



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Serviços Públicos e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Marcella do Amparo Monteiro

Rio de Janeiro  
2010

MARCELLA DO AMPARO MONTEIRO

Serviços Públicos e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>a</sup> Neli Fetzner  
Prof<sup>o</sup> Nelson Tavares  
Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2010

## SERVIÇOS PÚBLICOS E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

**Marcella do Amparo Monteiro**

Graduada pela Universidade Gama Filho.  
Advogada. Pós-graduada em Direito Privado e Processo Civil pela Universidade Gama Filho.

**Resumo:** O presente artigo visa analisar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações que tenham por objeto os serviços públicos, uma vez que com o advento da Lei nº 8.078/90 a Administração Pública passou a integrar o conceito de fornecedor. A partir de então, tornou-se patente a discussão para identificar quais serviços estariam abrangidos pelo diploma consumerista. Faz-se mister analisar a evolução do papel do Estado perante a sociedade, identificar uma relação de consumo, bem assim como distinguir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no que tange as diferentes espécies de remuneração dos serviços públicos.

**Palavras-chaves:** Serviço Público. Fornecedor. Consumidor.

**Sumário:** Introdução. 1. Desenvolvimento do Estado e o Conceito de Serviços Públicos. 2. Da relação de Consumo. 2.1. Os Princípios da Boa-fé Objetiva e da Vulnerabilidade do Consumidor. 2.2. Dos Elementos da Relação de Consumo. 3. O Código de Defesa do Consumidor Aplicado aos Serviços Públicos. 3.1. Os Serviços Públicos e as suas Remunerações. 3.2. O Usuário e o Consumidor de Serviço Público. 3.3. O Estado Fornecedor no Mercado de Consumo. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. Discute, ainda, acerca da evolução do perfil estatal em

relação ao conceito de serviços públicos e identifica os elementos de uma relação jurídica de consumo, a qual sofrerá a incidência das regras e princípios da Lei nº 8.078/90.

Um dos objetivos do presente estudo é identificar as espécies de remuneração dos serviços públicos, para, então, concluir pela aplicação ou não do diploma consumerista aos serviços prestados pelo Estado.

## **1. O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO E O CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

O conceito de serviço público é um tema que gera grande debate no mundo jurídico. Antes de entrar nos meandros desta complicada tarefa, faz-se mister analisar brevemente a ligação do Estado com a prestação de serviços públicos.

O Estado liberal tornou-se um marco histórico, eis que à época, somente alguns serviços tinham a natureza de públicos. A partir da Carta Magna do Rei João Sem-Terra, deu-se início ao reconhecimento da vida, da liberdade e da propriedade, o que conforme lições de BONAVIDES (2001), fez com que o direito a liberdade passasse a integrar as Cartas Constitucionais, sendo intitulado de direito fundamental de primeira geração.

Os autores que se sobressaíram no Estado Liberal foram Rousseau e Montesquieu, com as obras *O Contrato Social* e *O Espírito das Leis*, respectivamente. Além de Locke, com a obra *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, a qual não será objeto deste estudo. O Estado Liberal assumia a função legislativa e, como criava a norma jurídica, não poderia se submeter a ela, assim como não poderia ter seus atos questionados por nenhum Tribunal, sendo juridicamente irresponsável.

ROUSSEAU TRAD. (1996) na obra *O Contrato Social* traz a idéia de sociedade política formada pela reunião de homens livres entre si, que alienam os seus direitos a comunidade na busca de formar uma sociedade justa. Tal alienação de direitos em prol da coletividade gera a perda da suposta liberdade ilimitada na busca da liberdade condicionada que enseja segurança, a qual é garantida pelo Direito, eis que este, através da lei, é o que organiza a sociedade.

Entretanto, MONTESQUIEU (1994) no livro *O Espírito das Leis*, demonstra a necessidade da tripartição dos poderes visando garantir a liberdade efetiva do ser humano, eis que os poderes centralizados nas mãos de um único monarca ocasionam violações aos direitos individuais. A divisão de poderes gera fiscalização entre eles, o que impede os abusos. É uma má escolha manter mais de um poder centralizado com um único indivíduo.

Segundo NOVAIS (2006, p. 21) a garantia dos direitos individuais frente ao Estado pouco intervencionista gerou, no plano social, a denominação de Estado Liberal. Na esfera jurídica, é possível falar no Estado de Direito, com as seguintes características: “a supremacia da Constituição, a separação de poderes, a superioridade da lei e a garantia de direitos individuais”.

