

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Princípio da Vedação do Retrocesso e a Possibilidade de Interrupção de Serviços Públicos
Essenciais por Inadimplemento

Ana Paula Luz e Silva Pereira

Rio de Janeiro
2011

ANA PAULA LUZ E SILVA PEREIRA

O Princípio da Vedação do Retrocesso e a Possibilidade de Interrupção de Serviços Públicos Essenciais por Inadimplemento

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

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a. Katia Silva

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO E A POSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS POR INADIMPLEMENTO

Ana Paula Luz e Silva Pereira

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito.
Advogada.

Resumo: O objetivo precípua do presente trabalho é debater à luz do direito constitucional, especialmente considerando o princípio da vedação do retrocesso social, a controvertida legalidade da norma prevista no artigo 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95 e a conseqüente revogação que teria ocorrido da Lei nº 8.078/90, em seu artigo 22. Desta forma, tendo como norteador o princípio da vedação do retrocesso social, pretende-se aventar se a norma infraconstitucional poderia revogar outra norma de mesma natureza que concretiza direito previsto na Carta Magna – no caso específico, a proteção ao consumidor – restringindo-o.

Palavras-chave: Vedação de retrocesso. Serviços públicos. Interrupção.

Sumário: Introdução. 1. Princípio da vedação de retrocesso. 1.1 Conceito. 1.2. Aplicação no direito brasileiro. 2. A proteção constitucional ao consumidor. 3. Breve conceituação de serviço público. 4. Interrupção dos serviços públicos essenciais por inadimplemento do usuário - análise da constitucionalidade da alteração legislativa. 5. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A doutrina européia desenvolveu relevante princípio relacionado à eficácia dos direitos fundamentais. Trata-se do princípio da vedação ao retrocesso social, segundo o qual, existindo direitos previstos na Constituição da República e sendo estes concretizados por norma infraconstitucional, não poderá nova norma infraconstitucional revogar a anterior sem que tal revogação seja acompanhada de política substitutiva.

Tal teoria é adotada com amplitude em países de tradição jurídica anglo-germânica, tais como Portugal, Itália e Alemanha. Contudo, no Brasil a discussão sobre a existência do referido princípio na Constituição da República se revela recente, tendo sido iniciada por José Afonso da Silva¹ em seu livro “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter em alguns julgados utilizado este princípio como fundamento para suas decisões, ainda é controvertida a sua aplicabilidade ao direito pátrio.

Recente exemplo de discussão sobre a possibilidade de aplicação do referido princípio, se tem no tocante à possibilidade de interrupção da prestação de serviço público em caso de inadimplemento do usuário.

A Lei nº 8.987/95, em seu artigo 6º, §3º, II, autoriza o delegatário de serviço público a interromper a sua prestação em caso de inadimplemento por parte do usuário. Ocorre, entretanto, que a Lei nº 8.078/90, em seu artigo 22, é expressa quanto à continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais. Diante disso, a norma posterior teria revogado a norma anterior neste tema específico.

No entanto, a proteção ao consumidor é preceito previsto na própria Constituição da República e por isso certo é que trata o dispositivo tacitamente revogado de norma concretizadora de direito previsto na Constituição.

¹ SILVA *apud* DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 136.

Tendo como norteador o princípio da vedação do retrocesso social, urge a discussão sobre se a norma infraconstitucional poderia revogar outra norma de mesma natureza que concretiza direito previsto na Carta Magna – no caso específico, a proteção ao consumidor – restringindo-o.

O precípuo objetivo do trabalho é discutir a aplicabilidade no direito pátrio do princípio da vedação de retrocesso. Para tanto, deverá ser pesquisada doutrina e jurisprudência sobre o tema. Especialmente se busca discutir a possibilidade de aplicação do princípio ao caso concreto e, portanto, há de se analisar sua incidência na norma protetiva ao consumidor, especialmente no tocante à interrupção do serviço público por inadimplemento do usuário.

1. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO.

1.1. CONCEITO

A Constituição da República de 1988 tratou com merecida importância a matéria dos direitos fundamentais. Dentre as inovações sobre esse tema originadas na Carta Magna, tem-se a confirmação do caráter fundamental dos direitos sociais, a inclusão de cláusulas pétreas outorgadas com a finalidade de maior proteção dos direitos fundamentais e a determinação de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, em conformidade com o artigo 5º, §1º, daquele diploma.

