo, que a doutrina cuida com especial atenção dos conceitos de “usuário” e “consumidor”, tratando das suas diferenças, como faz Antônio Carlos Cintra do Amaral:

A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo exercício é atribuído à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como 'protetor' da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é

¹⁹⁶ OLIVEIRA FILHO, Rodrigo Priolli. **Relação de consumo**: serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Altamira, 2004, p. 160.

¹⁹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008, p. 53.

o consumidor. Ressalte-se que o tratamento dado ao usuário de serviço público pela Constituição e pela lei é diverso do dispensado ao consumidor. A Constituição trata dos dois assuntos em dispositivos diferentes: a concessão, basicamente no artigo 175; a proteção do consumidor, nos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V¹⁹⁸.

Em estudo sobre o tema, Cesar Augusto Guimarães Pereira aborda as diferenças existentes entre o regime jurídico aplicável ao usuário de serviços públicos e ao consumidor¹⁹⁹.

Segundo o mencionado Autor:

A diferença está já na origem dos conceitos. A noção de consumidor insere-se no quadro de controle das atividades privadas, conjugando-se com o direito antitruste para conter o poder econômico. O conceito de consumidor pressupõe hipossuficiência, fragilidade econômica e jurídica nas relações massificadas. Relaciona-se com uma situação de mercado, de transações privadas – inexistente, em princípio, nas relações de prestação de serviço público²⁰⁰.

Marçal Justen Filho entende que o regime jurídico de direito administrativo prepondera sobre o direito do consumidor quando há regulamentação incompatível com o princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público:

Isso significa reconhecer a preponderância do regime de Direito Administrativo sobre o Direito do Consumidor. A disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Em termos práticos essa solução pode gerar algumas dificuldades. O que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos²⁰¹.

O supracitado autor defende ainda a supremacia do interesse público sobre o interesse individual do consumidor com parcial incidência da lei consumerista aos usuários de serviços públicos:

¹⁹⁸ O autor complementa o seu entendimento: “O artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 determinou que o Congresso Nacional deverá elaborar 'lei de defesa do usuário de serviços públicos'. Isso equivale ao reconhecimento implícito de que essa defesa é juridicamente diversa da 'defesa do consumidor', já regulada pela Lei nº 8.078/90. Saliente-se que essa lei devia ter sido elaborada pelo Congresso Nacional no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a partir de junho de 1998. Até hoje não o foi. Há vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional. Alguns determinam, a meu ver equivocadamente, a aplicação subsidiária das normas da Lei nº 8.078/90 à defesa do usuário de serviço público. Penso que isso servirá para perpetuar a confusão atual entre as duas relações jurídicas, a de serviço público e a de consumo. Cabe ao Congresso, que já aprovou em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, aprovar agora outro código, diferente daquele, qual seja, o Código de Defesa do Usuário de Serviço Público”. In: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 13, abril-maio 2002. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=112>. Acesso em: 23 de maio de 2015.

¹⁹⁹ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 55.

²⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 560.

O direito do consumidor não pode ser aplicado integralmente no âmbito do serviço público por uma espécie de solidariedade entre os usuários, em virtude da qual nenhum deles pode exigir vantagens especiais cuja fruição acarretaria a inviabilização de oferta do serviço público em favor de outros sujeitos. Aliás, e não por acaso, o artigo 27 da EC nº 19/98 previra que seria elaborada, no prazo de 120 dias, uma lei de defesa do usuário de serviços públicos. A regra reconhecia, então, a inviabilidade de aplicação automática e indiferenciada do Código de Defesa do Consumidor ao âmbito dos serviços públicos²⁰².

Cesar Augusto Guimarães Pereira, em consonância com a linha de raciocínio de Marçal Justen Filho, afirma que o direito público deve prevalecer sobre o direito do consumidor quando houver vacância da lei:

Rigorosamente, isso não significa uma alteração essencial de premissas quanto à distinção entre consumidor e usuário e ou quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Em todos os casos, consumidor e usuários são figuras distintas e o Código de Defesa do Consumidor (vale dizer, o regime consumerista) é aplicável ao usuário apenas na omissão do direito administrativo. E, como se apontou no item anterior, o usuário não se transforma em consumidor porque sempre haverá a prevalência do direito administrativo em caso de conflito.

O que se aponta é que, em tais espaços de liberdade, há efetivamente um afastamento do regime puramente público, que dá lugar à aplicação de normas do direito do consumidor. Se o regime público estabelece uma pauta e dá ao prestador e ao usuário liberdade para agirem dentro desse quadro, os conflitos internos a esse quadro não serão solucionados pelo regime público. É aí que pode atuar o direito do consumidor propriamente dito nas relações de uso de serviço público – ainda assim, sempre com a ressalva de se tratar de aplicação provisória, que ocorre apenas em face da ausência de criação da disciplina própria de proteção do usuário (artigo 27 da EC nº 19/1998)²⁰³.

Sustenta o autor que algumas normas da lei consumerista são aplicáveis aos serviços públicos em geral, a exemplo do artigo 22, da mencionada lei. Esclarece, ainda, que a Lei nº 8.078/90 incide sobre os serviços públicos porque a sua aplicação

[...] não pressupõe a caracterização de uma relação de consumo. Em contrapartida, sua aplicação a um determinado caso concreto não significa que devam incidir as demais normas do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de norma de direito administrativo, relativa a serviço público, que não se confunde com o direito do consumidor²⁰⁴.

Contudo, Cesar Augusto Guimarães Pereira, depois de fazer distinções dos conceitos, destaca que “isso não exclui, porém, certos pontos de comunhão entre os conceitos de usuário e consumidor, especialmente no que se refere à

²⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 613.

²⁰³ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 202.

fruição do serviço já tornado disponível”²⁰⁵.

De acordo com o Professor Antônio Carlos Cintra do Amaral a afirmação de que todo usuário de serviço público é necessariamente um consumidor é equivocada ²⁰⁶. Sustenta o autor que não se confunde a figura do usuário de serviço público com a do consumidor, uma vez que são distintas a relação de consumo e a relação de serviço público, conforme ensina:

Diversamente da situação de consumo, a relação contratual entre concessionária e usuário, mediante a qual uma parte se obriga a prestar um serviço, recebendo em pagamento um preço público (tarifa), tem como pressuposto uma outra, entre a concessionária e o poder concedente. [...]. A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo *exercício* é atribuído à concessionária, continua na *titularidade* e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como “protetor” da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor²⁰⁷.

