

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

THE CIVIL LIABILITY STATE AND IMPACT OF THE CODE OF CONSUMER PROTECTION IN THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES

Misael Alexis de Moraes
Caio Cesar Figueiroa

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar justamente a responsabilidade civil do Estado, encabeçada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e a incidência do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos. Ademais, verificaremos a possibilidade da elaboração da lei de defesa do usuário de serviços públicos, através do Projeto de Lei 6.953/2002.

Palavras chave: responsabilidade civil do Estado; serviços públicos; Código de Defesa do Consumidor; Projeto de Lei 6.953/2002.

. Abstract: The goal of this article is to present the civil liability of state, headed by Article 37, § 6 of the Federal Constitution, and the incidence of the Code of Consumer Protection in the provision of public services. Moreover, we will find the possibility of creating the law of defense of public service users, analyzing the Bill 6.953/2002.

Key Words: civil liability state; public services; Code of Consumer Protection; Bill 6.953/2002.

Sumário: Introdução; 1 Serviço público; 2 Responsabilidade civil estatal; 2.1 Responsabilidade civil estatal no direito brasileiro; 3 A aplicação do CDC nos serviços públicos; 3.1 Do nosso entendimento e dos demais doutrinadores; 3.2 Entendimento jurisprudencial; 4 A possibilidade da criação da lei de defesa dos usuários de serviços públicos; 4.1 Projeto de Lei 6.953/2002; Conclusão.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é apresentar a responsabilidade civil estatal, encabeçada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e a possibilidade de incidência do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos. Ademais, verificaremos os prospectos abarcados pelo Projeto de Lei n. 6953/2002 que trata de lei específica para a defesa do usuário de serviços públicos.

Adentraremos também na apresentação e no cotejo sobre a responsabilidade extracontratual genérica do Estado, prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, e da incidência do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/90) na prestação dos serviços públicos, prevista principalmente no art. 22 do referido diploma legal.

Assim, discutiremos o processo de infiltração da *lógica de mercado* na *lógica solidária* dos serviços públicos. Debateremos a grande diversidade de raciocínios elaborados pela doutrina, mas firmaremos nossas premissas, e sua objetividade ante as diversas legislações, doutrina, e jurisprudência.

Haveremos de debater sobre a possibilidade da criação da Lei de Defesa do Usuário de Serviço Público, em vias de sua promulgação, por meio do Projeto de Lei 6.953/2002, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Toda a análise será em prol do convencimento dos leitores do presente artigo, sobre a atualidade e relevância responsabilidade civil do Estado e dos sistemas de proteção, obrigações e responsabilidades na prestação de serviços públicos.

1 SERVIÇO PÚBLICO

O conceito de serviço público não conserva uma delimitação ou definição clara na doutrina nacional e internacional, embora haja várias qualificações e divisões muito bem colocadas. Nesse contexto, cabe ao cientista do direito definir o aspecto e a

amplitude do termo serviço público para conseguir trabalhar seu conceito e suas propriedades intrínsecas.

No nosso entendimento, dentre as classificações genéricas de serviço público, a mais adequada é aquela de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, pois é a atividade material que o próprio Estado escolhe para satisfazer concretamente as necessidades coletivas, de maneira própria ou delegada, sob regime total ou parcial de direito público.

Nessa senda, optamos pela acepção restrita de serviço público, pois não há como entender as atividades da Administração, Governo, Legislativo, e Judiciário, como serviços para atender as necessidades concretas coletivas, e ainda mais são porque atividades exclusivas de Estado, impassíveis de delegação a particulares e na maioria das vezes impossíveis de delegação de atribuições entre os próprios Poderes por vedação expressa da Constituição Federal, haja vista também a proteção constitucional à separação dos poderes.

Sobre os serviços públicos a regra matriz se encontra no art. 175 da Constituição Federal², o qual é claro na possibilidade da prestação direta pelo Estado ou por delegação (concessão, permissão, e autorização), não se excluindo a possibilidade de atuação pela Administração Indireta, bem como da criação de consórcios públicos, convênios administrativos, e parcerias público-privadas.

É necessário delimitarmos ao menos os princípios mais recorrentes dos serviços públicos. A partir da análise da doutrina majoritária³ podemos destacar três princípios em comum: *igualdade* ou generalidade, *mutabilidade do regime jurídico* ou flexibilidade dos meios aos fins, e *continuidade* ou permanência.

Pelo princípio da igualdade ou generalidade temos que os serviços públicos devem ser prestados sem qualquer tipo de distinção entre seus usuários, não importando quaisquer características físicas ou psíquicas em regra. Todavia, há possibilidade de serem estabelecidas tarifas diferenciadas, como isenção tarifária para pessoas idosas e

¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, p. 103

² Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...)

³ Para esses fins, nos utilizamos das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p.108-109; Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro., p. 356-357; e Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, p. 354.

redução das tarifas para usuários de menor poder aquisitivo, é o que dispõe a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei Federal 8.987/95)⁴.

Sobre o princípio da mutabilidade do regime jurídico ou flexibilidade dos meios aos fins, este autoriza mudanças no regime de execução do serviço para melhor consecução do interesse público⁵, que pelo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, virá ora definido pelas prescrições constitucionais, ora pelas normas contidas na lei geral e abstrata.

O princípio da continuidade ou permanência traz em seu bojo a ideia de que o serviço público não pode parar, deste modo se contrapõe à *exceptio non adimpleti contractus* do artigo 78, inciso XV, da Lei Federal 8.666/93, onde há a possibilidade do contratado, na hipótese de não pagamento pela Administração por prazo superior a 90 (noventa) dias, suspender a execução do contrato. Já nos serviços públicos não há essa possibilidade, pois, o art. 39 da Lei 8.997/95 estabelece que, no caso descumprimento contratual da Administração, os serviços públicos não poderão ser paralisados, sem que haja decisão judicial transitada em julgado. Portanto, nos serviços públicos, não é possível a concessão de liminar para paralisação dos serviços, há de se esperar pelo julgamento definitivo.

Em continuação à temática dos serviços públicos, para melhor entendermos a incidência do CDC na prestação dos serviços públicos (tema a ser discutido do capítulo 4), é útil a diferenciação de serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*, classificações muito difundidas pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Serviços *uti universi* podem ser considerados aqueles endereçados à coletividade, mas sem usuários determinados, fruídos de maneira indireta, ou seja, são prestados em favor do povo em geral com ausência de destinatários individuais, sendo exemplos, defesa externa, saneamento básico, limpeza urbana, iluminação pública, calçamento, asfaltagem, pesquisas científicas, serviços de estatística e geografia, entre diversos outros.

⁴ Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

⁵ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, op. cit., p.: 60: “(...) o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais”.

Desse modo, a maioria dos serviços *uti universi* são executados pela própria Administração de modo direto, mas não elimina a possibilidade de delegação em alguns casos, no entanto, o que não é permitido é a taxaço e a tarifação sobre esses serviços, pois a taxa nesse caso não atenderia ao disposto no art. 145, inciso II, da CF, e o art. 77 do Código Tributário Nacional, pois essas “tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”; e também não há condição de se tarifar, haja vista a premissa básica de não haver usuário determinado.

