



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor.

Isabela Leal Gonçalves

Rio de Janeiro
2013

ISABELA LEAL GONÇALVES

Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

SERVIÇOS PÚBLICOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Isabela Leal Gonçalves

Graduada pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – Faculdades Ibmec. Advogada.

Resumo: O presente trabalho possui como objetivo primordial lançar luzes sobre o tema e contribuir para uma maior discussão e reflexão, sobre a possibilidade de proteção dos usuários de serviços públicos, em especial o de energia elétrica, prestado pelas empresas concessionárias, a partir da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tendo em vista que não há um conceito exposto de usuário previsto na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Serviços Públicos. Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Sumário: Introdução; 1. Serviços Públicos; 2. A interrupção do fornecimento do serviço público de energia elétrica devido ao inadimplemento do usuário-consumidor; 3. A proteção do CDC na defesa dos usuários do serviço público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho que virá a seguir visa a discutir sobre a possibilidade de proteção aos usuários de serviço público no Brasil a partir da aplicação do CDC, fornecendo aos usuários condições para garantir o cumprimento, tanto por parte da Administração Pública quanto por parte dos prestadores de serviço público, a efetividade de suas obrigações, ou seja, possibilitar a defesa dos usuários de serviços públicos.

Portanto, o objeto central desta pesquisa situa-se, na análise sobre quais os serviços públicos que se enquadram no âmbito de proteção do CDC, bem como sobre a prevalência dos direitos e garantias dos cidadãos frente aos serviços públicos essenciais, e ainda a abordagem do princípio da continuidade face à inadimplência do usuário-consumidor, em especial do serviço público de energia elétrica, pautada também na análise jurisprudencial sobre o caso em tela.

1. SERVIÇOS PÚBLICOS

Passa-se à análise inicial a respeito do conceito de serviço público, devido à ausência de um conceito específico de serviço público previsto na Constituição Federal de 1988, bem como em nenhuma de nossas cartas constitucionais anteriores. Com isso, a busca por um conceito de serviço público se concentra na realidade do caso concreto, bem como na interpretação jurisprudencial.

Por sua vez, a doutrina brasileira não tem acordado sobre o conceito de serviço público, pois cada autor busca caracterizá-lo de formas diferentes, conforme pode-se observar alguns dos conceitos abaixo:

Hely Lopes Meirelles¹ afirma que: 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 conveniência do Estado.

Conforme ainda as lições de Alexandre dos Santos Aragão²

[...] grande parte dos conceitos existentes na doutrina dos serviços públicos abrange, com maior ou menor amplitude, atividades estatais que, se possuem a mesma base axiológica ou teleológica- o bem-estar da coletividade-, têm regimes jurídicos com pouco ou nada em comum (atividades indelegáveis/ atividades delegáveis à iniciativa privada; financiadas por impostos/ por tarifas e taxas; exploráveis comercialmente/ gratuitamente; exclusivas do Estado/ compartilhadas com a iniciativa privada; de uso obrigatório/ facultativo; manifestações do *jus imperi* estatal ou não; atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais.

Resta evidente ainda ao referido autor que, deve-se excluir do conceito de serviço público as atividades legislativas, bem como as atividades jurisdicionais, voltando-se apenas às atividades administrativas.

Maria José Galleno de Souza Oliveira³ aduz que, serviço público é aquela atividade prestada ao usuário pelo Estado ou pelo particular, sob a regulação e fiscalização estatal, observados os princípios que regem a Administração Pública, tais como generalidade, moralidade, regularidade, continuidade, obrigatoriedade e eficiência do serviço a ser prestado, com o principal objetivo de satisfazer o interesse público.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 378.

² ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 129.

³ GALLENO, Maria José. *A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 85.

Contudo, como bem sinaliza Alexandre Santos de Aragão⁴, há uma certa confusão na Doutrina ao caracterizar os serviços públicos pelo regime jurídico especial de Direito Público, sem tampouco definir exatamente o que isso significa.

O referido autor deixa claro que não basta definir os serviços públicos simplesmente a partir dos princípios que regem a Administração Pública, visto que estes podem ser aplicados à atividades privadas, bem como são aplicadas à todas atividades estatais, não apenas aos serviços públicos.

Portanto, no estudo dos possíveis conceitos de serviço público em que traça quatro acepções para defini-lo, conclui o mencionado autor que, especificar tais princípios como princípios peculiares dos serviços públicos, significaria equiparar todas as atividades estatais à serviços públicos.

Nesta linha de raciocínio, esclarece Rodolfo Carlos Barra que “(...) Se formos definir o serviço público por esses princípios, todo o Direito Administrativo será serviço público.”⁵

Assim, conclui Alexandre Santos de Aragão⁶ que, a impossibilidade de a iniciativa privada prestar os serviços públicos por direito próprio, com exceção dos serviços públicos sociais por previsão expressa constitucional, sendo permitida apenas a delegação do serviço público pelo Estado, poderia ser chamada de um regime jurídico identificador dos serviços públicos. Esta seria a concepção amplíssima de serviço público.

Por esta linha de raciocínio ainda há, uma segunda concepção de serviço público, a concepção ampla de serviço público, que corresponderia os serviços públicos prestados, independentemente de serem cobrados individualmente ou não, ou de serem de titularidade exclusiva do Estado, como os serviços públicos econômicos (remuneráveis por taxas e tarifas), os serviços sociais (que podem ser prestados livremente pela iniciativa privada sem delegação) e os serviços *uti universi* (inespecíficos e indivisíveis, sem beneficiários identificáveis com exatidão).

Esta segunda acepção, aproxima-se do ideal, porém possui um defeito ao colocar em pé de igualdade dois institutos diferentes juridicamente: os serviços *uti universi* e os serviços *uti singuli*.

Há ainda a concepção restritíssima de serviço público, decorrente dos artigos 145, II e 175 da Constituição, abrangendo apenas os serviços específicos e divisíveis que pudessem ser remunerados por taxa e tarifa, devendo ainda serem de titularidade exclusiva do Estado. Por

⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. op. cit., p. 145.

⁵ Ibidem, p. 147.

⁶ Ibidem, p. 148.

tal conceito se excluiria os serviços *uti universi*, bem como os serviços sociais, já que não são titularizados pelo Estado com exclusividade.⁷

Para se chegar ao conceito proposto por Alexandre Santos de Aragão, há ainda a descrição da concepção restrita, que abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários serem identificados, excluindo os serviços *uti universi* e abrangendo somente os serviços econômicos e sociais.

Segundo o autor, esta seria a concepção mais operacional, visto que contempla um conjunto de atividades que, apesar de regimes jurídicos diferentes, possuem pontos em comum, já que ambos são de certa forma sujeitos à legislação consumerista; são específicos e divisíveis e geram direitos subjetivos individuais.

Segue ainda o raciocínio de que tal conceito possa ser extraído da Constituição de 1988, conforme o seguinte conceito: Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, como vistas ao bem-estar da coletividade.⁸

Por tal conceito, há uma prestação, na qual há um benefício direto dos indivíduos, ao contrário da polícia administrativa, que beneficia apenas mediatamente os outros membros da coletividade, bem como os serviços públicos distanciam-se do fomento, através do qual o Estado não atua em prol da coletividade.