A partir das considerações de Cesar Augusto Guimarães Pereira e Antônio Carlos Cintra do Amaral denota-se que não são todos os serviços colocados pela Administração Pública à disposição da coletividade que serão regidos pela Lei nº 8.078/90. Mas, em se tratando do serviço público prestado por particular, a relação indubitavelmente será regida pela norma consumerista.

Os mencionados autores também deixam claro que os conceitos de consumidor e de usuário de serviço público não se confundem. Não por acaso a Emenda Constitucional nº 19 traz em seu artigo 27 que “o Congresso Nacional, dentro de 120 (cento e vinte) dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos”²⁰⁸, resultando no já mencionado Projeto de

²⁰⁵ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

²⁰⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 13, abril-maio 2002. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=112>. Acesso em: 23 mai. 2015.

²⁰⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviço Público**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114-115. O autor traz outras diferenças:“(a) o usuário, ao contrário do consumidor, não é necessariamente o destinatário final do serviço público; (b) o usuário, ao contrário do consumidor, não está necessariamente envolvido em uma prestação onerosa do serviço público; (c) o usuário, ao contrário do consumidor, detém direitos relativos à organização e à gestão do serviço público, delas podendo participar de modo ativo, independentemente até da efetiva fruição do serviço; [...] (f) a relação de serviço público, por envolver o desempenho de função administrativa, é protegida pelo regime jurídico de direito público, que assegura deveres-poderes ao Poder Público e, se houver, ao delegatário da prestação do serviço (embora os poderes de autoridade estejam reservados ao Poder Público, atribuindo-se ao prestador privado apenas prerrogativas limitadas e compatíveis com a sua natureza); [...]”. In: *Ibidem, Loc. Cit.*

²⁰⁸ BRASIL, Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

Lei de nº 6.953 de 2002²⁰⁹, evidenciando a diferença de tratamento jurídico concedido ao usuário de serviço público e ao consumidor.

Contudo, apesar das mencionadas diferenças entre esses dois institutos, vê-se que a tendência é de se admitir que a norma contida no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor é aplicável a todos os serviços públicos, sejam eles prestados por delegatários ou diretamente pelo Estado, pois a própria norma descreve a sua incidência quando estabelece que os serviços públicos prestados deverão ser dotados de eficiência, adequação e segurança. Todavia, é de se notar que o mencionado artigo 22, por si só, não fundamenta o dever de continuidade de todo e qualquer serviço público, afinal, esta norma determina a continuidade apenas dos chamados “serviços essenciais”, sendo que nem todos os serviços públicos atendem a essa especificidade jurídica.

4.3 O SERVIÇO ESSENCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA

Sendo um bem escasso, a energia elétrica demanda um processo de produção complexo até ser colocada à disposição da sociedade, agregando valor econômico aos países que a possuem. A importância deste insumo é tal que depois da água, a energia é uma das *comodities* mais importantes na atualidade.

Diante das suas possibilidades de uso, a energia elétrica proporciona à coletividade desenvolvimento, trabalho e produtividade. Além de necessidade, para os indivíduos, é sinônimo de bem-estar, comodidade e praticidade, de forma que a sua utilização, muitas vezes indispensável, faz a sociedade hodierna cada vez mais subordinada ao seu fornecimento.

Conforme dispõe a Carta Federal, a União Federal é detentora dos potenciais de energia hidráulica dos entes estatais e municipais, cabendo a ela papel de relevância nas políticas energéticas de energia elétrica, posto que, no Brasil, este tipo de energia é essencialmente hidráulica em sua origem. Neste entender é de capital importância o papel da União na fiscalização, organização e coordenação das políticas desenvolvidas para esse segmento, tanto é que o mencionado artigo 175²¹⁰ da Constituição de 1988 destaca o papel do Estado em prestar serviços públicos.

²⁰⁹ BRASIL, Projeto de Lei de nº 6953 de 2002.

²¹⁰ “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”.

Nesse contexto, atua o Estado como um fiscalizador das atividades tidas como serviços públicos essenciais, cabendo as disposições específicas da aplicabilidade à lei ordinária.

Eis que adveio inicialmente a Lei nº 8.031/90, que criou o Programa Nacional de Desestatização, ainda no governo Fernando Collor e, posteriormente, a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal, no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso²¹¹.

A criação das agências reguladoras é fruto desse contexto de privatização das estatais, advindo da chamada “reforma do Estado”, empreendida no governo de Fernando Henrique Cardoso na década de 90, que gerou as privatizações nas áreas de infraestrutura e serviços públicos. A ideia era de que o Estado deveria deixar de ser “empresário”, passando a ser regulador, concedendo ao setor privado a gestão das empresas estatais. A partir da criação das agências reguladoras as empresas concessionárias passaram a desempenhar serviços públicos, sendo fiscalizadas e reguladas pelo Estado.

Com o respaldo constitucional e legal, a União, os Estados e os Municípios privatizaram empresas das áreas de siderurgia, petroquímica, telecomunicações, energia, transportes, financeiras, entre outras. Neste passo, visando regular o setor de Energia Elétrica, foi criada em 26 de dezembro de 1996 a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), conforme a Lei nº 9.427, sendo esta uma autarquia especial diretamente ligada ao Ministério das Minas e Energia.

Em 21 de março de 1996 o Poder Executivo Federal apresentou o Projeto de Lei nº 1.669/96 ao Congresso Nacional, buscando o cumprimento das determinações da Lei nº 8.987/95. Eis que o Presidente da República, após avaliação do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, sancionou a Lei nº 9.427 de 1996, instituindo a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), responsável pelas ações de fiscalização e regulação do setor de energia elétrica.

A Agência Nacional de Energia Elétrica funciona sob o regime de autarquia especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tendo a finalidade precípua de regular e fiscalizar o setor de energia elétrica. A Agência Nacional de

²¹¹ O Programa Nacional de Desestatização teve o seu fim em 2002 com a venda das ações da Companhia Vale do Rio Doce.