Serviços públicos *uti singuli* podem ser considerados como aqueles prestados à coletividade, com usuários determinados e fruíveis de maneira direta, ou, seja, são passíveis de mensuração para cada usuário, tendo como exemplos, telefone, água e esgoto, energia elétrica, gás, transportes públicos.

Sobre esses serviços cabe a análise de Hely Lopes Meirelles⁶:

“Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo quê devem ser remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), e não por imposto”.

No nosso ponto de vista, todavia, excepcionalmente o serviço público *uti singuli* não excluirá a possibilidade de ser custeado por imposto, haja vista, a existência de municípios em que arrecadação dos tributos é suficiente para o custeamento dos transportes públicos, como é o caso de Paulínia no Estado de São Paulo.

De todo exposto, é necessário fazer o cotejo sobre os serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*, o primeiro se presta a definir aqueles endereçados à coletividade, mas sem usuários determinados, fruídos de maneira indireta, ou seja, são prestados em favor do povo em geral com ausência de destinatários individuais. Os serviços *uti singuli* são de natureza diametralmente oposta, com usuários determinados, ou, neste caso, podendo ser chamados também de consumidores de serviços públicos, os serviços são fruídos de maneira direta, com presença de utentes individuais. Como será

⁶ Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, p. 354.

demonstrado no Capítulo 4, aos *uti singuli* é pertinente a discussão sobre a eventual aplicação da proteção consumerista, observados os requisitos lá apresentados, enquanto a proteção aos *uti universi* deverá ser demandada pela responsabilidade civil extracontratual do Estado de forma genérica, abordada no capítulo 3.

Em síntese sobre a execução dos serviços públicos, este pode ser feito pela Administração Pública Direta, por outorga legal à Administração Indireta, por delegação a particulares (concessão, permissão e autorização), bem como podem ser celebrados consórcios públicos, convênios públicos e parcerias público-privadas para sua consecução.

Há também os serviços de interesse público, que, no entanto, não são considerados pela doutrina majoritária como serviços públicos, mas sim particulares que prestam atividades que necessitam de regulamentação e fiscalização pelo Poder Público em decorrência de sua natureza de atendimento à coletividade. São de objeto do famigerado Terceiro Setor, cuja discussão atual tange à eficácia e presteza quanto a execução de tais serviços.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

Quando nos referimos à responsabilidade estatal, há de se cogitar a responsabilidade dos Três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Todavia, nos vêm à mente com mais frequência a responsabilidade da Administração Pública, pois essa executa as atribuições que mais podem causar danos diretos à coletividade; ademais é comum pensarmos em responsabilidade extracontratual ou aquiliana, já que a contratual decorre dos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, lei de normas gerais de licitações e contratos administrativos; Lei 8.987/95 para concessões e permissões de serviços públicos, e uma série de outras leis em âmbito nacional, estadual e municipal.

No entanto, apesar de ser mais comum a responsabilidade civil da Administração Pública, devemos entender como responsabilidade do próprio Ente Estatal, pois só este tem personalidade jurídica. Deste modo, não podemos demandar no Judiciário em face de algum órgão do Estado, mas sim em face da própria entidade estatal, ou da pessoa jurídica da Administração Indireta, por possuírem personalidade distinta do Ente Estatal que o criou.

No momento histórico em que vivemos, para ocorrer a responsabilidade extracontratual do Estado é essencial a ocorrência de um dano a terceiro em decorrência de uma ação ou omissão do Poder Público. No entanto, nem sempre foi assim, passamos por vários momentos históricos para chegarmos ao patamar em se encontra o objeto do presente estudo, vejamos a seguir.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ esquematiza a evolução da responsabilidade do Estado em três grupos de teorias: teoria da irresponsabilidade; teorias civilistas que se subdividem em teoria dos atos de impérios e de gestão, e teoria da responsabilidade subjetiva; teorias publicistas, que se dividem em teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público, ou teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutistas e repousava no fundamento de soberania, onde vigoravam princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong*); aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Nesses termos, qualquer responsabilidade dos Estados supostamente equipararia o príncipe ao súdito.

No século XIX, a tese da irresponsabilidade estatal restou superada, a responsabilidade do Estado começou a se apoiar em teorias apoiadas na culpa civil, daí falar-se em teorias civilistas da culpa. Havia numa primeira fase a teoria dos atos de império e atos de gestão. Quando o Estado atuava por atos de império, lhe eram inerentes prerrogativas e privilégios impossíveis aos particulares, utilizando-se de um direito exorbitante do comum; porém, quando a Administração atuava para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público, bem como para gestão de seus serviços, a posição da Administração e a do indivíduo não se diferia.

⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 643 e ss.

Desse modo, só haveria responsabilidade pelos atos de gestão, e os atos os atos de império seriam insuscetíveis de responsabilização. Portanto, a teoria de irresponsabilidade foi mitigada, a só se admitir a responsabilidade do Estado, que praticaria atos de gestão, por meio de seus propositos; já a figura do monarca continuava a mesma (o rei não pode errar).

Muitos juristas, no entanto, irredignados com tais distinções, eram aderentes da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, afirmando que, além da dificuldade da diferenciação de atos de império e atos de gestão, a responsabilidade deveria ser aplicada em virtude da culpa do Estado, independentemente da figura do rei ou de seus prepostos.

Nessa linha seguiu a doutrina civilista brasileira quando da promulgação do Código Civil Brasileiro de 1916 em art. 15⁸, que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

Quanto às teorias publicistas, é indispensável para caracterizar o surgimento dessas o famoso caso Blanco, ocorrido na França em 1873: a menina Agnès Blanco, ao atravessar de uma rua na cidade de Bordeaux, foi atropelada por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura; seu pai inconformado promoveu ação civil de indenização, com fundamento no princípio de que o Estado é responsável civilmente por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes.

Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e contencioso administrativo⁹, o Tribunal de Conflitos decidiu que o litígio deveria ser solucionado pelo tribunal administrativo, justamente por se tratar de responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Nesse ínterim, na França, decidiu-se que a

⁸ CC/1916. “Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

⁹ Deve-se lembrar que na França há o sistema de dualidade de jurisdição. Sobre o tema cabe a citação dos comentários de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit, p. 4: “O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema de dualidade de jurisdição. Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação dos poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro (...)”.

responsabilidade do Estado rege-se por regras especiais de conciliação dos direitos do Estado com os direitos privados, e não pelos princípios do Código Civil Francês.

Das teorias publicistas da responsabilidade, começamos pela teoria da culpa administrativa ou da culpa do serviço. Nesse caso, havia distinção entre a culpa individual do agente público, pela qual ele mesmo respondia; e de outro lado, a culpa anônima do serviço público, quando esse funcionou mal ou atrasado, não sendo identificado um agente responsável, mas sim o próprio serviço. Desse modo, a responsabilidade incidiria ao Estado.