Por isso, a Constituição Brasileira de 1988 não definiu o conceito de serviço público, entretanto definiu quais os serviços que considera públicos, e ainda autoriza a lei a instituir determinados serviços públicos, sendo certo que não há que se falar em criação de serviço público por iniciativa da própria Administração Pública, como bem salienta Alexandre dos Santos Aragão.⁹

Conforme estabelece o art. 175, da CRFB/88, compete ao poder público, através de lei, a prestação dos serviços públicos, que poderá ser prestado diretamente ou sob o regime de concessão e permissão, sempre através de processo licitatório.

Ademais, o parágrafo único deste mesmo artigo afirma que, a lei deverá regulamentar o regime das empresas concessionárias e permissionárias que prestarão o serviço público, bem

⁷ Ibidem, p.149.

⁸ Ibidem, p. 157.

⁹ Ibidem, p. 160.

como o caráter especial dos contratos e suas prorrogações, e as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão e permissão; estabelecer os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigatoriedade de manter os serviços adequados. Cabe informar que a Lei n. 8.987/95 de 13 de fevereiro de 1995, regulamentou este artigo.

Resta claro então que, o art. 175 da CRFB/88, estabelece as atividades consideradas como serviços públicos, e, segundo a repartição de competências, os serviços de titularidade da União encontram-se no art. 21, X, XI e XII, podendo ser delegada mediante concessão ou permissão.

Da mesma maneira, o art. 25, §§ 1º e 2º, estipulam as atividades econômicas cuja titularidade de prestação cabe aos Estados membros, cabendo também a possibilidade de delegação, bem como segundo o art. 30, inciso IV, estipula quais seriam de competência dos Municípios, cabendo igualmente a delegação aos particulares.

Deve-se verificar ainda que, o direito fundamental norteador da prestação do serviço público, está previsto no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, qual seja, a dignidade da pessoa humana, como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e portanto, funciona como uma vedação à prática de atos atentatórios a ela.

Tal abordagem não exclui o conceito cada vez mais mercadológico do serviço público, que através dos aspectos econômicos dos serviços públicos, se destinam à realização do interesse público, o que implica na aplicação da ponderação dos valores, quando da análise da possibilidade de interrupção do serviço público face à inadimplência do usuário-consumidor, a ser abordada a seguir.

Feitas tais considerações iniciais sobre a definição do conceito de serviço público, vale a pena uma breve análise a respeito dos serviços públicos essenciais que são aqueles de vital importância para a sociedade, com forte ligação com a saúde, liberdade ou com a vida da população, em geral, e que, por isso, o Estado tem a incumbência de garantir sua prestação, protegendo os usuários quando houver risco de lesão para estes, como bem salienta Maria José Galleno de Souza Oliveira.¹⁰

Contudo, a definição de serviço público essencial gera uma grande incerteza na doutrina, devido à falta de um parâmetro para considerar objetivamente um serviço essencial ou não essencial, e por isso compreendeu a doutrina que, inicialmente as relações entre

¹⁰ GALLENO, Maria José, op. cit., p. 85.

serviço público e serviço essencial não são de gênero e espécie, já que são conceitos que operam em planos distintos.

Cumprе esclarecer que, parte da doutrina, entende que o aspecto da essencialidade está ligada ao fato de serem remunerados através de taxa ou tarifa, quando na realidade, existam serviços essenciais não pagos somente por meio de taxa. A preocupação com o tema surge com a ampla delegação de serviços públicos atualmente, e a necessária vinculação destes serviços às condições e garantias previstas no Regime de Direito Público.¹¹

Portanto, o mais coerente seria a preocupação com a proteção que o regime de direito público quer garantir, deixando de lado a classificação homogênea em serviço essencial e não essencial, já que até hoje não foi possível chegar a uma conclusão satisfatória, inclusive nos tribunais, o que gera um grande risco de reiteração de decisões menos protetivas ao usuário-consumidor, como esta assim descrita no jornal O GLOBO: O ministro do STJ Humberto Gomes de Barros afirmou em seu relatório que a empresa pode cortar a energia por inadimplência, como as redes de supermercados e farmácias podem cobrar por alimentos e medicamentos.

A título de ilustração, Portugal aprovou em 1996, a Lei n. 23/1996, na qual estabelece previamente os serviços essenciais, quais sejam, os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, gás e telefone, deixando de previsão os serviços de telecomunicações e os serviços postais.

Em contrapartida, a legislação brasileira adota uma lista prévia prevista na Lei. n. 7.783, de 28 de junho de 1989, conhecida como Lei de Greve, que segundo o art. 10 estabelece uma lista de serviços essenciais, quais sejam: tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica; gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.

Além destes serviços, consideram-se essenciais aqueles que, por sua própria natureza são tidos como necessidade pública, tais como, os serviços de segurança nacional, de segurança pública e os judiciários.¹²

¹¹ MOOR, Fernanda Stracke. Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a Perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, 2005, p. 110.

¹² GALLEN, Maria José Galleno, op. cit., p. 88

Entretanto, conforme salienta Alexandre de Aragão, os serviços públicos são meios de efetivação de direitos fundamentais como a liberdade, apesar de não existir previsão constitucional de um direito fundamental de acesso aos serviços públicos.¹³

2. A INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO DEVIDO AO INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO-CONSUMIDOR.

A questão abordada assume maior relevância quando da análise da interrupção da prestação do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, a partir da violação de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, dos princípios básicos do regime público, bem como do Código de Defesa do Consumidor.

A questão não é pacífica, visto que o art.6º, § 3º, inciso II da Lei nº 8.987/95, afirma que “não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade”, o que na realidade se contrapõe com o art. 22 do CDC, o qual prevê que os fornecedores de serviço essencial são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e contínuos.¹⁴

Contudo, parte da doutrina entende que a interrupção do serviço pela falta de pagamento afronta o direito do consumidor como direito fundamental, bem como o regime público de delegação, perfeitamente aplicáveis aos serviços públicos delegados, tendo em vista que o Princípio da Continuidade dos serviços públicos decorre do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, tendo que assegurar ampla proteção aos destinatários dos serviços públicos essenciais.¹⁵

Entretanto, Alexandre de Aragão¹⁶ alerta que:

Não que deva ser descartada de forma absoluta a imposição judicial de prestações de serviço público para assegurar direitos fundamentais, o que só é admissível, contudo, nos casos concretos excepcionais em que a omissão estatal estiver atingindo a dignidade de pessoa humana, que não se dá simplesmente quando a pessoa não tem como usufruir uma prestação relevante, mas sim quando a ausência desta colocar em risco o mínimo existencial ou o núcleo essencial do direito fundamental em questão.

¹³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de, op. cit., p. 533

¹⁴ MOOR, Fernanda Stracke, op. cit., p. 112.

¹⁵ Ibidem, p. 112.

¹⁶ O núcleo essencial protege um mínimo de todo e qualquer direito fundamental, seja ele titularizado por pessoa física ou pessoa jurídica, através de um liame entre dignidade da pessoa humana e a obrigação dos poderes públicos de prover o cidadão um mínimo existencial. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de, op. cit., p. 537.