No tocante à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, faz-se imperativa brevíssima análise da efetividade dos princípios constitucionais.

Os princípios são normas finalísticas, vez que estabelecem um fim a ser atingido. Ressalte-se que o referido fim não necessariamente representa um ponto final, mas um conteúdo desejado, um estado ideal de coisa a ser atingido.

Nas palavras de Humberto Ávila²:

O importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza. Como afirma Weinberger, a relação meio-fim leva à transferência da intencionalidade dos fins para os meios. Em outras palavras, a positivação dos princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.

Adotando a lógica supracitada, não são os princípios meros valores cuja concretização está sujeita a preferências pessoais do legislador infraconstitucional ou do administrador. Antes, instituem a obrigatoriedade da adoção de medidas imperativas à concretização de um estado de coisas. Os princípios, assim, embora relacionados a valores, com eles não se confundem em virtude da carga de obrigatoriedade que carregam.

Desse ponto decorre a discussão a respeito da eficácia dos princípios. A consideração da eficácia dos princípios tem se mostrado fundamental na apreciação de sua normatividade. Ocorre, no entanto, que as modalidades de eficácia somente poderão produzir os efeitos pretendidos se conhecidos forem os propósitos dos princípios constitucionais, uma vez que seria impossível concretizar o que se ignora.

A seguir, analisam-se brevemente quatro das espécies de eficácias atribuídas aos princípios constitucionais por Luis Roberto Barroso³, sendo certa a especial atenção na última modalidade.

² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 80.

³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 378 - 381.

Inicialmente, há a chamada eficácia jurídica positiva ou simétrica. Esta é a eficácia associada a maior parte das regras. Seu fim - seja quando aplicada a regras, seja quando aplicada a princípios - é o de reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma os direitos subjetivos aos seus efeitos, de modo que haja a possibilidade de obtenção da tutela específica da situação contemplada no texto legal. Assim, se, por ação ou omissão, o fim pretendido pelo princípio constitucional não chegou a se realizar, a eficácia simétrica garante a quem teve o seu direito violado a possibilidade de exigi-lo pela via judicial.

Em seguida, ressalte-se a eficácia interpretativa dos princípios constitucionais. Segundo esta, é exigível do judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as normas de hierarquia superior a estas relacionadas. Aplicável é esta regra às normas infraconstitucionais relacionando-as com as normas constitucionais e também dentro da própria constituição em relação aos princípios, embora estes não possuam hierarquia entre si, a fim de proporcionar unidade e harmonia ao sistema. Nesse sentido, a eficácia interpretativa dos princípios se dá em nortear a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Há ainda uma terceira espécie de eficácia: a eficácia negativa. Esta permite que todas as normas ou atos que violem os propósitos esperados pelos princípios constitucionais sejam declarados inválidos.

Finalmente, tem-se a modalidade de eficácia dos princípios constitucionais que deverá ser a fundo analisada, a saber: a eficácia vedativa do retrocesso. Tal modalidade de eficácia dos princípios constitucionais, derivada da eficácia negativa, implica na progressiva ampliação dos direitos fundamentais – o que para Luís Roberto Barroso⁴ está explícito nos artigos 5º, §§ 2º, e 7º da Constituição da República – tornando inadmissível a revogação de normas que concedam ou ampliem tais direitos, sem que a modificação seja seguida de política substitutiva ou análoga.

⁴ *Ibid.*, p. 378 - 381.

Feito esse sintético apanhado sobre os meios de efetivação das normas originadas nos princípios constitucionais, importa que se analise especialmente a ainda controvertida modalidade vedativa do retrocesso, também conhecida como princípio da vedação do retrocesso.

Em uma análise comparada, a eficácia vedativa do retrocesso aplica-se amplamente em países como Alemanha, Portugal e Itália, tal como afirma Felipe Derbli⁵.

Em Portugal, a tese foi precipuamente defendida por J. J. Gomes Canotilho⁶ que cabalmente asseverou que:

O princípio da vedação do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.

Assim, na visão do festejado autor constitucionalista, a proibição do retrocesso social justificará a medida repressiva de inconstitucionalidade das normas porventura aniquiladoras das conquistas sociais.

Resume o nobre autor⁷ o conceito, afirmando que “a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”.