A outra teoria publicista que se desenvolveu foi a teoria da responsabilidade objetiva, também chamada de teoria do risco, porque parte do entendimento de que a atuação do Estado envolve um risco de dano, que caso esse venha a se concretizar, obriga o Poder Público ao pagamento da devida indenização.

Apesar da existência de divergências entre as terminologias das teorias, todas parecem convergir ao centro que seria averiguar se a causa danosa foi o mau funcionamento de um serviço público, não importando se foi regular ou não. Ademais, a doutrina entende em que alguns casos a responsabilidade extracontratual do Estado se exclui ou se atenua. No entanto, há casos que, por força de lei, não há excludente ou atenuante de responsabilidade, adotando-se a teoria do risco integral, mesmo que em caso análogo haja a possibilidade da excludente ou atenuante, tendo como um exemplo danos causados por acidentes nucleares.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NO DIREITO BRASILEIRO

O Estado brasileiro nunca acolheu a teoria da irresponsabilidade estatal, desde a época do Império com a Constituição de 1824, e o começo da República com a Constituição de 1891, constituições, que, embora, não previssessem a responsabilidade do Estado, previam a responsabilidade do agente em decorrência de abuso ou omissão no exercício de suas funções. No entanto, havia leis ordinárias em que se previa a

responsabilidade solidária do estado com a dos funcionários, tendo como exemplos serviços de correio, colocação de linhas telegráficas, danos por estradas de ferro.

Com o advento do Código Civil Brasileiro de 1916, o legislador adotou a teoria da responsabilidade subjetiva, estabelecida, como dito anteriormente, em seu art. 15. Apesar da divergência instaurada na doutrina, em que alguns já previam a teoria do risco, possibilitando a responsabilidade sem culpa do Estado, era claro que o referido art. 15 privilegiava a teoria subjetivista, pois a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público ficava condicionada a *proceder contrário ao direito ou a falta a dever prescrito em lei*.

A Constituição de 1934 acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre o Poder Público e o funcionário. O seu artigo 171 prescrevia que “os funcionários são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos”. A Constituição de 1937 repetiu a mesma norma, em seu artigo 158.

Já com o advento da Constituição de 1946, a teoria subjetivista perdeu força para a teoria da responsabilidade objetiva. O artigo 194 da referida Carta Política previa que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E o parágrafo único do artigo “caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. Deste modo, a responsabilidade estatal não dependeria mais da condição da presença de conduta ou omissão culposa. Na Constituição de 1967, a norma foi repetida em seu artigo 105, com a inclusão no parágrafo único do artigo que cabe ação regressiva em caso de culpa ou dolo do funcionário responsável.

A atual Constituição Federal da República Federativa do Brasil prevê no artigo 37, §6º, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responsáveis pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Deste modo, resta consagrada no direito positivo brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado e das prestadoras de serviço público, e a responsabilidade subjetiva do agente público.

O atual Código Civil de 2002, no entanto, em seu art. 43¹⁰, está atrasado em relação em relação à CF/88, pois não inclui em seu texto as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Trata-se, portanto, em nossa opinião de equívoco legislativo, pois, além da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078 de 11 de setembro de 1990) tratou de prescrever a responsabilidade das pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos em seu art. 22, parágrafo único. Todavia essa omissão do Código Civil de 2002 não compromete o entendimento sobre o assunto, uma porque a Constituição é *lex superior*, e outra porque o CDC é *lex specialis*.

Do dispositivo constitucional, podemos trazer a baila as seguintes observações, em síntese: o ato lesivo deve ser praticado por agente de pessoa jurídica de direito público interno (art. 41 CC/02), incluindo empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais e personalidades jurídicas de direito privado delegatárias de serviço público; que haja dano causado a usuários dos serviços públicos ou a terceiros envolvidos na ação ou omissão danosa; o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, sejam agentes políticos, administrativos, ou particulares em colaboração com a Administração; o dano do agente tem que ser causado no exercício de suas funções, sendo que alguns autores admitem a responsabilidade estatal, mesmo que o agente exacerbe suas atribuições, mas que tenha nexos com a atividade estatal prestada, caso o agente cause dano fora da atividade estatal, sua responsabilidade será exclusiva.

Há de observar-se também que, embora, a teoria dominante seja a teoria do risco administrativo, ou da responsabilidade objetiva, é necessário o nexo de causalidade para fundamentar a responsabilidade civil do Estado, sendo que esta deixará de existir ou lhe incidirá atenuante quando o serviço público não for causa do dano, ou quando não for a causa única.

Neste ínterim, são apontadas como causas de exclusão da responsabilidade a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro, observando as mitigações doutrinárias e legais, neste momento, oferecidas pelas leis de direito público, do Código

¹⁰ “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Civil (Título IX – Da Responsabilidade Civil), do Código de Defesa do Consumidor (Capítulo IV - Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos), abrangências que serão discutidas no próximo capítulo.

Deste modo, a responsabilidade civil extracontratual do Estado, tendo como princípio basilar, o art. 37, §6º, da Constituição Federal, tem um espectro muito amplo, pois envolve as atividades da Administração Pública direta ou indireta; há divergência doutrinária sobre a incidência da responsabilidade sobre o Poder Legislativo e sobre o Poder Judiciário; abarca os serviços públicos, bem como as obras públicas; e há divergência também, se os serviços de interesse público são ou não tutelados pelo referido dispositivo constitucional.

Em relação à possibilidade de responsabilização do Legislativo, há muitos que defendem a sua irresponsabilidade alegando, em suma: a soberania dos atos legislativos, em alterar, criar, revogar situações, salvo a limitação imposta pela Constituição; o Poder Legislativo edita normas gerais e coletivas para toda a sociedade; os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por parlamentares escolhidos pelo próprio povo.

No entanto, primeiramente, não é somente o Legislativo que detém a soberania, essa é inerente ao Estado e é una, sendo as competências divididas entre os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Segundo, as leis nem sempre geram efeitos gerais e abstratos, podendo ser específicas e concretas. Por fim, em nada altera a responsabilidade do Legislativo, seus membros terem sido eleitos democraticamente, assim também é o Chefe do Executivo, e isso não impede a responsabilização estatal, ademais a delegação do povo para os parlamentares é para fazer leis constitucionais.

Nos dias atuais, ainda sob forte controvérsia doutrinária e jurisprudencial, aceita-se a responsabilidade do Estado, em apertada síntese nos seguintes casos: leis inconstitucionais; atos normativos do Poder Público eivados de ilegalidade ou inconstitucionalidade; leis de efeitos concretos, sejam constitucionais ou inconstitucionais, com fundamento no princípio da repartição dos encargos sociais; e a omissão no poder de regulamentar e legislar.

Sobre a impossibilidade de responsabilização do Estado por atos do Judiciário, os que refutam essa ideia alegam que: o Poder Judiciário é soberano; os juízes agem com independência e destemor sobre a responsabilização de seus atos; o magistrado não

é funcionário público, e sim agente político, simbolizando parte do Poder Estatal; a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a impossibilidade de mutação da coisa julgada.