Na época do Estado Liberal, a vinculação entre o fornecimento dos serviços públicos e o próprio Estado era mínima, somente assumindo este a responsabilidade pelos serviços que não eram lucrativos, ou seja, não eram interessantes para os particulares, restringindo-se, o Estado, nas palavras de GROTTI (2003), a fornecer a segurança e o policiamento, a realizar as obras públicas, a cuidar da administração da Justiça e a fornecer os serviços públicos que não eram economicamente interessantes para a iniciativa privada.

Percebe-se que o Estado Liberal tinha um campo muito reduzido de atuação social, o que acarretou o fim do Liberalismo ante a não resistência a pressão da população e a necessidade de uma maior participação democrática na vontade estatal, culminando no

aparecimento do Estado Social. Este tipo de Estado trouxe os direitos fundamentais de segunda geração, abrangendo os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos na busca da igualdade substancial. Exigia-se uma atuação positiva do Estado para assegurar mínimas condições de trabalho.

O passo seguinte, com a Revolução Francesa do século XX, foi o surgimento do elemento fraternidade, o que fez despontar os direitos fundamentais de terceira geração, para garantir a manutenção da espécie humana sem limitar-se a um indivíduo ou a um grupo.

Mais recentemente, fala-se, ainda, dos direitos fundamentais de quarta geração, o que nos ensinamentos de LENZA (2007) decorre do avanço da engenharia genética, abrangendo o pluralismo a fim de sedimentar toda uma geração. Existem, ainda, autores que falam em direitos fundamentais de quinta e sexta geração, o que não se analisará no presente artigo, uma vez que foge ao tema proposto.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social ocasionou mudanças nos paradigmas dos serviços públicos, impulsionando um inchaço na atuação estatal que aumenta a oferta de serviços na medida em que o Estado notou ser inviável manter a grandiosa separação entre ele e a sociedade, o que fez surgir à necessidade de se conceituar serviço público, pois o Estado passou a assumir um papel social que era exercido anteriormente pela igreja, pelas fundações ou por instituições assistenciais.

Passa-se a análise do objeto central deste capítulo, qual seja, a conceituação de serviços públicos, a fim de se admitir a incidência do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com ARAGÃO (2009), os conceitos jurídicos, as naturezas jurídicas e as classificações são importantes para fins didáticos desde que, sejam respeitados os limites diante da realidade de organização a partir do direito proposto pelo legislador.

Para o mencionado autor, a Constituição da República é o principal marco para se conceituar o serviço público, visto ser cada Constituição um conteúdo preciso em pequenos

períodos de tempo. Já para AGUILLAR (2002) há grande dificuldade em se conceituar serviço público, eis que o objeto que se tenta definir oscila de acordo com o desenvolvimento social.

GRAU (2002) diferencia noção e conceito, partindo da premissa de que o significado de serviço público não pode ser alcançado por um conceito. Para ele a noção varia com o tempo e se modifica de acordo com as transformações sociais, diferentemente do conceito que é imutável e invariável. Deste modo, ele prefere identificar serviços públicos como sendo uma noção.

Discorrendo sobre o tema, NOVAIS (2006) afirma que a grande maioria dos autores apresenta um conceito de serviços públicos cujos elementos são modificáveis com o passar do tempo, o que constituiria noção para Eros Roberto Grau.

Para ARAGÃO (2009), a natureza das relações de direito resulta do seu conteúdo, sem que sejam analisadas as terminologias, devendo a determinação do conceito e a classificação ocorrerem em razão de técnica jurídica e não pelas finalidades ou fundamentos político-sociais.

Existem três funções estatais que juntas buscam o interesse público, quais sejam: a legislativa, a executiva e a judiciária. A primeira função cria a norma, a segunda aplica-a concretamente e a terceira pacifica conflitos através de decisões definitivas, sendo tais funções oriundas do artigo 2º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina a harmonia e a independência entre elas. A distinção entre as funções estatais revela-se fundamental a fim de identificar quando o Código de Defesa do Consumidor poderá incidir.

Para CHENOT in MELLO (2003, p. 619) citado por Celso Antônio Bandeira de Melo, “dizer que uma atividade é serviço público é dizer que está submetida ao regime de Direito Público”.

O conceito de serviço público é bem delineado à luz da Constituição da República do Brasil de 1988, pois nesse momento histórico foi dado ao Estado a função de proteger o cidadão, garantir a dignidade humana e reduzir as desigualdades sociais, conforme disposto nos artigos 1º e 3º da Constituição da República de 1988.

Sendo assim, para conceituar serviço público devem ser identificadas especificamente as previsões constitucionais sobre prestação de serviço público pelo Estado. O artigo 9º refere-se aos serviços essenciais, o artigo 21 enumera as competências legislativas e materiais da União, o artigo 22, inciso V, dispõe incumbir a União legislar sobre serviços postais.