Assim, conclui o raciocínio, que a imposição judicial de prestações de serviços públicos em razão da dignidade da pessoa humana, não pode se dar através de critérios gerais aplicáveis a todos os serviços públicos, até porque há aqueles mais conectados com o mínimo existencial.

Segundo ainda o referido autor ¹⁷, o serviço de telefonia, salvo em casos urgentes, não ameaça o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, já a falta de prestação de serviços, tais como: a saúde, a coleta de lixo ou de esgoto, pode violar mais diretamente o mínimo existencial das pessoas. Assim, a efetividade do mínimo existencial ou o núcleo essencial dos direitos fundamentais fica condicionado à reserva do possível.

Entretanto, deve-se considerar também a importância de maior sensibilização das autoridades, no sentido de garantir um maior alcance que a lei efetivamente quis dar ao prever a incidência do CDC, tendo em vista a proliferação de decisões judiciais, em sua maioria, privilegiando os interesses privados com fundamento na igualdade e na vedação do enriquecimento sem causa, em detrimento do interesse público, conforme o entendimento esposado no RESP 525. 500/AL ¹⁸:

[...] Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias de serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida de aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão. A continuidade de serviço público, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito [...]

Portanto, há de se ressaltar a existência de dois posicionamentos divergentes no tocante à possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica, quais sejam: a primeira posição defende a possibilidade de interrupção do fornecimento do serviço com fundamento no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95 ¹⁹; bem como na Resolução 546 de 29/11/2000 da ANEEL, já a segunda posição acredita na impossibilidade de interrupção, com fundamento em garantias constitucionais, tais como, o art. 1º, III, CF (dignidade da pessoa humana), bem como nos arts. 22, § único e 42 do CDC.

¹⁷ Entretanto, há quem entenda que os direitos fundamentais maiores como, o direito à vida, à liberdade, à igualdade podem vir a ser afetados pela interrupção de serviços ou pela prestação inadequada, como os serviços de energia, transportes, saneamento básico, telefone, sem os quais a pessoa não consegue garantir a sua subsistência ou a vida em sociedade, afetando indiretamente tais direitos de primeira geração. MOOR, Fernanda Stracke, op. cit., p. 115.

¹⁸ Ibidem, p. 114.

¹⁹ Conforme prevê o art. 6º, § 3º, II da Lei 8.987/95, Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, a interrupção do serviço público não caracteriza a sua descontinuidade, considerado o interesse da coletividade.

A partir da análise dos que sustentam pela possibilidade da interrupção do fornecimento em razão do inadimplemento do usuário, mediante prévio aviso, conforme prevê o art. 6º, § 3º, da Lei 8.987/95, bem como o art. 17 da Lei 9.427/96²⁰, dentre os principais argumentos, está a manutenção do equilíbrio econômico- financeiro, segundo o art. 4º, VII do CDC.

Nesta linha de raciocínio, Caio Tácito afirma que há “um direito da concessionária de ser ressarcido total ou parcialmente, do efeito de causas ou concausas que venham a inflétir, direta ou indiretamente, sobre a economia da concessão.”²¹

Assim, segundo o entendimento das concessionárias, diante da ausência de um direito subjetivo do usuário inadimplente de acesso aos serviços, uma vez contrariando o interesse da coletividade de manutenção da estrutura necessária à prestação, o fornecimento poderá ser suspenso.²²

Face ao princípio da continuidade previsto no art. 22 do CDC, Zelmo Denari, no estudo sobre a prestação do serviço essencial de água tratada, leciona:

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 dê, 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 público. Do contrario, seria admitir, de um lado enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionárias em prejuízo da ofensa ao principio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço.²³

A questão já foi intensamente debatida no Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente, entendeu pela ilegalidade do corte de energia elétrica e água em razão do inadimplemento, a partir da análise somente dos arts. 22 e 42 do CDC, sem analisar a Lei 8.987/95, que permite a suspensão.²⁴

Entretanto, posteriormente o STJ modificou seu entendimento, no julgamento do Resp 363.943²⁵, admitindo ser “lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia

²⁰ Dispõe o art. 17, da Lei 9.427/96: “art.17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.”

²¹ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 96.

²² Ibidem, p. 96.

²³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, op. cit., p. 213

²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. op. cit., p. 176.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Min. Relator: Humberto Gomes de Barros. Recurso Especial 363943. Julgamento em: 10/12/2003, publicado no DJ de 01/03/2004. Acessado em 24/06/2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200101210733&data=1/3/2004.

elétrica se, após o aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta. (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II).”, abrindo precedentes para outros julgados, a partir da preferência da Lei 8.987/95, em detrimento do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça estabelece algumas restrições, dentre elas, a impossibilidade da suspensão em razão de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pela concessionária através das vias ordinárias de cobrança, e ainda quando a dívida é questionada judicialmente, e ainda há necessidade de liquidez e certeza do valor do débito.

Nesse sentido, vale a pena mencionar ainda decisão recente do E. Superior Tribunal de Justiça, proferido pela Segunda Turma²⁶:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CORTE. INDENIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, originariamente, de Ação declaratória de inexistência de débitos combinada com indenização por dano moral. O agravado aduz que, mesmo com a conta adimplida tempestivamente, houve corte no fornecimento de água. A sentença de procedência foi mantida pelo Tribunal a quo, que atestou a culpa da agravante e o nexo de causalidade. 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que é ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando: a) a inadimplência do consumidor decorrer de débitos pretéritos; b) o débito originar-se de suposta fraude no medidor de consumo de energia, apurada unilateralmente pela concessionária; e c) inexistente aviso prévio ao consumidor inadimplente. Sobre o tema, confira-se o REsp 1.285.426/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/12/2011. 3. Alterar o entendimento exarado pela Corte local, para refutar o nexo causal entre a conduta e o dano causado pela agravante, demanda reexame de matéria fática, o que, na via do Recurso Especial, encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. A revisão de valor arbitrado a título de danos morais (fixado em R\$ 8 mil) somente é possível quando a quantia for exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. A verificação da razoabilidade do quantum indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 5. Agravo Regimental não provido.

Na mesma linha de raciocínio, decisão anterior já proferida pela Segunda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça²⁷, a qual reconheceu a possibilidade da interrupção do fornecimento do serviço público, restringindo tal possibilidade somente no que tange aos serviços relacionados à saúde e educação, o que denota a tendência jurisprudencial majoritária no referido tribunal, conforme ementa abaixo:

A Turma entendeu que o corte no fornecimento de energia elétrica, quando se trata de pessoa jurídica de direito público, é indevido apenas nas unidades cujo funcionamento

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Min. Relator: Herman Benjamin. Agravo em Recurso Especial 211514. Julgamento em: 18/10/2012, publicado no DJ de 05/11/2012. Acessado em 24/06/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=201201598240&data=5/11/2012.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Min. Relatora: Eliana Calmon. Recurso Especial 848.784-RJ. Julgamento em: 09/02/2008, publicado no DJ de 28/02/2008. Acessado em 24/06/2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200601035800&data=28/2/2008.

não pode ser interrompido, como hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches. No caso, trata-se de agências do INSS localizadas no Estado do Rio de Janeiro, que estão com atraso no pagamento das contas de energia elétrica. Assim, a Turma deu provimento ao recurso para que a recorrente tenha possibilidade de cortar o fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento do usuário.