Energia Elétrica sucedeu o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE)²¹².

No que concerne a possibilidade de corte do serviço essencial – objeto deste estudo –, a Agência Nacional de Energia Elétrica editou a Resolução nº 456 de 29 de novembro de 2000, que estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica. Consta dessa resolução, em seu artigo 91 que “a concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor”²¹³.

Esta prévia comunicação ou “aviso prévio” é uma notificação na fatura do usuário ou mesmo um documento avulso, atendendo um prazo de antecedência mínima de quinze dias para se evitar o fator “surpresa”, de forma a possibilitar ao consumidor a tomada das providências necessárias, evitando a não consumação do corte de energia.

No caso de haver o corte sem o aviso prévio a agência fiscalizadora deverá penalizar a empresa concessionária. Após a comunicação de corte a concessionária terá constituído o usuário-consumidor em mora, suspendendo o fornecimento da energia elétrica.

Conforme será visto neste capítulo, a doutrina e a jurisprudência não são unânimes acerca da imediata aplicação do corte de energia elétrica, por este

²¹² “A autarquia Departamento Nacional de Aguas e Energia Eletrica - DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada a ANEEL, tanto que o artigo 31 da lei transfere a nova pessoa todo o acervo técnico, patrimonial, obrigações, direitos e receitas do DNAEE. Em sua aprofundada monografia sobre agencias reguladoras - trabalho de indiscutíveis méritos”. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 176.

²¹³ Art. 91 - A concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, nas seguintes situações: I - atraso no pagamento da fatura relativa a prestação do serviço público de energia elétrica; II - atraso no pagamento de encargos e serviços vinculados ao fornecimento de energia elétrica, prestados mediante autorização do consumidor; III - atraso no pagamento dos serviços cobráveis estabelecidos no artigo 109; IV - atraso no pagamento de prejuízos causados nas instalações da concessionária, cuja responsabilidade tenha sido imputada ao consumidor, desde que vinculados à prestação do serviço público de energia elétrica; V - descumprimento das exigências estabelecidas nos arts. 17 e 31; VI - o consumidor deixar de cumprir exigência estabelecida com base no disposto no parágrafo único do artigo 102; VII - quando, encerrado o prazo para a solução da dificuldade transitória ou o informado pelo consumidor para o fornecimento provisório, nos termos dos arts. 32 e 111, não estiver atendido o que dispõe o artigo 3º, para a regularização ou ligação definitiva; e VIII - impedimento ao acesso de empregados e prepostos da concessionária para fins de leitura e inspeções necessárias. § 1º A comunicação deverá ser por escrito, específica e de acordo com a antecedência mínima a seguir fixada: a) 15 (quinze) dias para os casos previstos nos incisos I, II, III, IV e V; b) 30 (trinta) dias para os casos previstos no inciso VI; e c) 3 (três) dias para os casos previstos nos incisos VII e VIII. § 2º - Constatada que a suspensão do fornecimento foi indevida a concessionária fica obrigada a efetuar a religação no prazo máximo de até 4 (quatro) horas, sem ônus para o consumidor. BRASIL, Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000.

conflitar, ao menos em tese, com o princípio da continuidade dos serviços essenciais.

Do exposto, sendo a energia elétrica um serviço essencial de valor econômico, a suspensão de seu fornecimento gera intensos debates na doutrina e na jurisprudência, conforme visto a seguir.

4.4 A SUSPENSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO

Conforme predito, a Administração Pública e seus delegatários têm o dever legal de prestar serviços públicos essenciais de forma continuada, sem cessação. A contrapartida pelo serviço prestado é a remuneração mediante a arrecadação de taxas (quando o prestador do serviço público é o Estado) ou tarifas (quando o concessionário ou permissionário é o prestador do serviço público).

É fato que a concessionária de serviço público, ao mesmo tempo em que possui a obrigação de prestar adequadamente o serviço, tem, por decorrência, o direito de ser remunerada, obtendo o lucro. Contudo, há casos em que se vê o consumidor na impossibilidade de financeiramente arcar com estes serviços essenciais, momento em que os fornecedores interrompem o serviço.

O não pagamento devido pelo consumidor pela utilização dos serviços públicos essenciais tem suscitado inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a legitimidade ou não da suspensão dos mesmos. A Lei de Concessões (8.987/1995), em seu artigo 6º, §3º, admite a suspensão da prestação no referido caso:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade²¹⁴.

²¹⁴ BRASIL. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art.175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

Cabe então aqui, fazer um corte epistemológico para tratar da segunda hipótese de interrupção trazida neste artigo, qual seja, a interrupção dada em virtude do inadimplemento do usuário. No que tange a tal hipótese, há um problema de extrema relevância, uma vez que, de um lado, há o princípio da continuidade ou permanência do serviço público determinando que se garanta a prestação ininterrupta do serviço, e, de outra, há o fato de que, conforme bem salienta Marçal Justen Filho, a essencialidade do serviço e seu vínculo imediato com os direitos fundamentais não acarretam sua gratuidade²¹⁵.

Discute-se, portanto, doutrinária e jurisprudencialmente, um aparente conflito entre as normas do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 6º, §3º da Lei de nº 8.987/1965, também conhecida como Lei de Concessões. Isto porque, com fulcro no primeiro dispositivo, os serviços essenciais devem ser prestados de forma contínua, o que esbarra na inteligência do segundo artigo citado, que afirma expressamente não caracterizar descontinuidade a interrupção do serviço público essencial em face do inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade.

Assim, cumpre notar que, ao mesmo tempo em que não se pode ter a prestação de serviço de maneira gratuita – posto que impossível sua manutenção de tal forma –, o Estado tem o dever de garantir que determinadas atividades sejam prestadas de forma minimamente satisfatórias.

Isto posto, faz-se necessário analisar os efeitos do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais sobre o consumidor inadimplente. Antes da lei consumerista, a interrupção dos serviços públicos essenciais decorrentes do inadimplemento do consumidor não era algo tão relevante, segundo leciona Newton de Lucca²¹⁶. Afirma o autor que poucas dúvidas existiam a respeito e a jurisprudência só passou a ser controversa a partir da edição do artigo 22 da Lei nº 8.078 de 1990²¹⁷.