Os serviços internos são enumerados nos artigos 27, parágrafo terceiro, 52, inciso XIII, 96, inciso I, alínea b e o art. 127, parágrafo segundo, todos da Cons. O artigo 30 dispõe sobre a competência dos Municípios, incluindo o transporte coletivo essencial e o atendimento à saúde da população. Já o artigo 23 prevê as competências comuns a todos os Entes Federados, sendo estas as atividades que podem ser exercidas por qualquer um deles. Há na Constituição, ainda, os serviços públicos de saúde e educação (artigos 34, inciso VII, alínea “e”, 35, inciso III, 167, inciso IV, 198, 208 e 209).

Todas essas atividades são consideradas essenciais pelo Constituinte, observada a alocação orçamentária de recursos e o princípio da reserva do possível. Muitas dessas atividades, como por exemplo, a prestação de serviços de saúde, podem ser prestadas por particulares.

O corpo da Constituição da República traz outros artigos que dispõe sobre a prestação de serviços públicos, sendo possível concluir que é de extensa abrangência a conceituação de serviços públicos para a Constituição da República de 1988. Diante de tantos dispositivos, entende-se em sentido amplo que serviço público refere-se a todas as atividades estatais, inclusive a legislativa e a jurisdicional. A República Federativa do Brasil é, nas

palavras de ARAGÃO (2009), um Estado prestacional por excelência, com uma série de obrigações para com a população.

Para melhor especificar, identifica-se três concepções de serviço público, quais sejam: a concepção ampla, a restrita e a restritíssima. A concepção ampla entende que serviço público é toda atividade exercida pelo Estado, diretamente ou pelo particular que satisfaz as necessidades públicas, defendendo como serviço público o administrativo, o judiciário e o legislativo.

A concepção restrita insere as atividades prestadas pela Administração Pública ou por seus delegatários, passíveis de serem usufruídas direta ou indiretamente de forma preponderante pelos administrados, sob o regime jurídico de direito público. Ressalta-se, portanto, que ficam excluídas as atividades exercidas pelo Judiciário e pelo Legislativo.

Por último, a concepção restritíssima, a qual atribui a serviço público um conceito mais limitado, sendo a atividade prestada direta ou indiretamente pelo Estado a fim de proporcionar comodidade material capaz de atender aos interesses da sociedade em geral, mas desfrutável pelos administrados, sob um regime de direito público.

MELLO (2003) ampara o conceito restritíssimo em dois elementos: o primeiro caracterizado pelo oferecimento de utilidade ou comodidade material a sociedade, tal como fornecimento de energia, água e telefone, cuja titularidade é do Estado diante da importância de tais serviços para a população, mesmo sendo possível a prestação de tais serviços por um delegatário, bem assim como o segundo elemento, o qual implica na submissão da atividade ao regime jurídico administrativo e aos princípios dele decorrentes.

Diante de todo o exposto, restou claro que o conceito de serviço público é passível de alteração com o decorrer dos anos. Acredita-se que o reconhecimento de certa atividade como serviço público deve decorrer de uma escolha política inscrita na Constituição da República e nas leis, não havendo o que se falar em serviço público por natureza.

Tendo em vista as diversas conseqüências jurídicas que podem advir de uma ampla conceituação de serviços públicos, faz-se necessário adotar a noção restritíssima de serviço público, através da conjugação dos elementos material e subjetivo.

Portanto, entende-se como serviço público a atividade prestada pelo Estado ou por seus delegatários, subordinada aos princípios de direito público, que satisfaça as necessidades sociais. É importante frisar que o Estado não repassou a titularidade das atividades para os particulares, mas tão somente repassou a execução desses serviços a fim de oferecer maior comodidade a população.

Percebe-se que a submissão dos serviços públicos somente as regras do regime de direito público torna-se dispensável, sendo possível identificar serviços públicos prestados sob o regime de direito privado sem que seja afastada a configuração da atividade estatal.

Conclui-se mais adequado reconhecer como serviços públicos as atividades prestadas pela Administração Pública direta ou indireta, o que impede o reconhecimento de serviços públicos nos atos dos Poderes Judiciário e Legislativo. Não serão, ainda, incluídas no conceito de serviços públicos as atividades-meio, que servem para instrumentalizar o oferecimento do serviço.

## **2. DA RELAÇÃO DE CONSUMO**

O Código de Defesa do Consumidor, na forma do art.5º, inciso XXXII, da Constituição da República de 1988, é o resultado da concretização de todos os movimentos consumeristas ocorridos no Brasil em prol do reconhecimento dos direitos do consumidor.