Primeiramente, sobre a suposta soberania do Judiciário, reitera-se o quanto dito sobre a do Legislativo. Segundo, a independência do Judiciário também é inerente aos outros poderes, e nem por isso, infere-se a irresponsabilidade dos mesmos, ademais seus atos tem de estar em estrita consonância com o que é legal e jurídico. Terceiro, o fato de ser não ser considerado funcionário público, na acepção mais técnica do termo, sendo considerado um agente político, em nada isenta a responsabilidade do Estado, pois a CFRB foi clara em empregar o termo agente, para abranger todos que prestam atividades diretamente e em nome do Estado, bem como Administração Indireta. Por último, a responsabilização do Estado em nada infringe a coisa julgada, pois não se trata de mudança do julgamento entre as partes, mas sim de uma indenização em caso de certos erros provenientes do Judiciário, como por exemplo, a injusta condenação criminal, cuja indenização já é prevista, em casos de revisão criminal, no artigo 630 do Código de Processo Penal¹¹.

Em relação à reparação do dano causado, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹², essas reparações podem ser feitas no âmbito administrativo, desde que o Poder Público reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre lesante e lesado quanto ao valor de indenização, ou em caso contrário, por meio de ação de indenização contra a pessoa jurídica lesante, cujo prazo de prescrição para tal ação consta no art. 1º-C da Lei Federal 9.494/97, sendo de cinco anos.

¹¹ Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada.

¹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 664-665.

3 A APLICAÇÃO DO CDC NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Quando pensamos na Lei Federal 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, nos vem a mente, a primeira vista, que essa lei só disciplina relações de consumo entre particulares, seja na aquisição de produtos, ou na fruição de um serviço. No entanto, a aplicabilidade do CDC é extensível em partes, como veremos, aos serviços públicos. Assim, nosso papel principal é delimitar quais são os serviços públicos sujeitos a incidência do CDC, e justamente qual é a extensão das normas consumeristas a estes serviços.

A aplicação do CDC nos serviços públicos tem amparo legal no art. 7º, *caput*, da Lei Federal 8.987/95, que faz a remissão de que os serviços públicos (neste caso por concessão ou permissão) serão regulamentados, sem prejuízo do disposto na Lei 8.078/90. O CDC, por sua vez, no art. 4º, inciso VII, faz referência à melhoria dos serviços públicos; no art. 6º, inciso X, faz referência à prestação adequada dos serviços públicos em geral; o art. 22, *caput*, prevê a obrigação dos órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, serem obrigados ao fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos; o parágrafo único do art. 22, prevê que em caso de descumprimento dos deveres do *caput*, as pessoas jurídicas referidas serão obrigadas a cumprir a obrigação e serão responsáveis, nos termos do CDC.

Desse modo, não há dúvida que o legislador brasileiro previu a aplicação do CDC aos serviços públicos, porém, como os serviços públicos são regidos por leis de regime jurídico administrativo, impossível é a subsunção plena dos serviços públicos às normas consumeristas da Lei 8.078/90. Esclareça-se que a matéria é de extrema divergência doutrinária, tanto entre os juristas administrativos, quanto aos consumeristas, todavia nos cabe aqui, construir um raciocínio, apresentar os posicionamentos, e definir nosso entendimento. Passemos, portanto.

O Código de Defesa do Consumidor, em que pese portar normas de proteção coletiva ao consumo, tem uma natureza Privatista, ou seja, sua principal aplicação é proporcionar a defesa do vulnerável consumidor ante a poderosa gama de fornecedores, a fim de regulamentar por regras diferenciadas do direito comum, o comportamento, as

obrigações e responsabilidades dos fornecedores perante os consumidores, através de normas cogentes, principalmente ligadas à proteção do vulnerável consumidor frente ao abuso dos fornecedores.

Analisando o histórico dos serviços públicos, ocorreu uma infiltração da lógica de mercado neles, mais acentuado nos serviços *uti singuli*, fazendo com que as prestações dos serviços públicos também fossem igualmente analisadas à luz das expectativas dos usuários. Desse modo, o surgimento dessa lógica de mercado tem por efeito a alteração da lógica solidária que é atinente à condição do “ser” serviço público.

Não muito tempo atrás, na década de 1970, ainda não havia a abordagem dos usuários de serviços públicos como titulares de direitos, mas muitas vezes como súditos que, apesar de gozarem de um direito subjetivo à prestação de serviço público, o usuário do serviço público se encontrava num estado de sujeição ao Poder Público prestador.

A infiltração da lógica de mercado faz com que o *status* de usuário de serviço público passe para consumidor de serviço público. Deste modo, segundo Alexandre Santos Aragão¹³:

“(…) de uma disciplina de autoridade, que pressupunha uma relação vertical entre Estado e cidadão (“administrado”), orientada à persecução de objetivos macroeconômicos, se passa a formas de controle e de regulação voltadas a garantir em prol dos cidadãos a transparência e a prestação do serviço pelos melhores preços e condições possíveis adaptados, na medida do possível, às necessidades individuais de cada um”.

Sobre a posição jurídica dos usuários de serviços públicos surgiram três teorias: a de direito privado, de direito público, e a teoria mista.

As teorias de direito privado, ou privatistas, sustentam que o vínculo entre o concessionário de serviço público e o particular é de natureza civil, pois o contrário admitiria a existência de relações jurídicas de Direito Público entre particulares. No entanto, a afirmação da natureza privada não teria por objetivo ilidir a existência de uma série de normas de Direito Público sobre elas incidentes.

¹³ Alexandre Santos de Aragão, A Dimensão e o Papel dos Serviços Públicos no Estado Contemporâneo, p. 315.

As teorias de direito público, ou publicistas, sustentam que a relação entre o particular e o prestador de serviço público, seja este industrial, comercial ou outro, terá regência plenamente de Direito Público.

Para as teorias mistas, a prestação de serviços públicos, quando forem delegados à iniciativa privada, é regida em parte por um estatuto de regulamentação pública. Todavia, essa incidência desse estatuto só haverá efeito se houver a celebração de um contrato de prestação de serviços entre dois particulares (concessionário e usuário), sendo tal contrato de natureza civil mitigada pelos aspectos inerentes à situação estatutária.

Deste modo, podemos perceber a existência de vários vínculos quando da delegação do serviço público. A Administração para com o Concessionário, Concessionário para com o Usuário, e da Administração para com o Usuário.

Na relação entre o Poder Público e seus delegatários, o entendimento mais correto no ordenamento brasileiro, nas concessões é ter natureza jurídica de contrato de direito público, oneroso, sinalagmático e comutativo, e nas permissões de ser ato unilateral discricionário e precário.

A relação entre o Concessionário e o Usuário de serviços públicos, como dito antes, é um contrato de natureza civil mitigado e derogado sob certos aspectos do regime jurídico administrativo.