Com a edição da norma mencionada, ampliou-se a discussão acerca do alcance da continuidade de prestação dos serviços públicos essenciais em face de inadimplência, pois a eventual falta de pagamento dos serviços por parte dos usuários afetaria a própria continuidade para os demais, ainda que adimplentes com

²¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.743.

²¹⁶ DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Quatier Latin, 2008, p. 225.

²¹⁷ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

o serviço.

Não se pode negar que o fornecimento de energia elétrica é de fundamental importância para atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que os ideais democráticos consolidados pela Constituição Federal, em tese, embasariam a impossibilidade de interrupção dos serviços essenciais. Contudo, por outro viés, a suspensão do serviço de energia elétrica seria justificável por vedar o enriquecimento ilícito por parte do consumidor-usuário, além de se evitar o inadimplemento generalizado, o que comprometeria toda a coletividade.

4.4.1 Entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

Insta salientar que consta na doutrina as mais diversas opiniões possíveis, tanto no sentido de admitir a suspensão do fornecimento do serviço no caso do inadimplemento por usuário como no sentido de não admitir ou ainda de admitir desde que observadas determinadas formalidades prévias.

Dito isso, cabe analisar os efeitos do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais sobre o consumidor inadimplente. Objetivamente, doutrina e jurisprudência dão ensejo à formação de duas correntes: uma admitindo a interrupção do serviço essencial e outra não concordando com esta possibilidade.

4.4.1.1 Dos que são favoráveis à interrupção do serviço essencial

A corrente doutrinária que admite a interrupção, em sua maioria, parte do argumento de que a inadimplência de uns sobrecarregaria os demais, pois a própria continuidade dos serviços depende dos recursos decorrentes do pagamento de todos. Eventuais inadimplências poderiam ocasionar a interrupção do serviço para a totalidade os usuários, além de gerar o enriquecimento sem causa para os inadimplentes, em desacordo com o princípio constitucional da igualdade previsto no inciso I do artigo 5º da Carta Federal.

Segundo Noel Antônio Baratieri, a prestação de serviço público adequado, eficiente e satisfatório é o objetivo comum do Estado, da sociedade civil e do concessionário, de modo que o interesse deste último pode e deve ser conciliado

com a satisfação dos direitos fundamentais, pois o lucro almejado pelo concessionário não é incompatível com tais direitos²¹⁸.

Contudo, para José Dos Santos Carvalho Filho essa discussão perpassa pela distinção entre os serviços compulsórios e os serviços facultativos. Afirma o autor, assim, que se o serviço for facultativo o Poder Público pode suspender a sua prestação em decorrência do inadimplemento, diferentemente do que ocorre caso o serviço seja compulsório, oportunidade em que não se pode admitir tal suspensão, não apenas em razão de tal serviço ser coercitivamente imposto pelo Estado como também porque, sendo remunerado por taxa, há outros mecanismos para cobrança da dívida²¹⁹.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que a doutrina tem entendido que os serviços públicos podem ser remunerados por taxa ou por preço público. No primeiro caso, os serviços são prestados pelo Estado investido de seu *ius imperii*, motivo pelo qual os mesmos não podem ser transferidos ao particular, uma vez que visam apenas a cobrir os custos da execução, enquanto que no segundo caso a remuneração tem natureza contratual, de modo que os serviços podem ser delegados a particulares²²⁰.

Note-se que, em conformidade com o defendido por José dos Santos Carvalho Filho, está o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, posto que este último também entende fundamental para a questão em tela a distinção entre serviços públicos obrigatórios e facultativos, ressaltando que não há de se cogitar a suspensão em razão do inadimplemento quando se estiver diante de serviço público obrigatório, sob o argumento de que “se o serviço é obrigatório, não poderá o inadimplemento do usuário, que não deixa de ser uma forma de expressão da sua vontade, ilidir a prestação”²²¹.

Ademais, ressalvada a supracitada hipótese relativa aos serviços públicos obrigatórios, afirma Alexandre Santos de Aragão que a obrigação de continuidade pressupõe a existência de lealdade e boa-fé entre as partes e, por conseguinte, o adimplemento contratual mútuo, uma vez que, segundo o autor, a equidade seria

²¹⁸ BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço Público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 17.

²¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 339-340.

²²⁰ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

²²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 524.

violada se qualquer uma das partes fosse obrigada a continuar realizando sua prestação sem que a outra parte o fizesse²²².

Noutro giro, importante aqui elucidar a argumentação utilizada por Eliana Calmon, Ministra do STJ, para justificar a suspensão da prestação de serviço público essencial no julgamento do REsp nº 798.204 – RJ. Em suma, afirma a ministra que não se pode ter uma visão individualizada, vislumbrando-se apenas o consumidor que, por alguma razão está inadimplente, visto que o que verdadeiramente deve ser considerado é o interesse da coletividade, que não pode ser onerada pelo não pagamento²²³.

Afirma ainda a ministra pela impossibilidade de que tais serviços sejam gratuitos, destacando, nesse sentido, que não se pode admitir o inadimplemento do usuário, sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa, a quebra do princípio da igualdade ou isonomia e a inadimplência generalizada, informando ainda que repudia-se apenas a interrupção abrupta, sem aviso²²⁴.

É nesta linha o pensamento de Maria D'Assunção Costa Menezello, para quem o corte é lícito após prévia comunicação ao usuário-consumidor:

Legalizou-se, pois, aquilo que grande parte da doutrina já havia consagrado desde a publicação do Código de Defesa do Consumidor. O corte de fornecimento de um serviço público pelo inadimplemento das obrigações do usuário é plenamente lícito. Não nos olvidemos que pertence à hermenêutica jurídica o princípio que: não se presumem na lei palavras inúteis. Não poderá causar espanto, a qualquer usuário inadimplente o corte do fornecimento, baseando-se a concessionária de serviço público nas razões previstas na legislação. Convém aqui consignar que um contrato bilateral de fornecimento de um serviço público só será interrompido por questões técnicas, de segurança ou de inadimplemento do usuário. Parece-nos inquestionável, até pelo próprio princípio da continuidade dos serviços públicos, a possibilidade do prestador de serviços, após comunicação prévia ao consumidor, efetuar o desligamento quando este não efetuou o pagamento devido. Porque, se assim não ocorrer, gera-se para o consumidor inadimplente um benefício financeiro ilícito à custa dos demais

²²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 525.