A Constituição concedeu uma ordem ao Estado para promover a defesa do consumidor, constituindo uma garantia fundamental aos brasileiros e aos estrangeiros que residem no país, executada pelo Estado-Legislator, Estado-Juiz e Estado-Executivo, na forma da lei. Para CAVALIERI FILHO (2008) o Código de Defesa do Consumidor consiste em princípios de direitos fundamentais com todas as normas e cláusulas gerais para sua interpretação e aplicação.

A defesa do consumidor baseia-se em dispositivos da Constituição, na forma do artigo 170, inciso I e encontra expressa determinação constitucional, constante no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988, tendo seu campo próprio de aplicação, além de objetos e princípios próprios.

Para a maioria dos autores, capitaneados por MARQUES (2008, p. 47), o Código do Consumidor deve ser analisado como um microssistema, ou seja, um pequeno sistema organizado e lógico com um conjunto de normas ordenadas por alguns princípios. Para ela, “quando se aplica um artigo, se aplica toda a lei, e em um sistema espacial e bem estruturado como o CDC, esta é uma verdade muito importante e que pode ser decisiva para alcançar a efetividade desta lei tutelar”.

É importante lembrar a posição contrária capitaneada por TEPEDINO (2008), o qual entende estar errada a concepção de microssistema autônomo e fragmentado, com uma principiologia própria. Para o autor tal concepção não se mostra suficiente para ilustrar a dinâmica do ordenamento, uma vez que a pluralidade de fontes normativas deve conviver com uma unidade axiológica, conferida pelas normas constitucionais. Faz-se mister a harmonização das fontes normativas num ordenamento jurídico unitário.

Independente de ser um microssistema ou não, é certo que o Código de Defesa do Consumidor possui princípios e elementos que devem ser estudados para caracterização de uma relação de consumo. O art. 4º do diploma legal traça os principais objetivos da Política

Nacional das Relações de Consumo, consubstanciados no atendimento das necessidades dos consumidores, respeito à dignidade, saúde e segurança, na proteção de seus interesses, bem como na transparência e na harmonia das relações de consumo.

Feitas essas considerações iniciais, serão examinados os dois princípios mais importantes da relação de consumo, quais sejam os princípios da boa-fé objetiva e da vulnerabilidade do consumidor.

## **2.1. OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.**

Nas lições de CAVALIERI FILHO (2008), os princípios são enunciações normativas de valor genérico com relatos de maior teor de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e incidem sobre uma pluralidade de situações. Constituem mandados de otimização e devem ser realizados da forma mais ampla possível, uma vez que sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, com reconhecimento da dimensão de peso e de medida.

Para diferenciar os princípios das regras e das cláusulas gerais, entende-se, em síntese, que essas são normas de subsunção estabelecidas para um número indeterminado de atos ou fatos que serão nelas tipificados, uma vez que comportam uma série indefinida de aplicações. Já as cláusulas gerais são conceitos jurídicos indeterminados, proposições com termos imprecisos a serem precisados pelo intérprete no momento da aplicação da norma, com base na regra da experiência e observação. Nas palavras de CAVALIERI FILHO (2008), são disposições normativas que utilizam uma linguagem de tessitura intencional aberta, fluída ou vaga, que permite a criação ou o desenvolvimento de normas jurídicas, as quais

fundamentarão a decisão viabilizando a ressystematização destes elementos extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

O primeiro princípio a ser analisado é o da boa-fé objetiva, o qual indica o comportamento adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigível nas relações de consumo.

A boa-fé possui algumas funções no direito brasileiro. A função integradora ou integrativa está expressa no artigo 422 do Código Civil e consiste nos deveres de informar, de cuidado, de cooperação e de lealdade na relação contratual.

A função interpretativa constitui critério hermenêutico ou paradigma interpretativo destinado ao magistrado para ser utilizado na interpretação de todo negócio jurídico que dá ensejo a relação de consumo.

Por derradeiro, fala-se na função de controle, a qual limita o exercício dos direitos subjetivos, reduzindo a liberdade contratual a fim de evitar algumas condutas indesejadas, tais como as práticas abusivas. Sendo assim, a boa-fé como limite do exercício de todo direito subjetivo, passou a ser a segurança da ordem jurídica, sendo certo que não se pode ir mais além sem incorrer em ilicitude.

Quanto ao princípio da vulnerabilidade, este pode ser entendido pela qualidade ou estado de vulnerável, prejudicado, o que é frágil e que pode ser ferido. Qualidade que nas relações de consumo é apenas do consumidor eis que não detendo os mecanismos de controle do processo produtivo e dele participando apenas da última etapa, pode ser ofendido e lesado, em sua integridade física, econômica, psicológica ou moral.