Também o notável autor português Jorge Miranda⁸ trata do tema, afirmando que os direitos constitucionais sociais carecem de normas concretizadoras que os tornam inteiramente atuantes por meio de direitos derivados a prestações. Prossegue seu entendimento, explicando que eliminar as normas infraconstitucionais concretizadoras dos direitos sociais significaria retirar eficácia das normas constitucionais de que são viabilizadoras, o que seria inconstitucional.

⁵ DERBLI. *op. cit.*, p. 136.

⁶ CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 333.

⁷ *Ibid.*, p. 334.

⁸ MIRANDA *apud* DERBLI, *op. cit.*, p. 154.

Adverte-se oportunamente que ambos os ilustres doutrinadores fixam entendimento de que o legislador terá liberdade de atuação em razão do princípio democrático, sendo-lhe obstadas as restrições arbitrárias do acesso aos direitos sociais previstos na Constituição da República e concretizados em lei.

Também o Tribunal Constitucional português aplicou o discutido princípio. Entendeu inicialmente de forma radical, afirmando que após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental seria proibido ao legislador revogar essa lei, repondo o estado de coisas anterior. Mais recentemente, aquele Tribunal reiterou suas decisões, contudo ressaltando que o princípio da vedação do retrocesso não se refere a qualquer diminuição de benefícios sociais, mas somente às inovações que atingissem o núcleo essencial do direito à existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

No Brasil, o debate sobre o princípio da proibição do retrocesso foi inaugurado por José Antônio da Silva quando em sua tese sobre a “aplicabilidade das normas constitucionais” declarou que, no caso das normas constitucionais programáticas, as determinações constitucionais dali provenientes indicam ao legislador quais diretrizes lhes são vedadas, mostrando-se inconstitucionais as leis que regridam na determinação constitucional. Aqui, segundo a idéia do autor, haveria a formação de um direito subjetivo negativo, sendo possível a impugnação de atos que conflitassem com o teor constitucional.

Seguindo a idéia desse ilustre autor, a doutrina pátria formou-se no sentido de, em sua maioria, acolher a existência de uma proibição do retrocesso.

De modo bastante elucidativo, Ingo Sarlet⁹ relaciona o princípio da vedação do retrocesso à existência, no ordenamento pátrio, de um direito fundamental à segurança jurídica e à necessidade da proteção da confiança, proteções que estariam profundamente relacionadas ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, destaca em sua obra que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição do retrocesso estaria contido implicitamente em razão da interpretação de alguns princípios e argumentos de matiz constitucional, dentre os quais destaca Ingo Sarlet o princípio do Estado democrático e social de direito, que imporia um patamar mínimo de segurança jurídica. Ressalta ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, que exigiria a satisfação por meio de prestações positivas de uma existência condigna. Indica da mesma forma os princípios da máxima eficácia e efetividade de normas definidoras de direitos fundamentais, bem como as manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição da República no tocante à proteção contra medidas de cunho retroativo. Lembra também relevantemente o princípio da proteção da confiança segundo o qual se imporia o respeito à confiança depositada pelos indivíduos em relação à existência de uma mínima estabilidade e continuidade da ordem jurídica. Ademais, cita a vinculação dos órgãos estatais aos atos anteriores, como corolários da segurança jurídica e da proteção da confiança. Finalmente, o nobre autor enaltece o fato de que negar reconhecimento à vedação ora discutida implicaria o reconhecimento de que os órgãos legislativos disporiam de poder de tomar livremente suas decisões, ainda que em desrespeito à disposição constitucional.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: *Revista da Ajuris*, Ano XXXI – n. 95, Setembro de 2004.

Explicando o princípio da vedação do retrocesso, destaca ainda Ingo Sarlet¹⁰, que entendem os seus defensores que:

[...] após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais da esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.

Ressalta ainda que dentro desta concepção o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República protegeria os direitos fundamentais não apenas do poder constituinte derivado, mas também dos legisladores ordinários e outros órgãos estatais.

Segundo a concepção de Ana Paula de Barcellos¹¹ a eficácia vedativa do retrocesso deve ser aplicada como o respeito de um mínimo devido pelo grupo eleitoralmente vitorioso, não podendo ser compreendido - segundo a autora - como impeditivo a qualquer tipo de restrição à regulamentação vigente.