²²³ BRASIL. STJ. Relator Min. Eliana Calmon Alves. REsp nº 798.204/RJ.. Julgado em 03.08.2006.

²²⁴ “À prestadora do serviço exige-se fornecimento de serviço continuado e de boa qualidade, respondendo ela pelos defeitos, acidentes ou paralisações, pois é objetiva a sua responsabilidade civil, como claro está no parágrafo único do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor. Como então aceitar-se a paralisação no cumprimento da obrigação por parte dos consumidores? Tal aceitação levaria à idéia de se ter como gratuito o serviço, o que não pode ser suportado por quem fez enormes investimentos e conta com uma receita compatível com o oferecimento dos serviços. Essa é a interpretação que dou ao artigo 22 e não consigo visualizar a chancela legislativa para a tolerância da inadimplência, com a manutenção do serviço”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 798.204/RJ. Relator Min. Eliana Calmon Alves. Julgado em 03.08.2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 maio 2015.

usuários do serviço²²⁵.

No entender de Alexandre Santos de Aragão, a autorização legal de suspensão dos serviços públicos essenciais não conflita com o princípio da continuidade dos serviços públicos. Assevera que “a obrigação de continuidade pressupõe a lealdade e a boa-fé entre as partes e, conseqüentemente, o adimplemento contratual mútuo”²²⁶.

Em parecer para a Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro, Caio Tácito analisa a legalidade do corte de energia elétrica nos casos de inadimplência do usuário. Segundo o parecerista, ao mesmo tempo em que deve o concessionário fornecer regularmente energia elétrica, deverá o usuário pagar pelo serviço²²⁷.

Importante, contudo, destacar o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, segundo o qual, além do princípio da dignidade da pessoa humana não ser isento de ponderação com outros princípios constitucionais, o mesmo também não o é entre pessoas distintas. Afirma o autor que a priorização da dignidade de parte dos consumidores pode comprometer a prestação do serviço público como um todo, sendo, portanto, prejudicial à dignidade de vários outros consumidores, motivo pelo qual entende Aragão não ser a hipossuficiência do consumidor justificativa suficiente para que se aceite o inadimplemento²²⁸.

4.4.1.2 Dos que são contrários à interrupção do serviço essencial

Há, em contrapartida, quem considere ilegal a interrupção do serviço público essencial, sob o argumento de que direitos fundamentais e princípios como o da dignidade da pessoa humana, ampla defesa e supremacia do interesse público são superiores ao interesse econômico da cobrança, não podendo se privilegiar a persecução do lucro da prestadora de serviço em detrimento de direitos

²²⁵ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **O Código de Defesa do Consumidor e a prestação dos serviços públicos**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 19, p. 235.

²²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 552.

²²⁷ São, em suma, obrigações conexas e reciprocamente condicionantes: não há obrigação de pagar sem o funcionamento regular e contínuo do serviço, e – de igual forma – não haverá obrigação de continuidade do fornecimento sem o regular pagamento da tarifa, que exprime o custo do serviço fornecido”. In: TÁCITO, Caio. Consumidor – Falta de Pagamento – Corte de Energia. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47519/45227>>. Acesso em: 28 mai. 2015.

²²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 528.

indispensáveis do consumidor. Para estes, a interrupção do serviço público essencial é uma forma de coação sobre o usuário com o objetivo de compeli-lo a adimplir o débito, o que seria, portanto, inadmissível, porque o fornecedor poderia utilizar-se de outros métodos legais, como é o caso da via jurisdicional.

De acordo com Plínio Lacerda Martins, a descontinuidade do serviço por inadimplemento do usuário deve atender ao interesse da coletividade:

A lei da concessão do serviço público (Lei nº 8.987/95), ao afirmar que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção 'por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade' (artigo 6º, §3º, II), na realidade está praticando o autêntico retrocesso ao direito do consumidor, haja vista que o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor afirma que os fornecedores de serviço essencial são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e 'contínuos'. Arrimado a este fato, acrescenta-se que o direito do consumidor possui garantia fundamental na Constituição e que a interrupção do fornecimento, além de causar uma lesão, afeta diretamente a sua dignidade, sem embargo da dificuldade de acesso à Justiça, que o dispositivo apresenta, consolidando, assim, a autotutela do direito do fornecedor²²⁹.

Celso Ribeiro Bastos defende a impossibilidade de interrupção do serviço público essencial:

O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade [...] Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória²³⁰.

Zelmo Denari, um dos autores do Anteprojeto da Lei nº 8.078 de 1990, afirma que

Pacifica-se, na doutrina, o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim, como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do correspectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito do instrumento de Público. Do contrário, seria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público. De todo modo, a interrupção no fornecimento do serviço público não pode ser efetivada *ex abrupto*, como instrumento de pressão contra o consumidor, para

²²⁹ MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento - Prática Abusiva - Código do Consumidor. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 145, p. 135-146, jan./mar. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/564>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

²³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.

forçá-lo ao pagamento da conta em atraso. Em obséquio aos princípios básicos que regem as políticas de consumo, o corte deverá ser precedido de notificação prévia ao usuário²³¹.

Ainda, segundo Zelmo Denari, não será possível a interrupção do serviço essencial quando o usuário for pessoa jurídica de direito público em decorrência do interesse da coletividade que deve se sobrepor aos interesses do prestador do serviço²³².

Reis Friede, em julgamento que adotou a *interpretação conforme a Constituição*, entendeu pela impossibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica, devendo prevalecer a regra do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor amparada pelo artigo 1º, III, artigo 5º, XXXII e artigo 170, V, da Constituição Federal:

[...] adequada interpretação revela que o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor está perfeitamente adequado aos ditames constitucionais, dentre eles o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Proteção ao Consumidor, o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, o Princípio da Continuidade do Serviço Público Essencial.