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores e possui algumas espécies, quais sejam: a) Vulnerabilidade Fática - decorrente da discrepância entre a maior capacidade econômica social dos agentes econômicos e a condição hipossuficiente dos consumidores, causado principalmente pelo preconceito social, b) Vulnerabilidade Técnica -

proveniente do fato de o consumidor não possuir conhecimento específico sobre o processo produtivo, assim como seus atributos, sendo o conhecimento e o controle exclusivos do fornecedor e c) Vulnerabilidade jurídica ou científica - resulta da falta de informação do consumidor a respeito de seus direitos, inclusive no que diz respeito a quem recorrer ou reclamar, a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dele, a dificuldade de acesso à Justiça e a impossibilidade de aguardar demorada tramitação de um processo judicial que, por deturpação de princípios processuais legítimos, culmina por conferir situação aos réus, chamados de litigantes habituais.

Percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor, através do princípio da vulnerabilidade, corrige os efeitos do mercado de consumo, atribuindo ao consumidor uma igualdade jurídica destinada a compensar a sua desigualdade econômica frente ao fornecedor.

## **2.2) DOS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO**

A relação de consumo, como uma relação jurídica que é, possui elementos subjetivos, que consistem nas partes envolvidas (fornecedor / consumidor) e o elemento objetivo, caracterizado pelo bem sobre o qual recai o interesse da relação (produto ou serviço). Frise-se não ser imposição do Código de Defesa do Consumidor que haja contrato ou outra espécie de negócio jurídico para seja caracterizada a relação de consumo.

O conceito de fornecedor está no art. 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, sendo toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação,

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

O desenvolvimento de atividade estatal por parte do fornecedor exige a necessidade de uma ação voltada para a obtenção de lucro, direto ou indireto. Imperioso ressaltar que a atividade do fornecedor deve ser contínua, ou melhor, habitual, não importando se empreendida de forma eventual ou típica. Diante desta assertiva, lembre-se do princípio da continuidade dos serviços públicos, que pode servir como elemento para caracterização de uma relação de consumo.

O consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor). O termo consumidor enseja discussão doutrinária entre a teoria maximalista, que busca uma interpretação mais extensiva do conceito, bastando retirar o objeto (produto ou serviço) do mercado de consumo e a teoria finalista que leva em consideração a destinação fática e econômica do bem, restringindo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos que não utilizam os produtos ou serviços como insumos de produção.

O Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria finalista mitigada para conceituar o consumidor, acrescentando no bojo do conceito a necessidade de o consumidor ser vulnerável para que goze da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Os produtos e serviços consistem nos elementos objetivos apontados pelo ordenamento jurídico para formar a relação de consumo. O produto, conforme disposições do parágrafo primeiro do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, sendo caracterizado por uma obrigação de dar.

Em relação ao serviço, corresponde às atividades inseridas no mercado de consumo destinadas a propiciar vantagem ao consumidor. Na forma do parágrafo segundo do artigo 3º

do Código de Defesa do Consumidor, o serviço consiste em qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração.

Um ponto de suma relevância dentro desse tema atine a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, o que será analisado a seguir.

### **3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR APLICADO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS.**

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) remete expressamente aos serviços públicos, sendo certa sua aplicação. O *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.078/90 preceitua ser também fornecedor a pessoa jurídica de direito público, incluindo a Administração Pública direta ou indireta na aplicação do diploma consumerista.

O artigo 4º da lei em comento, ao tratar da Política Nacional das Relações de Consumo dispõe ter esta por objetivos o atendimento à necessidade dos consumidores, o respeito à dignidade, saúde e segurança, a melhoria da qualidade de vida, a proteção dos interesses consumeristas, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos, dentre outros requisitos, o da racionalização e melhoria dos serviços públicos.

É visando à harmonia entre os interesses dos consumidores e dos fornecedores que o inciso VII do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor ordena a racionalização dos serviços públicos, sendo necessários que os fornecedores de serviços públicos se preocupem com a garantia de segurança, qualidade e saúde dos serviços oferecidos aos consumidores.

O inciso X do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor ao prever como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação de serviços públicos, evidencia o dever de o prestador de serviço público dirigir sua atenção ao consumidor.

Corroborando com a proteção ao consumidor, o art. 22 da lei em evidência preconiza que os órgãos públicos ou seus delegatários são obrigados a fornecer serviços eficientes, adequados, seguros e, no que tange aos essenciais, contínuos, lembrando do princípio de direito administrativo da continuidade dos serviços públicos.