Já a relação da Administração com o Usuário, é o dever de prestar (observando o regime de direito público, com a incidência de normas consumeristas se essas forem adequadas), ou delegar o serviço público, ambos em consonância com o princípio elencado por Celso Antonio Bandeira de Mello de que é inescusável ao Estado o dever da prestação do serviço público. Por outro lado, em caso de delegação do serviço público, o Estado terá responsabilidade subsidiária, devendo a responsabilidade ser apontada primeiramente ao delegatário.

3.1 DO NOSSO ENTENDIMENTO E DOS DEMAIS DOUTRINADORES

Sem prejuízo da tese sobre a possibilidade da criação de uma lei de serviços públicos, como será demonstrada no próximo capítulo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na prestação dos serviços públicos se faz presente nos dias atuais, mas com reservas, apesar da divergência sobre sua abrangência.

Em nosso entendimento, o Código de Defesa do Consumidor, mormente pela ausência de lei reguladora de serviços públicos, é aplicável aos serviços públicos *uti singuli*, não devendo importar se é prestado pela Administração Pública Direta, ou pela Administração Indireta, concessionários, permissionários, autorizatários, consórcios públicos, convênios administrativos, parcerias público-privadas, desde que haja remuneração do serviço, ou serviços com gratuidade específicas para grupos legalmente isentados.

Entendemos que não há como se aplicar as regras consumeristas às atividades próprias da Administração, do Governo, do Judiciário, do Legislativo, aos serviços *uti universi* que são custeadas por impostos, assim entendemos que a aplicação do CDC só pode haver nas relações em que o Poder Público ou seus delegatários são fornecedores de serviços e que este tenha caráter remuneratório, em conformidade com o art. 3º, §2º, pois se o CDC exige a remuneração do serviço, quando da atividade econômica, observadas as mitigações em relação as remunerações indiretas (amostras grátis, estacionamento gratuito), não há de se interpretar extensivamente a ponto de aplicar o CDC aos serviços de saúde, educação, segurança pública, limpeza urbana, iluminação pública¹⁴, mas sim aos serviços *uti singuli*, seja de energia elétrica, água e esgoto, transporte público, telefonia, gás, pedágio (seja remunerado por taxa ou tarifa).

O argumento de que as obrigações e a responsabilidade estatal só devem decorrer do regime jurídico administrativo não merece acolhimento entre nós, pois o art. 3º do CDC inclui as pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores de

¹⁴ Em relação a iluminação pública se esta for custeada pela COSIP, há possibilidade de se discutir a proteção pelo CDC, já que há a remuneração pelo serviço, mesmo que seja uma contribuição social. Se não for custeada pela COSIP, em caso de eventual dano é melhor que se demande o Estado pelas vias ordinárias de responsabilidade civil do Estado.

produtos e serviços. Seria uma tentativa de negar o próprio CDC e a Lei 8.987/95 que faz remissão expressa à Lei Consumerista.

Outra interpretação duvidosa tem sido o entendimento pela aplicação do CDC somente aos serviços delegados ou também chamados de serviços públicos indiretos, e sua cobrança sendo feita por *tarifa* ou *preço público*. Tal aferição, em nosso entendimento, não tem embasamento legal, pois, a classificação tributária da cobrança, desde que seja contraprestacional, em nada muda, o fato das pessoas jurídicas de direito público serem fornecedoras, nos termos do CDC, de serviços públicos.

No entanto, não se pode aplicar o CDC às cegas e indistintamente aos serviços públicos, pois é obvio que esses não são regidos somente pelas regras da atividade econômica, mas sim são regidos por normas de regime de direito administrativo.

Assim não há que se falar, por exemplo, se a tarifa de determinado serviço público é mais cara do que a exata contraprestação do consumidor, situação que não caracteriza a abusividade desta nos termos do CDC, pois a tarifa em certos casos possui efeitos de subsídio *interno* ou *cruzado*, ou seja, visa a própria tarifa custear a expansão dos serviços em atendimento, atendendo ao princípio da modicidade das tarifas, e também financiar pelos usuários efetivos a entrada dos usuários em potencial. Também funciona em um sistema de lógica solidária para custear pelo mesmo preço, alguns serviços diferenciados, a exemplos das tarifas de ônibus com percursos diferentes. Outrossim, têm o efeito transgeracional, que visa garantir a manutenção e a expansão do serviço às próximas gerações.

Com relação à interpretação da norma consumerista esta tem que estar de acordo com as normas de direito administrativo, e, embora a relação entre concessionário e usuário seja uma relação civil, não é possível ignorar as regras em que foi celebrado o contrato de concessão ou o “contrato de adesão” das permissões. Um exemplo de diálogo dessas fontes é a discussão sobre possibilidade de corte de corte nos serviços públicos essenciais, o CDC determina em seu art. 22 que os serviços públicos essenciais serão contínuos, e o art. 6º, §3º, da Lei 8.987/95, em que um dos incisos trata de inadimplemento do usuário, caso em que será possível o corte após aviso prévio e interesse da coletividade. Nestes termos, a doutrina se divide, pela impossibilidade do corte dos serviços essenciais, água e energia elétrica, com fundamento no art. 1º, inciso

III, CFRB, arts. 22 e 42 do CDC, indicando em suma que o corte fere a dignidade da pessoa humana, a continuidade dos serviços essenciais e se trata de meio vexatório para cobrança; e outro lado pela possibilidade do corte com fundamento no art. 6º, §3º, da lei 8.987/95 e na supremacia do interesse público, haja vista, que a impossibilidade de corte desses serviços geraria maior inadimplência e em consequência impossibilitaria a adequação econômica dos contratos de concessão, inviabilizando a *lógica de mercado* das concessionárias.

A jurisprudência majoritária tem entendido pela possibilidade de corte, desde que haja aviso prévio, e continuidade do inadimplemento; salvo casos em que se verifica risco grave a saúde dos usuários, deste modo mitigando-se a norma administrativa em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, caso em que a *lógica solidária* dos serviços públicos irá suportar o inadimplemento. Outrossim, tem se entendido que o corte há de ser em relação à prestação atual, e não a prestações anteriores, em que se deverá cobrar a dívida pelos meios ordinários existentes, inclusive inscrição do nome em cadastros de proteção ao crédito.

Não obstante a esses entendimentos, o Código de Defesa do Consumidor também protege os direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos de natureza consumerista, deste modo, os usuários de serviços públicos abrangidos pelo CDC ou exclusivamente comerciais poderão ser defendidos individualmente nos casos já mencionados, ou ainda por tutela coletiva quando a causa de pedir extravasar a esfera individual e pertencer a uma coletividade seja determinada ou difusa. Neste último caso, os legitimados para propor as ações estão previstas no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, as ações coletivas obedecerão ao disposto no Título III do CDC, bem como estarão sujeitas ao disposto na Lei Federal 7.347/1985. Portanto, o CDC também protege os consumidores quando da natureza coletiva ou indivisível dos serviços, no entanto, quando esses tiverem natureza diversa da consumerista, eles obedecerão cada um às normas inerentes à sua natureza, e ao disposto na Lei de Ação Civil Pública.