V – A edição dos dispositivos previstos no artigo 17 da Lei nº 9.427/96, bem como no artigo 94 da Resolução nº 456/2000, da ANEEL, ultrapassou as balizas constitucionalmente permitidas, violando, assim, a proteção conferida ao consumidor, notadamente através do artigo 1º, inciso III; artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

VI - Deve ser conferida ao artigo 17 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e ao artigo 94 da Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000, da ANEEL, interpretação conforme a Constituição Federal, de modo a preservar o serviço público essencial, prestado direta ou indiretamente pelo Estado e, em última análise, o próprio interesse da coletividade, inadmitindo-se a sua suspensão ou, até mesmo, simples ameaça com tal objetivo. POR UNANIMIDADE, CONSIDERADOS INCONSTITUCIONAIS OS DISPOSITIVOS PREVISTOS NO ARTIGO 17, DA LEI Nº 9.427/96, BEM COMO NO ARTIGO 94, DA RESOLUÇÃO 456/2000, DA ANEEL²³³.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes entende pela inaplicabilidade do artigo 6º, inciso III, da Lei nº 8.987/95, que autoriza a interrupção do serviço, apenas excepcionando a hipótese de eventual má-fé do usuário-consumidor para admitir o corte. Contudo, adverte o autor que haveria mesmo neste caso a prévia necessidade

²³¹ DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008, p. 194-195.

²³² De fato, não é a prévia comunicação de suspensão do serviço o requisito único de suspensão da prestação do serviço a teor do art. 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95. O corte do fornecimento do serviço fica adstrito ao interesse da coletividade. DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008, p. 194-195.

²³³ BRASIL. TRF 2ª Região Desembargador Federal Reis Friede. Arguição De Inconstitucionalidade. Processo: INAC 8 RJ 2002.51.01.016646-0. DJU - Data::12/02/2008.

de prova inequívoca e autorização judicial²³⁴.

Já Marçal Justen Filho adota uma linha mais moderada. Para ele o tema em tela se relaciona com duas questões distintas, visto que há tanto o problema daqueles que de fato não têm condições econômicas de arcar com o pagamento devido pela prestação do serviço como há o caso dos meros inadimplentes, que simplesmente deixam de liquidar os pagamentos devidos²³⁵.

De acordo com o referido autor, tais questões merecem tratamentos distintos, afirmando, assim, que, em nome dos direitos fundamentais e, especialmente, da dignidade da pessoa humana, é necessário que seja assegurado um serviço público mínimo aos carentes de recursos, que não tem condições de pagar por ele, o que implica, por conseguinte, no fato de que a sociedade como um todo deve arcar com o custo correspondente, já que não é possível que o serviço seja prestado gratuitamente²³⁶.

Desta forma, defende Marçal Justen Filho que, determinados aqueles que teriam direito à tal benefício e impostos os limites necessários à este último, todos os demais usuários estariam obrigados a realizar o devido pagamento pela prestação dos serviços, salientando que este pagamento é essencial à manutenção e à própria existência do serviço público²³⁷.

4.4.2 O interesse da coletividade como requisito de continuidade ou interrupção da prestação do serviço público

Vindo ao encontro da possibilidade de suspensão do serviço essencial, cabe mencionar o § 3º, inciso II do artigo 6º da Lei nº 8.987 de 1995, que é expresso ao autorizar a suspensão do serviço por falta de pagamento tomando por base o interesse da coletividade. Assim, a mencionada norma aponta que o interesse da coletividade será atingido quando houver a impossibilidade de suspensão do serviço por falta de adimplemento, ou seja, quem condiciona a interrupção da prestação do serviço é o interesse público.

Se a suspensão da prestação do serviço nos casos de falta de pagamento

²³⁴ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.802.

²³⁶ *Ibidem*, Loc. Cit.

²³⁷ *Ibidem*, p.802-803

não fosse admissível, haveria um aumento da inadimplência comprometendo a eficiência do serviço, podendo até mesmo gerar a interrupção do serviço para aqueles que pagam corretamente.

Contudo, cabe mencionar os serviços de fruição obrigatória que não são prestados apenas no interesse do usuário, mas também no interesse da coletividade. Nesses casos, o interesse da coletividade exigirá a continuidade do serviço público até mesmo para quem não efetua o pagamento pelo serviço utilizado. Ocorre tal circunstância quando, por exemplo, o serviço é prestado em benefício não só de determinado usuário, mas de todos, como é o caso dos serviços públicos compulsórios (ou pró-comunidade), como, por exemplo, a coleta de esgoto e o fornecimento de água tratada, que são prestados visando o bem-estar da coletividade²³⁸.

4.4.3 Entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça

No que diz respeito ao entendimento do STJ, em um primeiro momento o Colendo tribunal posicionou-se no sentido de inadmitir a suspensão do fornecimento de serviços públicos essenciais, em virtude da própria característica da essencialidade do serviço, entretanto, percebe-se atualmente entendimento diverso por parte deste tribunal e dos demais tribunais brasileiros.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 363.943-MG, no qual era discutida a legitimidade ou não do corte de luz por inadimplemento, decidiu pela possibilidade jurídica de tal corte, refutando todos os argumentos suscitados quanto à violação do disposto nos artigos 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor, sob o fundamento jurídico central de que a impossibilidade do corte acarretaria um “efeito dominó”, já que os demais usuários seriam estimulados à inadimplência, o que, conseqüentemente, causaria a falência do concessionário²³⁹.

²³⁸ Os serviços públicos compulsórios, segundo Eros Roberto Grau são aqueles que devem ser utilizados por todos para que não haja prejuízo para toda a comunidade. In: GRAU, Eros Roberto. Pedágio: alternativa gratuita e direito de ir e vir: uma necessária correção. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 254, p. 137-149, maio/ago. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8078/6866>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

²³⁹ BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço Público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 146.

No que se refere ao artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, o Ministro-Relator Humberto Gomes de Barros ressaltou a existência do artigo 6º, §3º, II da Lei n. 8.987/1985, que trata das concessões de serviço público e autoriza a interrupção do fornecimento deste último em decorrência da inadimplência do consumidor-usuário²⁴⁰.

Já no que diz respeito ao artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, o referido julgador deixou claro que o corte realizado em razão da inadimplência não constitui postura capaz de expor o usuário a vexame, afirmando ainda que, em linha de coerência, deveríamos proibir o padrão de despedir empregados e que o fornecimento gratuito de bens da vida constitui esmola e nenhuma sociedade pode sobreviver com seus integrantes vivendo de esmolas²⁴¹.