Quanto às sanções administrativas, o parágrafo primeiro do artigo 59 da Lei nº 8.078/90 também remete aos serviços públicos. O *caput* do mencionado dispositivo dispõe que as penas de cassação de alvará de licença, de suspensão temporária da atividade e de interdição serão aplicadas após regular procedimento administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, sempre que o fornecedor reincidir na prática de infrações graves. Logo em seguida, o parágrafo primeiro estabelece aplicação da pena de cassação da concessão à concessionária de serviço público quando esta violar obrigação legal ou contratual.

Adentrando mais afundo no regime de concessão ou permissão de serviços públicos, é possível destacar a proteção do consumidor em outras legislações que regulam serviços específicos. Inicialmente se destaca a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos estabelecendo no artigo 7º, *caput* e nos seus incisos, direitos dos usuários, dispondo que tais direitos serão exercidos sem prejuízo do disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Para PFEIFFER (2000) tal ressalva tem suma importância para reforçar o acerto da conclusão quanto à plena aplicação da lei consumerista aos serviços públicos concedidos, bem como para demonstrar a intercambialidade entre o Código de Defesa do Consumidor e as legislações específicas que regem o regime de concessão.

O mencionado autor destaca, ainda, as legislações sobre energia elétrica e telecomunicações. Pode-se mencionar a Lei nº 9.478/97 que dispõe sobre a Política Energética Nacional, estabelece no inciso III do art. 1º a necessidade de proteger os interesses dos consumidores quanto ao preço, qualidade e oferta dos produtos.

Vale destacar, ainda, a Lei nº 9.472/97 que disciplina as relações econômicas no setor das telecomunicações que em seu art. 5º estabelece princípios s serem observados, salientando, dentre eles, a defesa do consumidor, consagrando em seu art. 3º os direitos do usuário.

Portanto, insista-se, nenhum dos direitos dos usuários poderá ser interpretado de modo a restringir o alcance de qualquer dos direitos estabelecidos na Lei nº 8.078/90, sendo tal afirmativa ratificada pela lei geral das concessões (Lei nº 8.987/95) que estabelece a não exclusão da lei de proteção aos consumidores ante as suas normas.

Todavia, apesar do panorama legislativo acima demonstrado, ainda não existe consenso doutrinário acerca de quais serviços públicos estariam inseridos na concepção consumerista a fim de autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

### **3.1. OS SERVIÇOS PÚBLICOS E AS SUAS REMUNERAÇÕES**

É importante lembrar, mais uma vez, que a remuneração do serviço é indispensável para caracterização da relação de consumo, até mesmo quando o fornecedor for um ente público ou um delegatário. No entanto, faz-se necessário identificar qual espécie de remuneração autoriza a incidência do Código de Defesa do Consumidor quando o serviço prestado é público.

Admitindo-se a remuneração de forma ampla, estar-se-á autorizando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em hipóteses nas quais o serviço é custeado por tarifa, ou seja, o usuário paga diretamente pelo serviço, bem assim quando a remuneração se dá através dos tributos, como ocorre nos serviços de educação e saúde, eis que não há remuneração direta para tais serviços.

RIZZATO (2000) adota a corrente ampla, a qual acredita que ficam compreendidos na legislação consumerista todos os serviços públicos, inadmitindo qualquer ressalva. Afirma que as exceções foram enumeradas expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: os serviços prestados na ausência de remuneração e os de caráter trabalhista, não distinguindo a Lei nº 8.078/90 entre os serviços, os de natureza pública.

Em contrapartida, outra vertente doutrinária entende exatamente o oposto da corrente antes mencionada. Há doutrinadores, tal como AMARAL (2001), que negam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, distinguindo de maneira veemente o usuário de serviços públicos e o consumidor. Portanto, afirmam que a relação de consumo possui natureza privada, totalmente dissociada de uma relação de direito público, travada entre a Administração Pública e seus usuários.

Existe, ainda, uma concepção intermediária doutrinária majoritária. Dentre os defensores desse corrente, destaca-se Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer o qual entende “que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se apenas aos serviços públicos remunerados por taxa ou preço público (tarifa). Os serviços públicos gerais, custeados pelos impostos, não comportam remuneração específica, não se incluem nas relações de consumo.” PFEIFFER, (2008).

Para esta última corrente, defendida por NOVAIS (2006), o Código de Defesa do Consumidor aplica-se apenas aos serviços públicos remunerados por tarifa e prestados *uti singuli*, ou seja, o Estado os presta diretamente ou por intermédio de um delegatário, sendo

passível a individualização no uso do serviço. Portanto, não estão abarcados pela proteção consumerista os serviços gerais, denominados de *uti universi*, os quais são remunerados por taxa ou imposto.

Os impostos são absolutamente desvinculados, tanto que a verba arrecadada não pode ser vinculada a prestação de serviço, bem assim como o seu pagamento é feito independentemente da utilização do serviço, não se admitindo falar em remuneração, ainda que indireta, dos serviços *uti universi*.