De forma sintética, Luis Roberto Barroso¹² explica que, segundo o princípio ora discutido, que não seria expresso, mas decorrente do sistema jurídico-constitucional, após ser um mandamento constitucional regulado por lei, institui-se para o cidadão um direito que, uma vez incorporado ao “patrimônio jurídico da cidadania”, não poderá ser arbitrariamente suprimido.

Certo é pela análise dos autores citados que a ideia de respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais - que estaria sempre ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana - é repetidas vezes citadas pela doutrina nacional como um dos critérios materiais para a aplicação adequada de alguns limites para o princípio da vedação do retrocesso.

¹⁰ *Idem*. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 373 - 374.

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 86 - 88.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

Finalmente, adverte-se – como o fez Ingo Sarlet¹³ tratando do tema – que a despeito de a proibição do retrocesso ser particularmente importante no que se refere à proteção dos direitos fundamentais sociais, tal princípio “diz com a possibilidade de limitar a auto-reversibilidade de medidas do Poder Público que tenham concretizado direitos fundamentais em geral”. Assim, não há quaisquer óbices a que seja considerada a vedação ao retrocesso apta a proteger direitos difusos, como os que serão adiante apresentados, eis que “resultante do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais”.

1.2. APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio da vedação do retrocesso foi objeto de pronunciamento pelo egrégio Supremo Tribunal Federal originariamente no voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2065/DF, em que era questionada a validade de medida provisória que teria revogado os artigos 6º e 7º da Lei n. 8212/91 e dos artigos 7º e 8º da Lei n. 8213/91. Ainda que o Tribunal não tenha conhecido daquela ação por entender se tratar de ofensa reflexa à Constituição, eternizou-se o voto do ilustre Ministro por ter exposto como um de seus argumentos pela inconstitucionalidade da lei ali discutida, o fato de ter a derogado lei anterior necessária à eficácia plena da norma constitucional.

Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora da Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulamentação integradora precedente – pré ou pós-constitucional – pelo retorno ao vazio normativo

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista da Ajuris*. Ano XXXI, n. 95, setembro de 2004, p. 113 e 125.

que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária¹⁴.

Ainda outra vez o tema foi mencionado no Pleno da Corte quando o Ministro Celso de Mello¹⁵, em seu voto no julgamento da ADI 3105/DF, concluiu que o artigo 4º caput e parágrafo único da Emenda Constitucional n. 41/2004 seriam inconstitucionais, entre outros fundamentos, por violar o princípio da proibição do retrocesso.

[...] refiro-me, neste passo, ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC n. 41/2003, aos inativos e pensionistas), impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...]

Ainda outras vezes o tema foi levantado naquela egrégia corte sem que, contudo, o Tribunal o tenha sido expresso em sua aplicação no direito constitucional brasileiro.

Não obstante, ainda que o STF não tenha se utilizado do princípio da vedação do retrocesso, esse princípio tem sido em diversas ocasiões aplicado na jurisprudência brasileira.

Assim, podem ser destacados julgados proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que acolheram a violação ao princípio da proibição do retrocesso, a fim de declarar a inconstitucionalidade de normas questionadas perante aqueles Tribunais.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2065/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Publicado no DOU de 04 de junho 2004. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>>. Acesso em: 22 de set. 2011

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3105/DF. Relator Min. Cezar Peluso. Publicado no DOU de 23 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 22 de set. 2011

Ilustrativamente, destaca-se a ementa de um dos julgados nesse sentido proferido na arguição de inconstitucionalidade n. 2002.51.01.016646-0 julgada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região¹⁶.

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PODER PÚBLICO PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL COMO CONSUMIDOR. INADIMPLÊNCIA DO PODER PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PELA CONCESSIONÁRIA LIGHT. PREVALÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ART. 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, DEVIDAMENTE AMPARADA PELO ART. 1º, III, ART. 5º, XXXII E ART. 170, V, TODOS DA CRFB. CARACTERIZAÇÃO, NA HIPÓTESE, DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL, DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL.

[...] II - A LIGHT e a ANEEL entendem que os dispositivos legais autorizadores, e aplicáveis ao caso *sub examen*, seriam, basicamente, o art. 17 da Lei nº 9.427/96 e o art. 6º, parágrafo 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95.

[...] IV – No entanto, adequada interpretação revela que o art. 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.

[...] VI - Deve ser conferida ao art. 17 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e ao art. 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.

2. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

As primeiras leis que abrigaram os direitos do consumidor, bem como as primeiras entidades com a mesma finalidade, surgem a partir da segunda década do século XX. O processo de construção de um direito que amparasse o consumidor se deu de forma lenta e gradativa e

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. ARGINC n. 2002.51.01.016646-0. **Relator: Desembargador Federal Reis Friede**. DJ de 12/02/2008 Disponível em: < <http://www.trf2.gov.br/jurisprudencia/infojur140.pdf>>. Acesso em: 22 de set. 2011

apenas teve impulso com o fim da Segunda Guerra Mundial com o surgimento das sociedades de consumo.¹⁷

Igualmente, a proteção do consumidor como uma garantia constitucional é extremamente recente, tendo assumido status constitucional de maneira pioneira pela Carta Magna espanhola em 1978. Em 1982 foi a norma introduzida na Constituição portuguesa através da primeira revisão constitucional portuguesa e posteriormente retirada daquela Carta Magna na segunda revisão constitucional em 1989¹⁸.

No Brasil, a norma foi acrescentada em diversos dispositivos da Carta Magna de 1988. Entre outras normas, foi especialmente prevista no artigo 5º, XXXII, no título de direitos e garantias fundamentais segundo a qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e também retratada na norma do artigo 170, V, em que se declarou ser a defesa do consumidor também um princípio da ordem econômica.

No tocante à natureza de direito fundamental da defesa do consumidor, Fabio Konder Comparato¹⁹ defende que não vislumbrou o constituinte no artigo 5º, XXXII, da Constituição da República brasileira de 1988, criar “situações subjetivas em que alguém possa, efetivamente, exigir algo de outrem”. Para o autor a declaração contida no dispositivo citado deve ser interpretada em conjunto com o artigo 170, V, da Constituição como um elemento diretor da ordem constitucional objetiva e não como um direito fundamental.

¹⁷ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.46.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil*. Ano XXIX n. 77, p. 66 e 67.

¹⁹ *Ibid.*, p. 66 - 67.

Não obstante a posição do notável doutrinador, outros nobres autores tais como José Afonso da Silva²⁰, Inocêncio Mártires Coelho²¹ e Alexandre de Moraes²², apontam conclusões em sentido diverso.

Segundo José Afonso da Silva²³, a natureza jurídica do direito constitucional à defesa do consumidor é direito coletivo. Segundo o autor, erigiram-se os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Relevantemente, ressalta que associada à defesa do consumidor como direito fundamental coletivo, a previsão do artigo 170, V - que eleva a defesa do consumidor a princípio da ordem econômica - abre “larga brecha na economia de mercado, que se esteia em boa parte, na liberdade de consumo”.

No mesmo sentido, Inocêncio Mártires Coelho²⁴ comenta que a constitucionalização da defesa do consumidor elevou-a a um status de direito fundamental, não afastada a sua característica de princípio geral da atividade econômica.

De uma forma ou de outra – direito fundamental ou princípio constitucional – certo é que a proteção constitucional ao consumidor revela a indubitável intenção do legislador constitucional em acompanhar a tendência mundial de assegurar a defesa dos consumidores em face das crescentes disparidades impostas pelo mercado.

Segundo Alexandre de Moraes²⁵, a novidade constitucional trazida pela proteção desse relevante direito em nível constitucional retrata a preocupação do constituinte com as hodiernas relações consumeristas. Para tanto, determinou ainda que fosse editada norma ordinária

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129.

²¹ MENDES, Gilmar Fereira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1362.

²² MORAES, Alexandre de. *Direito humanos: teoria geral, comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 191.

²³ SILVA. *op. cit.*, p. 129.

²⁴ MENDES; COELHO; BRANCO. *op. cit.*, p.1.362.

²⁵ MORAES. *op. cit.*, p. 191.

regulando as relações e os seus mecanismos de proteção, o que foi concretizado com a edição da Lei n. 8078/90 – o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, quando trabalhados os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, não se pode olvidar que também constitucionalmente foi instituída a defesa do consumidor de modo que, não havendo princípios prevalentes, deverão estes ser ponderados no caso concreto.

3. BREVE CONCEITUAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina. Destaca-se a conceituação do renomado autor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶, o qual explica serviço público como sendo uma:

“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 vezes, sob um regime de Direito Público”.