Especialmente no que se refere ao serviço de abastecimento de água e de energia elétrica, portanto, os tribunais pátrios tem se posicionado no sentido de admitir a interrupção dos serviços públicos essenciais em face do inadimplemento, ainda que se trate de órgão ou ente público, desde que observados alguns requisitos. O STJ tem entendimento no sentido de que permitir o inadimplemento por parte dos usuários é consentir com o enriquecimento sem causa do mesmo²⁴².

Nesse sentido, insta salientar que tem-se entendido jurisprudencialmente ser possível a referida interrupção desde que haja prévia notificação acerca da suspensão, conforme inteligência do artigo 6º, §3º, I da Lei de concessões²⁴³.

Ademais, tem o STJ entendimento pacífico de que o débito em questão, o qual é inadimplido, deve ser recente e não pretérito, afirmando que caso o inadimplemento se refira a débitos já consolidados pelo tempo a empresa deve ingressar com ação de cobrança, não sendo lícita a interrupção do serviço como forma de compelir o usuário ao pagamento de débito pretérito, visto que há os meios ordinários de cobrança para este desiderato²⁴⁴.

²⁴⁰ BRASIL. STJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Processo: REsp 363943 MG 2001/0121073-3. DJU - Data: DJ: 01/03/2004.

²⁴¹ BRASIL. STJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Processo: REsp 363943 MG 2001/0121073-3. DJU - Data: DJ: 01/03/2004.

²⁴² BRASIL. STJ. Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Processo: AgRg nos EDcl no AREsp 57598 RJ 2011/0228130-1. DJe. Data: 12/11/2012.

²⁴³ BRASIL. STJ. Rel. Min Hamilton Carvalhido; Processo: AgRg nos EDcl no AI 1.155.026/SP, 1ª T. Data: DJe 22.04.2010.

²⁴⁴ BRASIL. STJ. Rel. Min. Hamilton Carvalhido; Processo: AgRg no agravo de instrumento nº 1.207.818 - RJ (2009/0188194-3). Data: DJe 17/12/2009.

Há ainda decisões que entendem ser inadmissível a suspensão do serviço que tem como usuário o Poder Público, sob o argumento de que, observada a supremacia do interesse público sobre o privado, prédios públicos não podem deixar de funcionar²⁴⁵.

Cumprir notar, entretanto, que o Poder Público, nesse caso, age como mero contratante de serviços, de modo que a empresa prestadora de serviço não pode ser compelida a prestá-lo sem a devida contraprestação, sob pena de relegar a segundo plano o equilíbrio econômico-financeiro que lhe é assegurado pelo contrato de concessão²⁴⁶.

Posicionam-se também os tribunais no sentido de compatibilizar a situação da inadimplência com a natureza do devedor, não autorizando a interrupção dos serviços especificamente no caso de inadimplemento de unidades públicas essenciais, em cuja paralisação dos serviços é inadmissível, dado o fato de estarem ligadas ao provimento de necessidades indispensáveis e inadiáveis tais como, hospitais, pronto-socorro, escola e creches²⁴⁷.

Cumprir notar que Alexandre Santos de Aragão afirma que caso não se determine a suspensão dos serviços públicos essenciais em razão do inadimplemento, não é a concessionária que deve arcar com as despesas, mas sim o poder concedente, que tem o dever de reequilibrar a equação econômico-financeira²⁴⁸.

Isto posto, depreende-se que o conflito está não apenas entre as supracitadas normas como também em importantes princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, cumprir notar que, a despeito das divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, a tendência atual é admitir a interrupção do fornecimento de serviço público essencial, sendo mais diversos os fundamentos para tanto, ressaltando-se, porém, que a discussão em questão está longe de ser pacífica, sendo alvo de intenso debate e tendo diferentes soluções a depender do caso concreto.

²⁴⁵ BRASIL. STJ. Rel. Min. José Delgado; Processo: Resp 628.833-RS, 1ª T. Data: DJ 22/6/2004.

²⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 342.

²⁴⁷ BRASIL. STJ. Rel. Min. Eliana Calmon; Processo: EREsp 721119 / RS. Data: DJ 08/08/2007 e BRASIL. STJ. Rel. Min. Og Fernandes; Processo: AgRg no AREsp 543404 RJ 2014/0164987-6. Data: DJ 12/02/2015.

²⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.529.

5 CONCLUSÃO

Buscou o presente trabalho monográfico confrontar o princípio da continuidade dos serviços públicos com o direito de receber pelo serviço de energia elétrica prestado por parte do credor. Assim, abordaram-se os casos de interrupção do fornecimento de energia elétrica em razão do inadimplemento do usuário, sob a perspectiva doutrinária e jurisprudencial.

Conforme visto, há, de fato, uma aparente antinomia entre o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 6º, §3º da Lei 8.987 de 1995, que disciplina a concessão de serviços públicos, de forma que há na doutrina e na jurisprudência entendimentos tanto no sentido de admitir a suspensão do fornecimento de serviço público essencial, quanto no sentido de inadmitir tal suspensão e ainda no sentido de admiti-la com algumas ressalvas.

Ao seu turno, a Lei nº 8.078 de 1990, assim como a Lei nº 8.987 de 1995, com fins de regulamentar o artigo 175 da Carta Federal, trazem pontos convergentes. A Lei nº 8.987 de 1995 traz o conceito de “Serviço adequado” em seu artigo 6º, §1º, definindo-o como o “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Já o artigo 22 da Lei nº 8.078 de 1990 impõe o dever de continuidade dos serviços essenciais. A continuidade é, pois, um dos mais marcantes atributos dos serviços públicos por impor ao ente público e aos seus delegatários a obrigação de que determinados serviços não sejam interrompidos, sob pena de macular o interesse coletivo. Portanto, tem o usuário, a princípio, o direito de exigir a continuidade dos serviços públicos, desde que ele cumpra o seu dever de adimplência com o fornecedor do serviço.

Do quanto exposto, inegável o entendimento dominante nos tribunais superiores de que o fornecimento de energia elétrica poderá ser suspenso, desde que haja (a) inadimplência; e (b) o aviso de corte por parte do Estado ou por seus delegatários. Tal ato atende, de certo, ao interesse comum, posto que em havendo a contumácia em não adimplir com o contrato de serviço público por parte considerável dos usuários ter-se-ia riscos ao fornecimento da energia elétrica àqueles que pagam em dia suas contas.