Ressalta-se que o pagamento dos impostos é obrigatório e decorre do poder de império do Estado, destinado a manter a coletividade sem que seja possível individualizar a utilização dos serviços. A Administração Pública ao atuar na busca do bem comum, detém o poder de impor condutas aos indivíduos, tal como o pagamento do imposto, sempre com a observância dos princípios da anterioridade e da legalidade.

Quanto à remuneração de serviços públicos por taxa, embora sejam prestados de forma divisível (*uti singuli*), a sua prestação decorre do poder de polícia do Estado, sendo o pagamento compulsório. Há, neste caso, uma relação de direito tributário, não se tratando de uma relação de direito privado, mais especificamente, de uma relação consumerista.

A fonte jurídica da taxa é a lei tributária, sendo compulsória até mesmo quando houver mera potencialidade do uso do serviço. Ademais, o Estado quando impõe o pagamento da taxa não leva em consideração a capacidade contributiva do contribuinte, mas utiliza apenas certa equivalência com o serviço.

Em ambos os casos (nos serviços públicos remunerados por taxa e por impostos), parece difícil reconhecer no Estado a figura de fornecedor e, conseqüentemente, uma relação jurídica de consumo.

Para NOVAIS (2006), o Código de Defesa do Consumidor foi criado para regulamentar as relações de consumo, sendo a sociedade de consumo estigmatizada pelo

exagerado crescimento de necessidades, produzidas por instrumentos de publicidade e pelo confronto com fornecedores cada vez mais numerosos que se esforçam para conquistar o consumidor vulnerável mediante competição.

Portanto, a relação jurídica de consumo entre o Estado e o usuário de serviços públicos somente estará caracterizada quando aquele assumir o papel de fornecedor, conforme disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Deste modo, é necessário que o Estado assuma o papel de agente econômico no mercado de consumo, prestando serviços de natureza comercial ou industrial, sendo cabível, então, a aplicação integral do diploma consumerista.

Refutada as hipóteses de o serviço remunerado por taxa ou imposto serem regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, volta-se as hipóteses nas quais caberá a aplicação da lei consumerista, quando houver a remuneração do serviço mediante o pagamento de tarifa ou preço público.

A tarifa não encontra subordinação aos princípios tributários, nem tampouco precisa ser previamente instituída por lei orçamentária, eis que se funda na vontade do indivíduo que utiliza o serviço posto a disposição pelo Estado ou por um de seus delegatários. Sobressai, portanto, a natureza contratual da tarifa, eis que as partes possuem direitos e deveres, sendo vedado a uma delas alterar unilateralmente alguma cláusula contratual.

### **3.2. O USUÁRIO E O CONSUMIDOR DE SERVIÇO PÚBLICO**

Restou evidente a impossibilidade de excluir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. Na verdade, conforme lições de PFEIFFER (2008), o usuário de serviço público é gênero, dentro do qual, o consumidor de serviço público é uma

espécie. Deste modo, todas as pessoas que utilizam serviços públicos são consideradas usuários. Entretanto, nem todo usuário será considerado consumidor, uma vez que para sê-lo faz-se mister que se encaixe no conceito disposto no artigo 2º da Lei nº 8.078/90 o qual considera consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, mediante remuneração por tarifa.

### **3.3 O ESTADO FORNECEDOR NO MERCADO DE CONSUMO**

Para ser fornecedor, segundo NOVAIS (2006), o Estado – diretamente ou por seus delegatários-, deve prestar serviço remunerado no mercado de consumo. Se, por um lado, o fornecedor objetiva ganhar seu cliente-consumidor e desenvolve táticas para conquistá-lo, por outro lado, o fornecedor possui uma posição privilegiada capaz de impor desvantagens imperceptíveis diante da visão do consumidor. Por esse e outros motivos que a proteção diferenciada do consumidor tem o objetivo de alcançar a igualdade entre as partes envolvidas na relação de consumo.

Buscar a igualdade substancial é uma tarefa válida para os casos nos quais estejam envolvidos fornecedores e consumidores, uma vez que a vulnerabilidade é inerente ao consumidor. Também a Administração Pública quando assume a posição de fornecedor deve atender ao dever de agir com lealdade, pautando-se na boa-fé objetiva e nos seus deveres anexos de proteção, informação e cooperação.

Em alguns setores há pouca competição, diferentemente de outros setores os quais possuem competição acirrada, como por exemplo, o setor de telefonia. Todavia, a ausência de competição não é motivo capaz de inviabilizar a aplicação do Código de Defesa do

Consumidor aos serviços públicos que são remunerados mediante o pagamento de tarifa na busca da igualdade entre as partes da relação de consumo.