Portanto, entendemos que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor se dá perante os serviços públicos *uti singuli* com remuneração, incluindo-se a gratuidade legal, seja pela Administração Direta, Indireta e delegatários, seja por taxa ou tarifa, mitigados pelas leis próprias de regime jurídico administrativo, observadas a natureza

de cada atividade, admitindo-se a defesa dos interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos de natureza consumerista, cabendo ao exegeta a melhor interpretação sobre a conveniência e possibilidade da invocação do CDC, à luz das lógicas de mercado e de solidariedade do serviço público.

Não sendo o objetivo deste artigo consagrar a sua tese como a única doutrina certa, é imperioso analisar opiniões de outros ilustres doutrinadores, vejamos.

Arthur Luís Mendonça Rollo¹⁵, enxerga na remuneração do serviço público fator de diferenciação para fins de incidência no CDC, mas defende a tese de que a possibilidade de individualização do serviço público é o fator determinante para a possibilidade de aplicação do CDC. Deste modo, cita exemplos como controle de tráfego aéreo, guarda e controle de substâncias radioativas, transporte coletivo gratuito, e ao mesmo tempo exclui os serviços de segurança pública que são prestados indistintamente a toda população.

Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Leonardo R. Bessa¹⁶ entendem que as classificações administrativas sobre serviços públicos devem ser evitadas para fins de delimitação da abrangência do CDC, antes entendem que os serviços públicos sob a incidência do CDC devem ser aqueles abrangidos pelo mercado de consumo e com remuneração específica, assim as atividades da Administração que não são passíveis do mercado de consumo não comportam a aplicação do referido diploma legal. Ademais, entendem que o serviço deve ser divisível e mensurável individualmente, devendo haver caráter sinalagmático, não importando se o pagamento é dado por taxa ou por tarifa; seus exemplos são: telefonia, transporte coletivo, energia elétrica e água.

A lição de Luis Antônio Rizzatto Nunes¹⁷ caminha pelo sentido de que o serviço público tem que ser eficiente, adequado, oferecendo o maior número possível de efeitos positivos para o administrado. No que toca a incidência sobre o CDC nos serviços públicos, defende sua aplicação de modo amplo, independentemente, se o serviço é custeado por taxa ou imposto, só faz a ressalva que esses serviços também

¹⁵ Arthur Luís Mendonça Rollo, Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas na Relação de Consumo.

¹⁶ Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa, Manual de Direito do Consumidor, p. 215 e ss.

¹⁷ Rizzatto Nunes, Curso de Direito do Consumidor, p. 151 e ss.

podem obedecer a outras leis do ordenamento que forem compatíveis com o CDC. Ademais, consigna que o prestador de serviços públicos está submetido a todas as normas que recaem sobre o prestador de serviços privados, deste modo incidindo todas as possibilidades do art. 20 do CDC¹⁸ aos serviços públicos também.

Cabe aqui nossa incisão de que, no nosso entendimento, os variados artigos do CDC sobre obrigações e responsabilidade poderão ser aplicados ao caso *in concreto* desde que não sejam claramente incompatíveis com as normas de regime jurídico administrativo que regem determinada atividade com natureza de serviço público, nos termos aqui já defendidos.

Hely Lopes Meirelles¹⁹, ademais admite a incidência do CDC nos serviços públicos, inclusive os serviços *uti universi*, nos trazendo a lição de que “são direitos públicos subjetivos do exercício pessoal quando se tratar de serviço *uti singuli* e o usuário estiver na sua área de prestação”. Nesse ponto haveria as ações correspondentes para exigir a prestação ou reparar a lesão judicialmente, sendo ação cominatória do art. 287, CPC, para exigência da prestação dos serviços *uti singuli*, além das ações consumeristas previstas no CDC em título próprio (Título III – arts. 81 a 104). Para o Autor, quando se tratar de serviço *uti universi*, os interesses difusos e coletivos serão defendidos pelo Ministério Público e pelos legitimados do art. 82 do CDC.

Destarte, por haver essa variedade doutrinária de entendimentos e de ângulos sobre a incidência do CDC nos serviços públicos, será útil aos nossos conhecimentos que se faça uma análise jurisprudencial.

¹⁸ Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

¹⁹ Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 358-359.

3.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Em caso envolvendo cobrança indevida no fornecimento de água, o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 371.341/MS, firmou o entendimento de que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos.²⁰

Entendemos que o julgado está em perfeita consonância com o art. 42, Parágrafo Único, do CDC que prevê o valor em dobro acrescido de correção monetária e juros legais, na repetição de indébito em caso de cobrança indevida, salvo hipótese de engano justificável, ou seja, salvo ausência de culpa *lato sensu*.

Em lide envolvendo a suspensão de fornecimento de água com débitos consolidados no tempo, o STJ em julgado recente²¹, decidiu pela ilegalidade do corte de serviços públicos essenciais quando de débitos pretéritos, e decidiu que a relação entre a concessionária de serviços públicos e o usuário final, consiste em relação consumerista, sendo perfeitamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor.

Como já dissemos, a relação entre concessionária de serviço público e usuário tem uma natureza civil, mais especificamente consumerista, quando os serviços prestados detêm essa natureza, nos nossos termos já defendidos. Ademais, expomos também a impossibilidade de corte nos serviços públicos essenciais quando de débitos consolidados no tempo, havendo somente a possibilidade de cobrança pelos meios ordinários existentes, seja extrajudicial ou judicial.

Em demanda envolvendo advogado que perdeu prazo processual devido à prestação de serviços defeituosos pelos Correios, O STJ decidiu que as empresas públicas prestadoras de serviços públicos se submetem ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 14 do CDC, de modo que a responsabilidade civil objetiva

²⁰ AgRg no AREsp 371341/ MS Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0217322-4. Relator: Min. Sérgio Kukina.

²¹ AgRg no AREsp 354.991/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013.

pela teoria do risco administrativo, consagrada pela Constituição Federal, também sofre incidência do Código de Defesa do Consumidor, condenando os Correios ao pagamento de dano moral, pois a perda de prazos processuais denigre a imagem profissional do advogado.²²

A culpa objetiva do art. 14, CDC, reflete a ideia de que o fornecedor entra no mercado para lucrar e na maioria das vezes lucra, portanto, os riscos da produção não devem ser repassados ao consumidor que é vulnerável, e sim ao fornecedor, de forma análoga ao empregador que, à luz do Direito do Trabalho emprega, respondendo pelos riscos da atividade. Nos casos dos serviços públicos abrangidos pelo CDC, além dos artigos 14 e 22 do próprio diploma, a própria Constituição Federal prevê a responsabilidade do concessionário de serviço público no art. 37, §6º, de forma objetiva pela ideia do risco administrativo. Analisando, portanto, percebemos as lógicas solidária e de mercado atuando em conjunto, na prestação de serviços públicos.

A diferença, no entanto, entre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e da responsabilidade objetiva do CDC, é o amparo mais amplo e favorável que o CDC oferece ao consumidor, em comparação com as indenizações administrativas, ações indenizatórias e cominatórias, sejam individuais ou por tutela coletiva, em face do Estado, ou de seus delegatários.