Diante do exposto, defende o primeiro posicionamento que, o art. 22 do CDC ao prever a continuidade dos serviços públicos essenciais, não impõe o fornecimento do serviço público, se o consumidor não arcar com a sua contraprestação após prévio aviso, sendo certo que não há previsão legislativa para a manutenção do serviço em razão da inadimplência²⁸

Há ainda o entendimento de Alexandre Santos de Aragão, que no estudo sobre o tema, defende a impossibilidade de suspensão do serviço público obrigatório, o qual possui um elevado interesse para a coletividade, e por isso o particular se torna um sujeito obrigado a fruí-lo, como por exemplo: a coleta de lixo domiciliar. Diversamente do serviço facultativo, no qual o cidadão pode satisfazer sua necessidade por outros meios, como por exemplo: o serviço de energia elétrica.²⁹

Portanto, conforme o posicionamento de Alexandre Santos do Aragão:

Entendemos, contudo à luz da necessária ponderação dos valores constitucionais envolvidos em cada caso concreto e da própria parte final do art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/95, no sentido de que no corte do serviço deve ser considerado o interesse da coletividade”, que a jurisprudência da Corte, após um primeiro momento de necessária afirmação genérica da possibilidade de suspensão do serviço público em caso de inadimplemento, deva, caso a caso, ir matizando a sua aplicação em consideração aos demais valores que estiverem envolvidos em cada caso³⁰

Não obstante o posicionamento majoritário jurisprudencial refletido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, parte da Doutrina³¹ defende a ampla aplicação das normas mais benéficas de proteção ao usuário de serviços públicos essenciais, que dependem em sua maioria, da vontade do órgão judicial, em aplicar a norma mais coerente à vontade da Constituição, ou ainda através dos direitos fundamentais, realizar a prevalência do direito público em detrimento do interesse privado, garantindo a efetividade do princípio da Supremacia do Interesse Público.

De acordo com a referida doutrina especializada, o interesse da coletividade deve ser considerado a fim de que, cada indivíduo tenha a garantia de manutenção do serviço público

²⁸ Também entende Diógenes Gasparini que, em se tratando de serviço público remunerado, a inadimplência do usuário pode gerar a suspensão do fornecimento. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 215.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de, op. cit., p. 551.

³⁰ Idem, p. 556.

³¹ Ibidem, p.114.

apesar do inadimplemento, de acordo com os princípios básicos do regime público, através da não sobreposição da patrimonialidade do particular ao permitir a suspensão do serviço público sem a cobrança judicial.³²

Portanto, passa-se à análise dos fundamentos a cerca do segundo posicionamento sobre o tema, o qual defende a impossibilidade de suspensão dos serviços públicos essenciais, a partir da incidência do art. 22 do CDC, o qual preconiza o dever de continuidade dos serviços essenciais, bem como com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da CRFB/88.

Ademais, com base no art. 10, inciso I, da Lei de Greve³³, a energia elétrica é serviço essencial, sendo certo que os serviços essenciais devem ser contínuos, o que impedem a suspensão do fornecedor em razão do inadimplemento, e além disso, o corte nesta hipótese, pode caracterizar meio abusivo para a cobrança de dívidas, proibido expressamente pelo CDC.³⁴

O serviço essencial de energia elétrica não poderá ser suspenso, tendo em vista a possibilidade de gerar graves prejuízos à pessoa, quando consumidor residencial, vulnerável, e até mesmo consumidor pessoa jurídica em determinadas hipóteses, como por exemplo, a de um hospital, que assim como outros consumidores necessitam da energia como meio fundamental para sua sobrevivência.³⁵

Vale ressaltar que o custo financeiro resultante do inadimplemento, deve ser considerado como um risco da atividade a ser previsto na formação do valor as tarifas, ou ainda segundo Alexandre Santos de Aragão:

De toda sorte, se, em razão de ponderação no caso concreto, quer por tratar-se de serviço público obrigatório, vier a se determinar a não suspensão dos serviços, não é a concessionária que deve arcar com essas despesas, mas sim o poder concedente mediante o reequilíbrio da equação econômico- financeira.”³⁶

Conforme o entendimento da Prof^a Claudia Lima Marques, que defende pelo impedimento da suspensão, com base no princípio da continuidade previsto no art. 22 do CDC, em conjunto com preceitos constitucionais que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, afirma:

Em resumo, o corte ou suspensão do serviço essencial, face ao princípio da continuidade (art.6º, X, c/c art. 22 do CDC), frente ao consumidor pessoa física, tendo em vista a sua

³² Ibidem, p.117.

³³ BRASIL. Lei nº 7783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

³⁴ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 97.

³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. et al., op. cit., p. 177.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de, op. cit., p. 557.

“dignidade” como pessoa humana (art. 5º, XXXII, c/c art. 1º, III da CF/88 c/c art. 2º do CDC), só pode ser possível excepcionalmente e quando não é forma de cobrança ou constrangimento, mas sim reflexo de uma decisão judicial ou do fim não abusivo do vínculo.³⁷

Contudo, já analisados ambos os entendimentos, e diante do conflito aparente entre duas normas especiais, quais sejam, o CDC e a Lei 8.987/95, a melhor solução seria a aplicação do diálogo das fontes, a partir de uma interação de ambos os institutos com enfoque constitucional, sem qualquer exclusão.

A partir desta análise, a possibilidade de corte do fornecimento deve se pautar na verificação caso a caso; se há ofensa direta ou indireta à dignidade da pessoa humana, isto é, se há violação de interesses existenciais de todos os moradores da residência, como crianças e idosos, consumidores hipervulneráveis.³⁸

3. A PROTEÇÃO DO CDC NA DEFESA DOS USUÁRIOS DE SERVIÇO PÚBLICO.

Cabe explicitar que, a legislação do setor elétrico utiliza o termo consumidor em sentido amplo, sem qualquer distinção técnica entre os termos usuário e consumidor, tema este que será aprofundado posteriormente, bem como engloba os grandes consumidores, sendo aqueles agentes econômicos de livre contratação com o fornecedor de energia elétrica, conforme os arts. 15 e 16 da Lei 9.074/95.³⁹

Segundo Caio Tácito, a conceituação legal de consumidor do art. 2º do CDC, abrange tanto o consumidor lato sensu, quando ao usuário de serviço público mediante remuneração, sendo certo que o art. 3º do CDC não deixa qualquer dúvida ao nomear a pessoa jurídica pública prestadora de serviço como fornecedora, e o usuário do serviço como consumidor, e por isso sujeito à legislação consumerista.⁴⁰

Feita tal consideração, é válido ressaltar que a Constituição de 1988, prevê em seu art. 5º, inciso XXXII, que o Estado deve, na forma da lei promover a defesa do consumidor, sendo direito fundamental individual e coletivo, bem como prevê em seu art. 175, V, como um dos princípios da ordem econômica e financeira, a defesa do consumidor, baseado também no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, prevista no art. 1º, inciso III.

³⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, op.cit., p. 213.

³⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V. et al., op.cit., p. 178.

³⁹ MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o Direito do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, 2004, p. 85.

⁴⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.65, 2008, p. 206.

Portanto, conforme salienta Claudia Lima Marques, em razão da eficácia positiva, o Estado deve adotar medidas interventivas na atividade privada quando necessário, a fim de efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, e colocados em prática a partir da elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Como ficou explicado acima, o CDC possui natureza constitucional, bem como natureza de função social, sendo perfeitamente aplicável aos usuários-consumidores de serviços públicos, conforme explica a Prof^a Claudia Lima Marques:

O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional. A entrada em vigor de uma lei de função social traz como consequência modificações profundas nas relações jurídicas relevantes na sociedade.⁴¹

Cabe deixar claro que, o CDC somente se aplica às relações de consumo, no âmbito da regulação do setor de energia elétrica, nas quais estão presentes as figuras do consumidor e do fornecedor, conforme as definições dos arts. 2º e 3º do diploma legal.

Isto quer dizer que, os autoprodutores, consumidores livres ou grandes consumidores, cujo modo de aquisição e utilização de energia elétrica não se enquadra no conceito de destinatário final⁴² do produto ou serviço, afasta a incidência do CDC sobre tais relações jurídicas.

Conforme se verifica, a defesa do consumidor é preceito de ordem pública, inafastável por lei ordinária ou convenção das partes, sendo por isso, fim de interesse público a ser observado pelo órgão regulador, além da observação dos princípios previstos no art. 37, caput da CRFB/88.

Portanto, resta clara a incidência do CDC sobre as relações de consumo decorrentes da prestação do serviço público de energia elétrica, conforme leciona Claudia Lima Marques ao analisar o art. 4º, inciso VII:

Se poderão as normas do CDC reequilibrar, na prática, esta relação é uma pergunta difícil. Certo é que cabe à administração cumprir as leis, e, em realidade, o CDC impõe a ela e aos concessionários, como fornecedores de serviços e eventualmente de

⁴¹ Ibidem, p. 210.

⁴² Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele, pessoa jurídica ou física, ou seja, é aquele que adquire o bem para uso próprio ou de sua família, e não para a utilização profissional, segundo a Teoria Finalista, teoria esta mais próxima do CDC. Já a Teoria Maximalista analisa o art. 2º do CDC, de uma forma mais ampla, sendo para este o destinatário final o destinatário fático do produto, ou seja, aquele que retira o bem do mercado, não importando se há ou não finalidade de lucro. BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. Manual de Direito do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.

produtos, deveres específicos, muitos deles relacionados ao equilíbrio do contrato (...). A nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do direito constitucional, com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas.⁴³

Cabe salientar, ainda, que a questão sobre a proteção consumerista e constitucional do usuário-consumidor, assume maior relevância, a partir da análise da suspensão do fornecimento do serviço essencial de energia elétrica em face do inadimplemento do usuário.

Diante disso, é de enorme importância a análise da incidência do CDC sobre a prestação de serviços públicos, sem, contudo deixar de tecer uma breve análise a cerca dos fundamentos constitucionais que permeiam a defesa do consumidor em geral, bem como sua importância na aplicação da legislação consumerista.

Cabe explicitar que, a proteção do consumidor está prevista no art. 5º, inciso XXXII, da CRFB, como direito fundamental, sendo certo se tratar de norma jurídica de aplicação imediata e preponderante, servindo como base para a elaboração de outras normas jurídicas, conforme se verifica na elaboração do próprio CDC, fundada claramente no referido princípio constitucional.

Ademais, a CRFB/88 inseriu a proteção ao consumidor como princípio constitucional da ordem econômica, conforme o art. 170, inciso V, estabelecendo que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem como objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os princípios da justiça social e solidariedade social, buscando sempre proteger a parte mais fraca e vulnerável da relação consumerista, visando estabelecer uma relação mais justa e igualitária.

Com isso, o art. 48 da ADCT, determinou ao Congresso Nacional, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, no prazo de 120 dias da promulgação da Constituição, dando origem à Lei 8.078/90, que embora não elaborada no prazo indicado, instituiu o microsistema jurídico de proteção ao consumidor, baseado nos fundamentos constitucionais arrolados no art. 1º da CRFB/88.

Ademais, a proteção do usuário-consumidor de serviço público pode ser extraída do art. 175, § único, da CRFB/88, ao dispor que lei infraconstitucional regulará, dentre outros aspectos, os direitos dos usuários, política tarifária e a obrigação de ser mantido o serviço adequado e eficiente, o que resultou na elaboração da Lei de Concessões, Lei 8.987/95.

A partir da análise do art. 37, da CRFB/88, verifica-se que, tal proteção ainda se reflete nos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, previstos no art.

⁴³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, op. cit., p.211.

37 da CRFB/88, tais como: princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Vale alertar ainda que, o objeto da prestação de serviços públicos concedidos são direitos sociais, são entendidos como “prestações positivas de índole material”, e por isso ficam sob ‘reserva do possível’⁴⁴, isto é, não possuem aplicabilidade imediata, o que acaba por legitimar a Lei de Concessões, quando não caracteriza como descontinuidade a suspensão do serviço em razão do inadimplemento do usuário, mediante prévio aviso, considerado o interesse da coletividade, em face do Código de Defesa do Consumidor que dispõe que o serviço deve ser contínuo.⁴⁵

A questão ora abordada se revela importante no estudo sobre a incidência do CDC, bem como todos os seus direitos e garantias ao usuário de serviço público, caso esteja enquadrado no conceito de consumidor previsto em seu art. 2º, caput.⁴⁶

A princípio, cabe ressaltar que há duas teorias sobre o conceito de consumidor, quais sejam, a Teoria Finalista ou Subjetiva, a qual preconiza que consumidor é apenas o destinatário econômico, sendo aquele que utiliza o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar; bem como a Teoria Maximalista ou objetiva, a qual defende que o consumidor seria o destinatário fático do produto ou serviço, ainda que esteja no desenvolvimento de uma cadeia produtiva.

Vale ressaltar que as normas consumeristas incidem sobre o adquirente profissional, caso demonstre sua vulnerabilidade⁴⁷ in concreto, revelando-se um abrandamento da Teoria Finalista, sendo certo que “a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.”⁴⁸

Fica clara a impossibilidade de se excluir completamente a incidência do CDC sobre os serviços públicos, visto que expressamente há a previsão destes como possíveis objetos da relação de consumo, sendo certo que o § 3º do art. 37, da CRFB/88, a qual prevê a elaboração da lei de defesa do usuário de serviços públicos, não afasta a incidência do diploma consumerista.

⁴⁴ REGINATO, Osvaldo Anselmo. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água tratada e os direitos constitucionais e do consumidor, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, 2008, p. 210.

⁴⁵ Tema este, já previamente abordado, no Capítulo I, dispondo inclusive sobre as duas posições que disputam o tema, sendo esta a majoritária nos Tribunais Superiores.

⁴⁶ Art. 2º, caput: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

⁴⁷ Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza e enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.