Por este prisma, o princípio da dignidade da pessoa humana, eventualmente alegado por determinado usuário, deve ser ponderado diante dos

princípios constitucionais que garantem uma eficaz prestação de serviços, sob pena de prejudicar toda a coletividade que se encontra em situação de adimplência, o que afetaria, por decorrência, ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A solução desta celeuma perpassa necessariamente pela possibilidade do Estado subsidiar o fornecimento de energia elétrica àqueles desprovidos das mínimas condições de pagamento; ou mesmo que seja instituída uma tarifa isenta de tributos para aqueles que se preencham tais requisitos, o que atenderia ao princípio tributário da capacidade contributiva, de forma a haver a chamada “equidade Vertical”: quando há um tratamento diferenciado aos contribuintes dotados de capacidade econômica desigual.

Outra possibilidade – em perfeita consonância com a garantia do mínimo existencial a que o ente estatal deverá prover ao usuário –, seria o fornecimento, por um prazo determinado, de uma cota mínima de energia àqueles que eventualmente estejam impossibilitados monetariamente de adimplir com o débito, evitando o “trauma” do corte do serviço. Nesta mesma linha, poder-se-ia instituir a comercialização de um serviço pré-pago, análogo ao que já ocorre no setor de telefonia, contribuindo sobremodo para a diminuição do inadimplemento.

Conclui-se, por fim, que o princípio da continuidade trazido no artigo 22 da Lei nº 8.078 de 1990 não possui caráter absoluto, devendo ser harmonizado com o artigo 6º, §3º da Lei 8.987 de 1995, não contemplando o usuário-consumidor que esteja em débito com suas obrigações contratuais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINHO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21. ed. São Paulo: Método, 2009.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviço Público**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 13, abril-maio 2002. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=112>. Acesso em: 23 mai. 2015.

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

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração Indireta brasileira**. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AZEVEDO, Fernando Costa. **A defesa do consumidor e regulação**: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/5.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço Público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEHRING, Elaine Rossetti. **Política social**: fundamentos e história. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2007.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e Permissão de Serviços Públicos**. Curitiba: Juruá, 1995.

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 agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 4 jun. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 03 mai. 2015.

BRASIL. **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 jun. 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

BRASIL. **Lei 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 mai. 2015.

BRASIL. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art.175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

BRASIL. **Portaria nº 3**, de 19 de março de 1999. Disponível em: <http://sistemas.rei.unicamp.br/pdf/portaria-n-3-do-ministerio-da-justica-1999-aditamento-ao-rol-de-clausulas-abusivas-do-cdc-Attach_s437121.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6953**, de 2002. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56375>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

BRASIL. **Resolução ANEEL nº 456**, de 29 de novembro de 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. STJ. Rel. Min Hamilton Carvalhido; Processo: AgRg nos EDcl no AI 1.155.026/SP, 1ª T. Data: DJe 22.04.2010.

BRASIL. STJ. Rel. Min. Eliana Calmon; Processo: EREsp 721119 / RS. Data: DJ 08/08/2007.

BRASIL. STJ. Rel. Min. Hamilton Carvalhido; Processo: AgRg no agravo de instrumento nº 1.207.818 - RJ (2009/0188194-3). Data: DJe 17/12/2009.

BRASIL. STJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Processo: REsp 363943 MG 2001/0121073-3. DJU - Data: DJ: 01/03/2004.

BRASIL. STJ. Rel. Min. José Delgado; Processo: Resp 628.833-RS, 1ª T. Data: DJ 22/6/2004.

BRASIL. STJ. Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Processo: AgRg nos EDcl no AREsp 57598 RJ 2011/0228130-1. DJe. Data: 12/11/2012.

BRASIL. STJ. Rel. Min. Og Fernandes; Processo: AgRg no AREsp 543404 RJ 2014/0164987-6. Data: DJ 12/02/2015.

BRASIL. STJ. Relator Min. Eliana Calmon Alves. REsp nº 798.204/RJ.. Julgado em 03.08.2006.

BRASIL. TRF 2ª Região Desembargador Federal Reis Friede. Arguição De Inconstitucionalidade. Processo: INAC 8 RJ 2002.51.01.016646-0. DJU - Data:12.02.2008.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Plano diretor da reforma do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17ª Edição, Malheiros Editores, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, 5v.

COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). **Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. vol VIII.

_____. **Dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Curso de direito administrativo**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Quatier Latin, 2008.

DELLAGNEZZE, René. O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI. Parte II - O estado contemporâneo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618&revista_caderno=16>. Acesso 03 de maio de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26^a. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo/SP: Atlas, 1991.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Pedágio: alternativa gratuita e direito de ir e vir: uma necessária correção. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 254, p. 137-149, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8078/6866>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração Unilateral do Contrato Administrativo**: Interpretação de Dispositivos da Lei 8.666/1993. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 10^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento - Prática Abusiva - Código do Consumidor. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 145, p. 135-146, jan./mar. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/564>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39^o. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa**: Emenda Constitucional nº 19/98. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999.

MUKAI, Toshio. **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA FILHO, Rodrigo Priolli. **Relação de consumo**: serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Altamira, 2004.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5912d/59187/597b8?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 18 de maio de 2015.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRUX, Oscar Ivan. Contribuições ao estudo do dever de continuidade nos principais serviços essenciais. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/340>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

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

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira? **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45915/45101>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

SOARES, Paulo Firmeza. **Mutabilidade histórica na acepção do serviço público**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,mutabilidade-historica-na-acepcao-do-servico-publico,46045.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

TÁCITO, Caio. Consumidor – Falta de Pagamento – Corte de Energia. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47519/45227>>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

TIMM, Luciano Benetti; TONIOLO, Giuliano. A aplicação do princípio da eficiência à administração pública: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>

/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LUCIANO-BENETTI.pdf>. Acesso em: 07 de maio de 2015.

VIDONHO JÚNIOR, Amadeu dos Anjos; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Da continuidade dos serviços públicos essenciais de consumo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2505>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.