Deste modo, a diferença principal da responsabilidade extracontratual do Estado genérica, e aplicação do CDC na prestação dos serviços públicos, é justamente a especificidade da proteção do CDC que fornece soluções mais protetivas aos usuários dos serviços públicos acima indicados, sendo a que a responsabilidade civil extracontratual do Estado é gênero, e a aplicação do CDC, espécie de proteção indicada aos referidos serviços.

Nessa senda, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na prestação dos serviços públicos vem como uma evolução dos conceitos de responsabilidade civil extracontratual do Estado e seus delegatários para o minissistema jurídico das relações consumeristas - até mesmo pelo aspecto temporal de promulgação da Constituição Federal e da elaboração das Leis 8.078/90 e 8.987/95 - oferecendo, nos termos já

²² (REsp 1210732/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 15/03/2013)

defendidos, soluções mais adequadas ao vulnerável consumidor ou usuário de serviços públicos.

Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso contra concessionária de serviços de telefonia, em virtude da precariedade da prestação dos serviços, o STJ em grau de Recurso Especial decidiu pela legitimidade do Ministério Público para promover a ação civil pública, mesmo sendo decorrentes de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na esfera do consumidor, e decidiu pelo direito dos consumidores de gozarem o serviço de telefonia em perfeito funcionamento.²³

Como já dissemos, há a possibilidade da tutela coletiva de direitos consumeristas. Nesta senda, um dos legitimados é o Ministério Público que detém a legitimidade para o oferecimento de ações civis públicas, em conformidade com o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, art. 82, I, do CDC e da Lei Federal 7.347/1985.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Agravo Regimental em Recurso Especial, decorrente de Ação Anulatória cumulada com Repetição de Indébito, cujo tema era a ilegalidade de cobrança de assinatura básica residencial nos serviços de telefonia, decidiu pela legalidade da cobrança, haja vista amparo pelo artigo 93, VII, da Lei n. 9.472/97, que a autoriza cobrança de assinatura desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, sendo certo que a Anatel pode fixá-la, tendo em vista ser a agência reguladora do setor, com respaldo na lei supracitada. Assim a cobrança de assinatura básica não fere o CDC, tanto pela legalidade conferida na Lei 9.472/97, tanto pelo fato do serviço ser necessariamente disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários. Agravo Regimental desprovido.²⁴

Nesse julgado, podemos perceber que o STJ ao analisar o caso, decidiu por normas de direito administrativo a possibilidade de cobrança de assinatura mensal de serviços telefônicos, independentemente da utilização do serviço. Portanto, este julgado corrobora com a nossa tese que na análise dos serviços públicos, será obrigatório o diálogo das fontes consumeristas e administrativas.

²³ REsp 568.734/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.

²⁴ AgRg no AgRg no REsp 1032454/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 16/10/2009.

De todo exposto, podemos induzir que o Superior Tribunal de Justiça entende pela aplicação do CDC aos serviços públicos, observadas as regras de direito administrativo inerentes à atividade em discussão, preservando pelas obrigações legais, tanto administrativas quanto consumeristas, tendo os prestadores responsabilidade objetiva, à luz do art. 37, §6º, da Constituição Federal e dos artigos 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor, sendo o Ministério Público legitimado para defesa dos interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos de natureza consumerista.

4 A POSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DA LEI DE DEFESA DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O art. 37, §3º, da Constituição Federal, prevê que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (...)”.

Neste sentido, a Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998, em seu artigo 27 disciplina que “o Congresso Nacional, dentro de 120 (cento e vinte) dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos”.

Inconformado com o cenário vigente da proteção dos usuários de serviços públicos, e da demora do Congresso Nacional no atendimento ao referido comando constitucional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), em 20 de junho de 2013, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com Pedido de Liminar em face da Câmara dos Deputados, Senado Federal e da Presidente da República, pela elaboração da Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, nos termos do art. 27 da Emenda Constitucional n. 19 de 1998.

Em síntese, podemos falar que na exordial da referida ação o CFOAB informa a existência dos comandos constitucionais acima citados; a possibilidade e legitimidade

para propositura da referente ação com fulcro no art. 103 *caput* cc. seu inciso VII, e §2º, da CFRB²⁵; alega também a manifesta e irrazoável demora de 14 anos para elaboração da referida lei, a existência de meros projetos de lei parados por inércia legislativa, a edição da norma se faz imperativa perante a necessidade efetiva de proteção dos usuários de serviços, bem como sua participação e avaliação neles; pedido para declarar a mora do Congresso Nacional e a concessão do prazo de 120 dias para elaboração da referida lei, a concessão de medida cautelar para determinar aos presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e à Presidência da República para que adotem providências para análise do Projeto de Lei n. 6.953/2002 e sua conversão em lei no prazo de 120 dias do deferimento da liminar, bem como aplicação subsidiária provisória do CDC nos serviços públicos.

O Min. José Dias Toffoli, relator do processo, acolheu, em 01/07/2013, parcialmente os pedidos formulados na inicial da ora ADO n. 24 do Supremo Tribunal Federal, para fixar o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a edição da lei em questão, com fundamento no art. 27 da EC n. 19/98. No entanto não deferiu a liminar, na parte em que se requer a aplicação subsidiária e provisória do Código de Defesa do Consumidor, deixando-o para uma análise mais aprofundada por parte da Suprema Corte, e após colhidas as manifestações do Advogado-Geral da União e pelo Procurador-Geral da República, para aprofundamento do tema. O processo continua no STF, havendo diversas manifestações e recursos em partes favoráveis, em outras contrárias, servindo de instrução para o julgamento definitivo.

No nosso entendimento, trata-se de uma decisão sensata do Min. José Dias Toffoli, pois esse pedido liminar proposto, mais se assemelha a uma tutela antecipada, onde há de se verificar a verossimilhança do alegado e fundado receio de difícil reparação, e pela leitura da exordial, o CFOAB conseguiu provar que é certo o poder-dever do Congresso Nacional em elaborar a lei de defesa do usuário de serviços públicos, mas demonstra teor duvidoso quanto à aplicação do CDC nos serviços

²⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

(...)

§2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

públicos. Apesar das claras remissões legais à incidência do CDC nos serviços públicos, até o dia de hoje não se tem certeza na doutrina e na jurisprudência, qual é o exato conceito de serviço público, e qual a abrangência da lógica do direito do consumo.

4.1 PROJETO DE LEI 6.953/2002

O Projeto de Lei n. 6953/2002 (Anexo I), de autoria de Lucio Alcântara, se encontra até a presente data, em urgência para tramitação, de acordo com o artigo 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.²⁶, obtendo parecer do Relator Dep. Anthony Garotinho, que se manifestou sobre a constitucionalidade, juridicidade e técnica desse projeto, aguardando até a presente data manifestação do Plenário. Todavia, em que pese, a importância do trâmite processual, haja vista já se ter passado quase 16 anos da EC n. 19/98, o que melhor nos cabe é a análise sumária preliminar do referido projeto, passemos.