⁴⁸ BENJAMIN, op. cit., p. 74.

Entretanto, há de se concluir que a CRFB/88 prevê um tratamento diferenciado ao usuário de serviço público (art. 175) e ao consumidor (art. 5º, XXXII e 170, V), quando prevê a responsabilidade do Poder Concedente conjuntamente com o concessionário, diversamente de quando o fornecedor não cumpre suas obrigações, bem como ao determinar a elaboração da lei de defesa do usuário, que para o referido autor, seria o Código de Defesa do Usuário de Serviço Público.⁴⁹

Ademais, há de se ressaltar que, a conceituação legal do consumidor, do art. 2º do CDC, abrange tanto o consumidor *lato sensu*, quanto o usuário de fornecimento de serviço público mediante remuneração, sendo assim a prestação de serviço mediante remuneração caracteriza a relação de consumo, conforme o art. 3º do referido diploma, ao nomear a pessoa jurídica pública prestadora de serviço e o usuário do serviço como consumidor, estando sobre a proteção da norma consumerista.⁵⁰

Ademais, todo consumidor de serviço público é também usuário, mas nem todo usuário é consumidor de serviço público. Já que, segundo Eliane Cardoso de Matos Novais, a noção de consumidor restringe-se àqueles que utilizam, como destinatários finais, serviços públicos remunerados diretamente mediante tarifa e fornecidos pelo Estado, ou porque lhe faça as vezes, em um mercado de consumo.⁵¹

Assim, conclui que, embora a Constituição Federal tenha utilizado em momentos diversos os termos usuário de serviços públicos e consumidor, bem como o CDC não tenha se referido ao termo usuário, tal técnica legislativa não pode utilizada em prejuízo do consumidor de serviço público.⁵²

Portanto, pode-se afirmar que as normas presentes no CDC incidem sobre a prestação de serviços públicos divisíveis, ou seja, serviços *uti singuli*, remunerados por tarifa ou preço público.

Entretanto, somente haverá a incidência do CDC, caso o usuário seja o destinatário final econômico do serviço público, ou seja, para satisfação pessoal ou familiar desassociada de uma atividade empresarial, sendo admitida porém, a sua aplicação, caso demonstrada uma situação de vulnerabilidade da pessoa jurídica no caso concreto, como por exemplo o caso de

⁴⁹ PFEIFFER, op. cit., p. 206.

⁵⁰ Ibidem, p. 207.

⁵¹ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviços públicos e relação de consumo: Aplicabilidade do código de defesa do consumidor. Curitiba: Juruá, 2006, p. 191

⁵² Ibidem, p. 192.

um modesto profissional liberal que utiliza o serviço de telefonia fixa comutada em seu escritório.⁵³

Conforme já visto, nem todo usuário de serviço público pode ser considerado consumidor, e por isso os usuários não consumidores não terão sem seu favor os direitos e garantias do CDC, o que não se reflete em relação aos usuários consumidores, sendo lhes garantidas as normas consumeristas, bem como todas as outras disposições referentes aos usuários, como um todo.

Ademais, podem-se citar alguns exemplos de direitos dos consumidores de serviços públicos tais como: o dever de continuidade na prestação dos serviços públicos *uti singuli* previsto no art. 22 do CDC, a devolução de quantia paga indevidamente prevista no art. 22 do CDC, amplamente aplicável neste setor em virtude das inúmeras cobranças indevidas, bem como o direito da participação dos consumidores no processo decisório das agências reguladoras.

A partir da transferência da prestação dos serviços públicos para a iniciativa privada, o Estado passou a exercer a função fiscalizadora e reguladora, e sendo reconhecida a vulnerabilidade dos usuários, fora promulgada no dia 4 de julho de 2008, a Emenda Constitucional n. 19, a qual alterou o art. 37, § 3º da CRFB, ao determinar a elaboração da lei de defesa do usuário do serviço público.

Há dois textos voltados para a criação da referida lei: O Projeto 674/99, que está em tramitação na Câmara dos Deputados, de autoria de Celso Russomano, bem como o anteprojeto elaborado por comissão de juristas, de relatoria de Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes.

Apesar de algumas diferenças, ambos os projetos estão divididos da seguinte maneira: Capítulo I- Das Disposições Preliminares, Capítulo II- Dos Direitos dos Usuários, Capítulo III- Dos Deveres dos Usuários, Capítulo IV- Da legitimação, Capítulo V- Do Conselho Nacional de Serviço Público, Capítulo VI- Dos Serviços de Atendimento ao Usuário, Capítulo VII- Das Comissões de Avaliação, Capítulo IX- Da Apuração de Violação dos Direitos do Usuário, Capítulo X- Das Disposições Transitórias e Finais.⁵⁴

Portanto, basicamente o objetivo principal é disciplinar os direitos e deveres dos usuários, bem como estabelecer uma participação das pessoas jurídicas de direito público e privado, e destes usuários através de meios adequados, assegurando a aplicação subsidiária do

⁵³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, op. cit., p. 239.

⁵⁴ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos, op. cit., p. 189.

CDC, no que tange a proteção dos direitos básicos do consumidor, responsabilidade do fornecedor e cláusulas comerciais abusivas.

Conforme preceitua Eliane Cardoso de Matos Novais:

[...] a lei disciplinará as formas de participação do usuário da Administração Pública direta e indireta, regulando principalmente as reclamações relativas aos serviços públicos em geral, sendo assegurados: a manutenção de serviços de atendimento e a avaliação periódica acerca da qualidade dos serviços; o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos do governo e a disciplina da representação contra exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração.⁵⁵

Vale ainda reiterar que a criação da lei de defesa dos usuários de serviço, não tem o objetivo de afastar a incidência do CDC sobre a prestação de serviços públicos, já que o art. 7º de ambos os projetos preceitua:

Aplica-se subsidiariamente a essa lei o contido na Lei 8.078, de 11.09.1990, em especial os dispositivos que tratam: I- dos direitos básicos do consumidor; II- da proteção ao consumidor e reparação dos danos; III- da responsabilidade do fornecedor dos serviços; IV- das práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas.

Entretanto, cabe esclarecer que, a aplicação subsidiária do diploma consumerista se restringe à prestação dos serviços públicos remunerados por tarifas, nos quais há perceptível identificação da relação consumidor- fornecedor, excluindo os serviços remunerados por taxa, bem como aqueles prestados *uti universi*, ou seja, aqueles prestados indistintamente à toda sociedade.

O Projeto de Lei nº 674/99 abrange em seu art. 1º, a participação e a proteção dos usuários de serviços públicos prestados pela Administração Direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, seja no exercício da função administrativa, diretamente ou sob o regime de concessão, permissão ou autorização, diferentemente do anteprojeto que prevê apenas os serviços públicos prestados pela Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União.

Em ambos os projetos, o grupo de usuários abrangido pela lei é bem mais amplo, já que inclui todos os serviços públicos, sejam eles remunerados por taxa, tarifa ou outros tributos, diversamente do CDC, que protege integralmente os serviços públicos tarifados, sendo certo que o consumidor usuário poderá neste caso utilizar as normas ditas pelo CDC, pela referida lei ou por ambas.