Em razão de suas peculiaridades, a prestação de serviços públicos possui sistematização própria e princípios peculiares que não devem ser afastados. Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁷ lembra que os princípios estabelecidos para o serviço público decorrem de uma interpretação do conceito jurídico indeterminado constitucional de serviço adequado previsto no artigo 175, parágrafo único, IV, da Constituição da República.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 671

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 475

Destaca-se, pela pertinência com o tema tratado, o princípio inerente à prestação do serviço público relacionado com a sua continuidade. As prestações públicas são impostas pela ordem jurídica ao Estado – ainda que delegada a particulares – e por esse motivo deverão ser permanentemente asseguradas aos usuários. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸, o referido princípio implica a impossibilidade da interrupção do serviço público e o pleno direito dos administrados a que tal serviço não seja suspenso ou interrompido. De forma pertinente, Marçal Junsten Filho²⁹ evidencia que do princípio da continuidade do serviço público derivam inúmeras e intrincadas controvérsias sobre a interrupção do serviço público em virtude do inadimplemento do usuário nos casos dos serviços remunerados.

A esse respeito, tem-se aceitado a descontinuidade do serviço público em duas hipóteses. Permite-se que o serviço seja interrompido por motivos de ordem técnica ou de segurança, hipótese em que a situação emergencial justifica a exceção ao princípio. A segunda situação abrange hipótese de controvertida previsão legal, na qual, inadimplente o usuário do serviço público essencial e cumpridos alguns requisitos previstos no dispositivo legal, seria possível interromper a prestação do serviço público essencial.

Argumenta-se que tal a possibilidade de interrupção dos serviços públicos essenciais em razão da inadimplência do usuário teria como finalidade a manutenção do próprio princípio da continuidade do serviço público, que restaria ameaçado em razão da inadimplência tendo em vista que seria onerada a sociedade, levando esta a arcar com o prejuízo decorrente de todos débitos.

²⁸ MELLO. *op. cit.*, p. 672.

²⁹ JUSTENG FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 701.

Segundo assevera a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça³⁰, a vedação à interrupção do serviço público essencial a um usuário inadimplente ocasionaria - nos termos utilizados pela corte - um “efeito dominó”. Isto porque, ao saber que:

o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz. Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. Em não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência. Falida, a concessionária, interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras, até a iluminação pública.

Assim, sobre a possibilidade de interrupção do serviço público essencial por inadimplemento e sua possível contradição com o princípio administrativo da continuidade do serviço público, tem parte dos Tribunais e da doutrina pátria entendido ser possível a restrição à continuidade do serviço público, a fim de proteger a própria manutenção do serviço de forma abrangente a toda a sociedade.

4. INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO - ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.

Certamente, o tema pretendido não é de simplória elucidação, uma vez que suscita importante discussão na doutrina e jurisprudência. Importa que sejam cuidadosamente aplicadas

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça RE nº 363.943 - MG. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Publicado no DOU de 01 de março de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101210733&dt_publicacao=01/03/2004>. Acesso em: 22 de set. 2011

as premissas previamente delimitadas, a fim de que se alcance uma conclusão coerente com as orientações constitucionais.

No tocante à aplicação do princípio da proibição do retrocesso no caso concreto trazido a debate, certo é que ainda que se reconheça relativo consenso entre os doutrinadores pátrios sobre a existência de um princípio constitucional da vedação do retrocesso, reside nos limites de seu alcance a maior divergência doutrinária sobre o tema. Por esse motivo, ainda antes da análise do caso concreto deverão ser estabelecidas as premissas de seu emprego.

Buscando estabelecer um critério para a concretização constitucionalmente adequada do referido princípio e desse modo acatando o legítimo receio da aplicação do referido princípio de forma absoluta, Ingo Sarlet³¹ lucidamente explica:

[...] a proibição de retrocesso assume (...) feições de verdadeiro princípio constitucional implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à responsabilidade jurídica), quanto ao princípio do Estado Social (...). Em se levando em conta que a proibição de retrocesso social, por não se tratar de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na “lógica do tudo ou nada” (na esteira das lições de Dworkin, Alexy e Canotilho), aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, desde logo e por evidente, sua supressão pura e simples.

Em conformidade com a lição reproduzida, não poderá ser aplicada a vedação do retrocesso pela “lógica do tudo ou nada” em razão de sua natureza principiológica. Assim, deverá ser efetuada uma ponderação entre os princípios constitucionais em conflito, a fim de que se estabeleça em qual medida cada um deles será aplicado.