## CONCLUSÃO

É possível concluir que o Estado sofreu grandes transformações, desenvolvendo-se desde o Estado irresponsável, o qual não se submetia as regras por ele mesmo elaboradas, passando pelo Estado Liberal, na busca de uma menor participação estatal na esfera privada, até chegar ao Estado Social, o qual passou a assumir um papel mais assistencialista, antes feito pela igreja ou por instituições privadas.

Do mesmo modo, o conceito de serviço público evoluiu, sendo certo que o presente estudo identificou três critérios adotados pela maioria dos autores acerca do tema, quais sejam: o critério subjetivo, o critério objetivo e o critério material.

O critério subjetivo considera a pessoa prestadora de serviço e permite que somente sejam serviços públicos as atividades perpetradas pelo Estado. O critério objetivo compreende o serviço público como todas as atividades que estejam a cargo da Administração Pública e que sejam indispensáveis para atender o interesse da coletividade e, por fim, o critério material, o qual entende ser serviço público toda a atividade regida por preceitos do direito público e marcadas por regras especiais publicistas. Percebe-se que este último critério não é essencial, uma vez que vem sendo admitida influência e aplicação de algumas normas de direito privado no campo dos serviços públicos.

Verifica-se, ainda, três concepções de serviço público. A concepção ampla, a qual entende que serviço público é toda atividade exercida pelo Estado, defendendo como serviço público o ato do Administrativo, do Judiciário e do Legislativo.

A concepção restrita, que insere as atividades prestadas pela Administração Pública ou por seus delegatários, passíveis de serem usufruídas direta ou indiretamente de forma preponderante pelos administrados, sob o regime jurídico de direito público, excetuando as atividades exercidas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo e, por último, a concepção restritíssima, a qual acrescenta a corrente restrita outros dois elementos, o primeiro caracterizado pelo oferecimento de serviços que possuam utilidade ou comodidade para os administrados, tais como água e luz e o segundo elemento, o qual implica na submissão da atividade ao regime jurídico administrativo e aos princípios dele decorrentes.

Portanto, delineou-se o conceito de serviço público como sendo as atividades prestadas pela Administração Pública direta ou por seus delegatários, excluindo os serviços prestados pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo.

A *posteriori*, percebe-se que antes de aplicar o Código de Defesa do Consumidor as atividades prestadas pelo Poder Público é necessário verificar a existência de uma relação de consumo, caracterizada pelo Estado no papel de fornecedor, pelo usuário no papel de consumidor e pelas características da habitualidade e da remuneração.

Acerca dos princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva e a vulnerabilidade do consumidor são os pilares axiológicos de uma relação de consumo. As partes devem agir com lealdade e o consumidor precisa contar com a aplicação do princípio da vulnerabilidade para que alcance a igualdade substancial frente ao fornecedor.

Entretanto, antes de aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, faz-se mister apontar qual a remuneração que o Estado está recebendo para prestar

determinado serviço, podendo ser um tributo, especificamente no presente estudo, o imposto ou a taxa, ou se a remuneração se deu por tarifa, também denominado de preço público.

Ressalta-se que o pagamento do imposto e da taxa é compulsório, eis que existe, na verdade, uma relação de direito tributário. O imposto não possui vinculação, uma vez que toda a sociedade é a beneficiária. Já a taxa apesar de permitir a individualização do beneficiário e a prestação do serviço, advém do Poder de Polícia estatal, não havendo voluntariedade no seu pagamento, sendo este devido desde que haja a disponibilidade do serviço público, independente da efetiva utilização dele pelo usuário.

Destaca-se a diferença entre a figura do usuário e a do consumidor, caracterizando-se aquele como gênero, da qual o consumidor afigura-se como espécie. Por derradeiro, analisa-se a tarifa ou preço público, o qual permite a individualização do serviço e o usuário-consumidor efetua o pagamento de acordo com a sua vontade, o que faz nascer, apenas neste caso, uma relação contratual entre as partes a qual permite a incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Distinção entre usuário e consumidor*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 225, p. 217-219, jul. / set. 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/buscarrevistas.asp?txtbusca=Alexandre%20Aragão](http://www.direitodoestado.com.br/buscarrevistas.asp?txtbusca=Alexandre%20Aragão)>. Acesso em 22 jan. 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. volume IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secodant, Baron de. *O Espírito das Leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos e Relação de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Serviços Públicos concedidos e proteção do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, nº 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, P. 170-171, out./dez. 2000.

\_\_\_\_\_. *Serviços Públicos e Código de Defesa do Consumidor* in TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporânea: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

RIZZATTO, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º ao 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais* in TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporânea: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.