⁵⁵ Ibidem, p. 188.

Vale ressaltar ainda que, a Lei de Defesa dos Usuários do Serviço Público do Estado de São Paulo, a Lei n. 10.294, de 20/03/1999, a Lei de Concessões, as leis criadoras das agências reguladoras de energia elétrica, de telecomunicações e de petróleo, serviram como embasamento para a elaboração dos citados projetos.⁵⁶

Conclui-se que, a lei de defesa e participação de usuários de serviço público, pretende incluir no âmbito de proteção, os usuários de serviços públicos remunerados por tarifas, conceituados como consumidor, e portanto, abrangidos também pelo CDC, bem como os usuários não consumidores, que usufruem os serviços públicos mediante taxas ou outros tributos, os quais se baseiam preferencialmente no Direito Tributário ou Administrativo, com aplicação apenas analogicamente dos princípios gerais previstos na legislação consumerista.

Não restam dúvidas sobre a aplicabilidade do CDC na prestação de serviços públicos, até porque há menção expressa aos serviços públicos em alguns dispositivos do referido diploma, tais como: o art. 3º, caput, ao incluir as pessoas jurídicas de direito público como fornecedores; o art. 4º, inciso VII, ao prever a racionalização e melhoria dos serviços públicos; o art. 6º, inciso X, que dispôs “a adequada e eficaz prestação de serviços públicos” como direito básico do consumidor, além do art. 22.

Entretanto, a questão sobre o âmbito de aplicação do CDC quanto aos serviços públicos, não é pacífica na Doutrina, visto que três correntes doutrinárias disputam o tema, ao estabelecer quais seriam as espécies de serviço público abrangidas.

O primeiro entendimento perfilhado por Antonio Herman Benjamin⁵⁷ e Luiz Antonio Rizzato Nunes⁵⁸, aduz que o CDC aplica-se a todo e qualquer serviço público, diretamente remunerado ou não, já que o Estado poder ser conceituado como fornecedor, segundo o art. 3º do CDC.

Tal corrente sustenta ainda que, nas hipóteses de prestação gratuita do serviço público, a ausência de cobrança direta pelo Poder Público não afasta a incidência do CDC, já que tais serviços são custeados através dos tributos arrecadados do cidadão-consumidor, segundo Rizzato Nunes.⁵⁹

Nesta esteira de raciocínio, conclui Antonio Herman Benjamin:

⁵⁶ GALLENNO, Maria José, op. cit., p. 133.

⁵⁷ Antonio Herman Benjamin afirma que: “Não é mérito do art. 22 responsabilizar civilmente a Administração Pública pelos serviços de consumo. Tal decorre da própria inclusão do estado no elenco dos sujeitos que compõem o gênero fornecedor. (BENJAMIN, Antonio Herman, et al. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 110.)

⁵⁸ Rizzato Nunes, por sua vez, afirma que tanto o Estado pode ser conceituado como fornecedor como o serviços públicos englobam-se na definição genérica de serviços estabelecida no § 2º do aludido art. 3º, mesmo aqueles que custeados com a verbas do orçamento geral do estado, por entender que incide neste caso remuneração indireta. (NUNES, Luiz Rizzato, et al. São Paulo: Saraiva, 2006.)

⁵⁹ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos, op.cit., p. 144.

Qualquer serviço público, seja público ‘*stricto sensu*’ ou de utilidade pública, seja ‘*uti universi*’ ou ‘*uti singuli*’ - deve ser prestado de forma adequada, eficiente e segura. Em outras palavras: os serviços públicos simplesmente não podem portar vícios de qualidade (insegurança ou inadequação) ou de quantidade.⁶⁰

A segunda corrente, defendida por Regina Helena Costa, entende que o CDC aplica-se tão somente aos serviços públicos específicos e divisíveis remunerados por taxa ou preço público (tarifa). Já os serviços públicos gerais, custeados pelos impostos, como não se sujeitam a remuneração específica, não estariam abrangidos pelo CDC.⁶¹ Já para a terceira e última corrente, adotada por grande parte da Doutrina⁶², a incidência do CDC restringe-se aos serviços públicos remunerados mediante tarifa ou preço público, através de prestação *uti singuli*, retirando do campo de aplicação, os serviços públicos gerais remunerados por taxas ou impostos.

Vale destacar ainda que, Antonio Carlos Cintra do Amaral, defende pela inaplicabilidade total do CDC quanto aos serviços públicos, ao alegar que a defesa do usuário público de serviço público não pode ser confundida com a defesa do consumidor, uma vez que o tratamento dispensado a ambos pela Constituição de 1988 é diferenciado, uma vez que, a EC/98 determinou a elaboração da lei de defesa dos usuários de serviço público.⁶³

Com isso, o referido autor defende a necessidade de um estatuto próprio de defesa dos usuários de serviços públicos, sendo desnecessária a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, cujo espírito é a regência de relações jurídicas individuais.⁶⁴

A seguir, passa-se a analisar, as duas últimas correntes mais detalhadamente, a respeito da possibilidade de aplicação do CDC quanto aos serviços públicos remunerados por taxas e tarifas, como aduz a segunda corrente, bem como quanto aos serviços públicos remunerados apenas por tarifas, segundo a terceira corrente.

Conforme já visto no tópico anterior, a segunda corrente defende a possibilidade de aplicação do CDC, quanto a prestação de serviços nos quais há uma remuneração direta, através de taxas ou tarifas, restando excluídos os serviços públicos gerais remunerados indiretamente através de impostos, tais como, o serviço de saúde, educação e segurança pública.

Tal posição é adotada por Regina Helena Costa, ao afirmar que a remuneração direta e específica é fator capaz de sujeitar tal serviço à disciplina legal das relações de consumo, e

⁶⁰ *Ibidem*, p. 145.

⁶¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 230.

⁶² *Ibidem*, p. 231.

⁶³ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos, *op.cit.*, p. 150.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de, *op. cit.*, p. 526.

ainda afirma que, a única hipótese em que se dá a remuneração pela prestação de serviços públicos, específicos e divisíveis acontece com o pagamento de taxa.⁶⁵

Para a referida autora, os serviços públicos e divisíveis que ensejam a contraprestação direta, sujeitam-se à disciplina do CDC, já os serviços gerais remunerados através de tributos não são abrangidos pela legislação consumerista.

No mesmo sentido, entende Claudia Lima Marques que o CDC aplica-se a todos os serviços *uti singuli* ou impróprios, isto é, aqueles que são prestados diretamente pelo Estado ou através de concessionárias, sendo passíveis de individualização em seu uso, não vislumbrando fundamento para a exclusão dos serviços remunerados através de taxas.⁶⁶

Entretanto, com um posicionamento mais restritivo em relação ao anterior, a terceira corrente aduz que, somente a remuneração feita através da tarifa estaria apta a autorizar a aplicação do CDC quanto aos serviços públicos.