Sobre a ponderação de interesses, Luis Roberto Barroso³² explica que se pode dividir o processo de aplicação em três etapas por ora resumidamente relatadas.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. “A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro”. In: *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p 117 e 118.

Na primeira etapa cumpre ao intérprete detectar as normas cabíveis à solução do caso e detectar possíveis conflitos entre estas. Em seguida, examinar-se-ão os fatos, a situação palpável e sua interação com as normas supramencionadas. Na terceira etapa, a ponderação irá ocorrer efetivamente.

Os princípios, por sua natureza, poderão ser concretizados com maior ou menor intensidade, levadas em consideração as circunstâncias jurídicas e fáticas, sem que isso afete sua validade. Portanto, na derradeira fase serão apurados quais os pesos serão atribuídos a quais princípios em disputa no caso concreto.

Dois são as espécies de ponderação consideradas por Ana Paula de Barcellos³³: a ponderação em abstrato, a partir da consideração de casos hipotéticos ou situações ocorridas no passado e por meio da qual a doutrina pode sugerir parâmetros racionais para a ponderação, e a ponderação concreta, que é desenvolvida pelo aplicador diante do caso particular.

A ponderação em abstrato servirá de parâmetro ao aplicador do direito no momento em que este se debruçar sobre os casos concretos, proporcionando maior segurança e uniformidade à interpretação das normas constitucionais.

No entanto, é sabido que comumente a prévia ponderação realizada em abstrato é insuficiente para solucionar os conflitos que ocorrem em concreto, visto que estes possuem elementos específicos e desconhecidos previamente. Nestes casos, realizar-se-á a ponderação do caso concreto, atentando às suas circunstâncias específicas.

Os parâmetros gerais utilizados no momento da ponderação dos princípios são dois: a preferência das regras (constitucionais e infraconstitucionais) sobre os princípios e a preferência

³² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004. p. 358 - 359

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Org: BARROSO, Luis Roberto. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 57.

das normas constitucionais relacionada com os direitos fundamentais e com a dignidade humana sobre as demais³⁴.

Do primeiro parâmetro, desprende-se que, em geral, em um conflito gerado por um confronto entre princípios e regras, os primeiros devem ceder, já que as regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas. Isso ocorre em virtude das características dos princípios e das regras, pelas quais se afere maior flexibilização em relação à estrutura dos princípios enquanto verifica-se maior rigidez na estrutura das regras.

Exceções há em relação a esse primeiro parâmetro. Existem regras que, a despeito de serem perfeitamente válidas em abstrato, revelam-se inconstitucionais no caso concreto, por serem incompatíveis com outras disposições constitucionais ou notadamente injustas. Nesses casos, não havendo nenhuma indeterminação nos conceitos empregados na regra de forma a permitir que o conflito seja superado, deve-se ponderar a regra e, se necessário, não aplicá-la ao caso.

Relevante nestes casos excepcionais é a presença da oposição, no caso concreto, entre a incidência da regra e princípio constitucional que consagra o ideal de justiça. Além disso, é necessário que tenha havido alteração substancial do cenário que o legislador tinha em mente e a imprevisibilidade dessa alteração.

Cabe ainda com relação a esse parâmetro lembrar que os princípios possuem um núcleo mínimo, que, por necessário e determinado, adquire natureza de regra, não devendo ser ponderado. Assim, trata-se de um mínimo de condutas que são imprescindíveis à realização do fim apontado pelo princípio constitucional.

O segundo parâmetro imperativamente utilizado no processo de ponderação é o da supremacia da solução que prestigie a dignidade humana. Dessa maneira, dentre as soluções em

³⁴ *Ibid.*, p. 57.

choque, deverá ser escolhida aquela que mais beneficie a dignidade humana. Isso pode ser explicado, dentre outros argumentos, pela escolha da própria Constituição da República pela centralidade da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais expressos na Carta Maior brasileira.

Retomando a principal controvérsia que se pretende dirimir, importa que sejam aplicados os parâmetros ora explicados na ponderação entre os princípios da proibição do retrocesso e do princípio da continuidade do serviço público. Ressalta-se que, como já detalhado na explicação sobre o conceito de serviço público, o princípio da continuidade do serviço público é o argumento principal usado pelos que defendem a possibilidade da interrupção na prestação de serviços públicos essenciais por inadimplemento, afirmando que a manutenção de serviços aos usuários inadimplentes ocasionaria grave lesão a todo o sistema, podendo implicar a suspensão dos serviços inadimplidos para toda a coletividade.