O projeto deixa claro que sua intenção é estabelecer normas básicas sobre direitos e obrigações dos prestadores e usuários de serviços públicos, responsabilidade dos prestadores, processo administrativo, criação de quadro geral de serviços públicos visando à transparência, autorização para o Poder Executivo criar a Ouvidoria de Defesa do Usuário de Serviços Públicos. De forma alguma visa ab-rogar as normas já existentes de defesa do usuário de serviços públicos, inclusive faz remissão expressa ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei 9.784/99 que trata de processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O art. 1º do Projeto de Lei 6.953 deixa claro que a Administração Direta, Indireta da União, diretamente ou sob regime de concessão, permissão, autorização e

²⁶ Art. 155. Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente.

demais formas de delegação, bem como, convênios administrativos, consórcios públicos, e parcerias público-provadas, estarão sujeitas a prestação de serviços adequados, o que corrobora com a nossa tese defendida, tirando qualquer dúvida sobre os sujeitos envolvidos.

Ademais, o projeto consagra a necessidade da aplicação subsidiária do Código de Proteção do Consumidor, vejamos.

“Art. 23. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as normas contidas nas Leis n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro.”

Foi sensato o projeto, pois se utilizou do ordenamento já conhecido do mundo jurídico, para subsidiar os sistemas obrigacionais e de responsabilidade sobre a prestação do serviços públicos, delimitando a abrangência do tema e ao mesmo tempo abrindo espaço para aplicação do CDC que por sua vez, aplica subsidiariamente o Código Civil.

Como exposto, entendemos que pela natureza multifacetária dos serviços públicos, sendo essencial uma lei que proporcione o norte sobre a definição dos sujeitos, as obrigações e responsabilidade dos prestadores, e direitos e deveres, que não abdique das normas de regime jurídico de direito administrativo concernentes a cada atividade, nem das normas e proteção consumeristas, bem como da aplicação subsidiária das normas de responsabilidade do Código Civil, no que compatível.

Assim, cumpre-se a necessidade da positivação, e deixa clara a necessidade de uma hermenêutica adequada e teleológica dos serviços públicos. Vejamos o art. 3º do projeto:

“Art. 3º Os serviços públicos serão prestados de forma adequada ao pleno atendimento do usuário, obedecendo aos princípios da universalidade, generalidade, transparência, regularidade, continuidade, segurança, atualidade e, quando cabível, modicidade das tarifas.”

Por fim, esperamos pela aprovação do Projeto de Lei n. 6.953/2002, dada a sensibilidade de sua redação e seu espírito protetivo do usuário de serviços públicos.

CONCLUSÃO

O objetivo precípua deste trabalho, conforme já se apontou em outras oportunidades, foi apresentar o conceito de serviço público e a responsabilidade do prestador de serviços públicos entre a responsabilidade civil extracontratual do Estado genérica e a incidência do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos. Verificamos, ademais, a possibilidade da elaboração da lei de defesa do usuário de serviços públicos.

Desses temas, depois de muita discussão, entendemos que os serviços públicos podem ser concebidos como aquelas atividades materiais que o próprio Estado escolhe para satisfazer concretamente as necessidades coletivas, de maneira própria ou delegada, sob regime total ou parcial de direito público, dos quais seus recorrentes princípios são a igualdade, mutabilidade do regime jurídico e continuidade.

Sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, a Constituição de 1946 estabeleceu pela primeira vez no Brasil, a responsabilidade objetiva do Estado que segue até a presente Constituição Federal de 1988, baseada no risco administrativo. É a responsabilidade genérica do art. 37, §6º, da CF/88 que se aplica à classe de serviços públicos *uti universi* que não demandam a proteção apurada do CDC, às obras públicas, aos atos da Administração Pública, e aos Poderes Legislativo e Judiciário de forma mitigada.

Depois de muita discussão, estabelecemos o entendimento de que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor se dá perante os serviços públicos *uti singuli* com remuneração, incluindo-se a gratuidade legal, seja pela Administração Direta, Indireta e delegatários, seja por taxa ou tarifa, mitigados pelas leis próprias de regime jurídico administrativo, observadas a natureza de cada atividade, admitindo-se a defesa dos interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos de natureza consumerista, cabendo ao exegeta interpretar sobre a conveniência e possibilidade da invocação do CDC, à luz das lógicas de mercado e de solidariedade do serviço público.

A diferença principal da responsabilidade extracontratual do Estado genérica, e aplicação do CDC na prestação dos serviços públicos, é justamente a especificidade da

proteção do CDC que fornece soluções mais protetivas aos usuários dos serviços públicos acima indicados, sendo a que a responsabilidade civil extracontratual do Estado é gênero, e a aplicação do CDC, espécie de proteção indicada aos referidos serviços.

Sobre a possibilidade da criação de uma lei de serviços públicos, entendemos que há mais que uma possibilidade de criação, mas sim a necessidade da efetiva elaboração legislativa, tendo em vista o disposto no art. 37, §3º, e no art. 27 da EC n. 19/98, havendo em nosso olhar a necessidade da positivação do direito, na busca pelo aumento da segurança jurídica, fator essencial ao Estado Democrático de Direito.

O Projeto de Lei 6.953/2002, em nosso entendimento, está bem redigido e merece o apoio das comunidades política e jurídica, pois define o necessário, a fim da segurança jurídica, e ao mesmo não restringe diversas normas de regulamentação das obrigações e responsabilidades dos prestadores de serviços públicos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor.

De todo o exposto, o trabalho teve por objetivo apresentar diversos pontos de vista sobre o tema, bem como apresentar de diversas maneiras o principal ponto de vista defendido, à luz da legislação vigente e de outrora, da doutrina e da jurisprudência. Enfim, esperamos ter convencido e cativado os leitores do presente artigo, sobre a atualidade e relevância dos serviços públicos, bem como seus sistemas de proteção, obrigações e responsabilidades.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Dimensão e o Papel dos Serviços Públicos no Estado Contemporâneo**. Tese de defesa para título de Doutorado em Direito. . São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4ª ed. Editora São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4427163>> Acesso em: 05 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsptipo_visualizacao=null&livre=se_rvi%E7os+p%FAblicos+cdc&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31>. Acesso em 24 out. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6953/2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C1FB75564CB34A9538072D16820838F3.node2?codteor=49840&filename=PL+6953/2002>. Acesso em: 03 nov. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Ficha de Tramitação do Projeto de Lei 6953/2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56375>>. Acesso em: 18 mai. 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

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

GRINOVER, A. P.; BENJAMIN, A. H. V.; FINK, D. R.; FILOMENO, J. G. B.; NERY JUNIOR, N.; DENARI, Z. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** – Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

ROLLO, Arthur Luís Mendonça. Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas na Relação de Consumo. 1ª ed. Editora Atlas. São Paulo: 2011.

Artigo aprovado em 26/08/2014 : Recebido em 14/05/2014