Conforme o entendimento de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, há a relação de consumo, quando ocorre o pagamento mediante tarifa ou preço público e consideram que todas as pessoas que se utilizem “ de serviços públicos remunerados por tarifa ou preço público sem dúvida alguma estão abrangidos pelas normas do CDC, seja quando configurada uma hipótese de liberdade formal ou substancial.”⁶⁷

No estudo sobre o tema, José Geraldo Brito Filomeno explica o significado da tarifa:

[..] remuneração paga pelo consumidor dos serviços públicos prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante regime de concessão ou permissão pela iniciativa privada: por exemplo, os serviços de transportes coletivos, de telefonia, energia elétrica, gás etc.

Neste sentido, entende Roberto Augusto Castellanos que, o CDC não se aplica aos serviços gerais remunerados através de impostos, visto que o pagamento de tal tributo é desvinculado com a prestação do serviço, bem como é feito de forma independente da utilização do serviço.⁶⁸

Entende ainda o referido autor que, o CDC também não é aplicável aos serviços públicos remunerados através de taxas, visto que embora sejam prestados de forma divisível, são resultado do exercício do poder de polícia, sendo compulsório o pagamento da taxa, caracterizando por isso uma relação tributária e não de consumo.

⁶⁵ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos, op.cit., p. 146.

⁶⁶ Ibidem, p. 147.

⁶⁷ Ibidem, p. 148.

⁶⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, op. cit., p. 231.

Ressalta ainda que, a circunstância do serviço público ofertado do mercado de consumo é o elemento mais importante para a aplicação ou não do CDC, em detrimento da denominação da remuneração decorrente de um determinado serviço público.

Tal questão revela-se importante a partir da análise do serviço de fornecimento de água tratada como relação de consumo, já que há não há posicionamento pacífico no STJ quanto à espécie de remuneração de tal serviço.⁶⁹ Ademais, independentemente da denominação escolhida, há relação de consumo neste caso, já que o serviço é ofertado no mercado de consumo, decorrente de uma relação contratual ente fornecedor e usuário.

Portanto, é majoritário na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que o CDC somente se aplica aos serviços públicos *uti singuli* ofertados no mercado de consumo, prestados de forma divisível decorrente de uma relação contratual e remunerados por tarifa ou preço público.⁷⁰

CONCLUSÃO

Destacam-se algumas conclusões a partir da análise das normas aplicáveis ao usuário de serviço público em conjunto com a busca de uma interpretação mais benéfica, tendo em vista a omissão constitucional em definir o conceito de serviço público, bem como à ausência de uma norma infralegal regulamentadora dos direitos básicos do usuário de serviço público.

O presente trabalho almejou uma maior análise a respeito das espécies de serviços públicos, com um maior enfoque nos serviços públicos essenciais, sendo aqueles de vital importância para sociedade, apesar de muitas divergências doutrinárias, já que não há um parâmetro objetivo, apesar da listagem prevista na Lei de Greve.

Além disso, buscou-se analisar o conteúdo dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, sobre os direitos do usuário de serviço público, sendo certo que a futura lei de defesa e participação dos usuários de serviço público abará tanto os usuários consumidores, quando os não consumidores, bem como prevê a aplicação subsidiária do CDC.

⁶⁹ Há decisões do Superior Tribunal de Justiça em ambos os sentidos: No julgamento do REsp 848.287-RS, de rel. do Min. Jose Delgado, DJU 14.09.2006, o STJ entendeu que a remuneração do serviço da água dar-se por taxa, já que no caso concreto era pessoa jurídica de direito público. Por outro lado, no julgamento do REsp 684.020-RS, de rel. de Min Eliana Calmon, DJU 30.05.2006, o STJ posicionou-se no sentido da remuneração se dar por tarifa ou preço público, em razão da prestadora ser pessoa jurídica de direito privado.

⁷⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, op. cit., p. 234.

Não obstante as inúmeras classificações estudadas de serviço público, o objetivo principal é entender o serviço público como um meio de garantia de efetivação dos direitos fundamentais de cada cidadão, até porque, determina a Constituição Brasileira de 1988 em seu art. 5º, XXXII, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, incluindo ainda no art. 170, a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica.

Ademais, maior polêmica sobre o tema surge a respeito da interrupção do fornecimento de energia elétrica com fulcro na Lei de Concessões, bem como na Resolução 546 da ANEEL, em face do inadimplemento do usuário do serviço público, não permitido por parte da doutrina por caracterizar uma grave violação ao art. 1º, inciso III da CRFB/88, bem como ao Princípio da Continuidade do serviço previsto no art. 22 do CDC, entretanto praticado pela concessionária e permitido pelo STJ, com algumas restrições.

Portanto, apesar da norma permissiva prevista na Lei de Concessões, os direitos fundamentais devem ter ampla incidência na prestação dos serviços públicos, a fim de garantir a preservação do núcleo essencial destes direitos na prestação dos serviços públicos essenciais.

Em suma, a possibilidade de interrupção do serviço de energia elétrica deve se pautar caso a caso, baseado na existência ou não de violação direta ou indireta à dignidade da pessoa humana.

Conforme se verifica, não restam dúvidas sobre a aplicabilidade do CDC, quanto aos serviços públicos, nas hipóteses em que o usuário seja o destinatário final econômico do serviço público, ou seja, para satisfação pessoal desassociada da atividade empresarial, em regra.

O principal objetivo do Código de Defesa do Consumidor é conferir uma maior proteção à parte mais vulnerável da relação jurídica, qual seja, o consumidor, segundo princípios próprios, quais sejam, o da boa fé objetiva, vulnerabilidade e o da informação.

Ademais, a partir da análise das espécies de serviços públicos, percebe-se que apenas os serviços *uti singuli*, ofertados no mercado de consumo, prestados direta ou indiretamente, ou mediante outras formas de delegação, remunerados mediante tarifa ou preço público, estão abarcados pelo CDC, não obstante certas posições doutrinárias na defesa pela sua aplicabilidade tanto nos serviços remunerados por tarifas e taxas, bem como na defesa pela sua inaplicabilidade quanto aos serviços públicos, conforme preceitua Antonio Carlos Cintra do Amaral.

Diante disso, o presente trabalho priorizam o estudo sobre as espécies de serviços públicos, bem como sobre as garantias protetivas do usuário-consumidor em face do Estado Fornecedor, previstas tanto na Constituição Federal, quanto no CDC, o que passa pela análise da interrupção do serviço público essencial, tal como o de energia elétrica, em razão do inadimplemento do usuário-consumidor.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A Participação dos Consumidores Brasileiros no Controle de Prestação de Serviços Públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009

GALLENNO, Maria José. *A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRAGEM, Bruno. *A regulação do serviço público de energia elétrica e o Direito do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 68 - 100, 2004.

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

MOOR, Fernanda Stracke. *Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a Perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, p. 107- 119, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 14 ed. Rio de Janeiro: Editoria Forense, 2005.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos e relação de consumo: Aplicabilidade do código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2006.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 227- 252, 2008.

PORTUGAL. Maria Cristina Portugal. *Regulação dos Serviços Públicos essenciais. A participação dos consumidores na definição do preço dos serviços públicos em Portugal- O modelo regulatório das entidades reguladoras dos serviços energéticos- ERSE*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 57, p. 214- 228, 2006.

REGINATO, Osvaldo Anselmo. *A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água tratada e os direitos constitucionais e do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 193-225, 2008.