A solução do tema debatido advém da aplicação do primeiro parâmetro ao caso concreto. Sobre o tema – supremacia das regras sobre os princípios – evidente é a correção da possibilidade de interrupção dos serviços públicos essenciais pelo inadimplemento do usuário. Verifica-se que no caso concreto o próprio legislador já ponderou os supostos interesses em conflito e estabeleceu regra legal prevista no artigo 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95. Assim, salvo se essa regra violar o núcleo mínimo do princípio a que se opõe, não há que se falar em inconstitucionalidade. Nesse ponto, evidente é que não se viola o núcleo mínimo do princípio da proibição do retrocesso, porque, como já devidamente esclarecido, o núcleo mínimo do referido princípio consistiria na hipótese de integral extinção do princípio constitucional concretizado. Não há no caso a integral extinção da proteção ao consumidor dos serviços públicos essenciais, tendo em vista que lhe é garantida a prévia notificação da interrupção do serviço público, que caso ausente importa a ilegalidade da interrupção, bem como lhe é garantido.

Ressalte-se, finalmente, que tal, segundo leciona Ana Paula de Barcellos, na análise do caso concreto, a ponderação efetuada pelo legislador poderá se demonstrar injusta, necessitando se utilizar o aplicado do direito do segundo parâmetro de ponderação, a saber: supremacia da solução que prestigie a dignidade humana. Assim, ainda que como regra geral seja constitucionalmente adequada a norma que viabiliza a interrupção do serviço público pelo inadimplemento do usuário em benefício da continuidade do serviço público para toda a coletividade, no caso concreto tal possibilidade poderá implicar grave injustiça sendo necessária a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto analisado, amparando-se a solução que melhor privilegie a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Certo é que a análise da constitucionalidade da norma que prevê a possibilidade de interrupção dos serviços públicos essenciais aos usuários inadimplentes não se restringe ao argumento da proibição do retrocesso.

Ocorre, contudo, que tal princípio tem sido bastante utilizado como amparo para que se afaste judicialmente a aplicação da regra do artigo 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95. Por esse motivo, a análise de sua aplicabilidade no direito pátrio e especialmente os seus limites se mostram de superior importância.

Percebe-se que a doutrina pátria admite a existência de um princípio da proibição do retrocesso que, ao menos para parcela dos autores, assume feições de princípio constitucional fundamental implícito que não pode como tal ser considerado como absoluto. Não obstante,

mostra-se imperioso o respeito ao seu núcleo essencial quando em confronto com a regra elaborada por processo legislativo democrático. Entender como absoluto o referido princípio, inviabilizando sua ponderação quando em confronto com demais princípios constitucionais, implicaria a instituição de leis irrevogáveis, através das quais estaria cerceada a autonomia do legislador.

Isto posto, indiscutível é que, tendo em vista sua natureza principiológica, deverá a proibição do retrocesso ser ponderada com o princípio da continuidade do serviço público, cuja interpretação de forma ampla a considerar toda a coletividade em detrimento de um único indivíduo é o principal argumento destacado pelos defensores da possibilidade de interrupção do serviço público essencial pelo inadimplemento do usuário.

Diante dos argumentos apresentados e da ponderação de interesses feita pelo legislador infraconstitucional na qual sopesou os princípios da proibição do retrocesso e o princípio da continuidade do serviço público, conclui-se que via de regra é constitucionalmente adequada a interrupção do serviço público tal como idealizado na norma preceituada no artigo 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95 pelo legislador pátrio.

Não obstante, ainda uma segunda aferição da constitucionalidade da norma deverá ser feita na análise, considerando se a aplicação de tal regra é justa no caso concreto. Caso não se verifique a justiça da aplicação da regra no caso concreto, deverá ser aplicada a solução que mais privilegie a dignidade da pessoa humana, tal como ensina a doutrina pátria.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil*. Ano XXIX n. 77.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista trimestral de Direito Civil* – v. 4 (outubro/ dezembro 2000) – Rio de Janeiro: Padma, 2000.
- JUSTENG FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito humanos: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro”. In: *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Coord: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista da Ajuris*. Ano XXXI, n. 95, setembro de 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.