

A RELAÇÃO DE CONSUMO ESTABELECIDADA ENTRE O USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO E A EMPRESA CONCESSIONÁRIA

Joseph Antoine Tawil*

RESUMO

A definição da natureza jurídica da relação contratual existente entre o usuário de serviço público e a empresa concessionária é da maior grandeza, na medida em que a caracterização desta como uma relação consumerista traz valorosas conseqüências jurídicas e municia o utente com importante instrumento legislativo (o Código de proteção e Defesa do Consumidor) nos constantes litígios que envolvem ambas as partes. O autor, assim, procura demonstrar que essa distinção faz-se necessária para o atendimento dos princípios constitucionais e os anseios sociais visados pelo legislador pátrio ao tempo em que rebate os principais argumentos das mais diversas correntes doutrinárias que já levantaram a voz para o tema, que tem despertado o interesse de um numero cada vez maior não só de juristas, doutrinadores, causídicos e magistrados, mas também da população em geral, devido à tendência crescente em nosso país da descentralização dos serviços estatais e, infelizmente, do histórico de má-prestação destes. Por fim, busca-se esmiuçar as conseqüências jurídicas através da enumeração dos dispositivos legais do CDC que ganhariam eficácia caso o aludido diploma pudesse ser utilizado nas constantes e numerosas lides que envolvem a matéria atinente à delegação estatal dos serviços públicos, característica marcante da nova fase do capitalismo que ora experimentamos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DO CONSUMIDOR; SERVIÇOS PÚBLICOS; CONCESSÃO.

ABSTRACT

The definition of the legal nature of the contractual relationship between the public service's user and concessionaire company is of the utmost importance, inasmuch as it's

* Advogado, bacharel em Direito pela Universidade Salvador (Unifacs)

characterization as a consumer's relation brings valuable juridical consequences and provides the user one important legislative instrument (The Consumer's Code of Defense and Protection) for the constant disputes involving both sides. The author, therefore, aims to show that such distinction is necessary in the observation of the constitutional principles and social needs pursued by the national legislature meanwhile fights the main arguments of the various doctrinal currents that have already raised their voice to the issue, which has aroused the interest of a growing number not only of lawyers, doctriners, and magistrates, but also of the general population due to the growing trend in our country's decentralization of state services, and unfortunately, the history of their bad-providing. Finally, the text looks forward to detail the legal consequences through the list of legal devices from the CDC that gain efficiency if the aforementioned diploma could be used in the constant and numerous cases involving the subject pertaining to the state delegation of the state's public services, striking feature of the new phase of capitalism that we now experience.

KEY-WORDS: CONSUMER'S LAW; PUBLIC SERVICES; CONCESSION.

INTRODUÇÃO

Teceremos no presente artigo algumas linhas no que diz respeito à natureza jurídica de consumidor da qual se reveste o cidadão usuário de serviço público perante as empresas concessionárias destes serviços.

Ressaltamos, desde já, que não se trata de matéria pacificada na doutrina e que as vozes que advogam tese contrária à nossa possuem argumentos assaz pertinentes e merecem todo o nosso respeito¹.

Nesse diapasão, a prova da existência deste tipo de relação peculiar é de fundamental importância, uma vez que ela é quem vai viabilizar, além da adoção das

¹ Registre-se que há trabalhos doutrinários em que o autor opta por não fazer qualquer distinção entre os dois termos como, por exemplo, Sandra Pires Barbosa (2002, p.232). Segundo a autora, na esfera pública pode-se usar indistintamente qualquer definição, já que o usuário de serviço público corresponde ao consumidor no direito privado e cita Augustín Gordillo: "Si bien las empresas suelen llamar 'clientes' a los que reciben su servicio, consideramos que esa designación presupone libertad de elección; al no existir tal libertad y tratarse de 'clientes' cautivos, corresponde más estrictamente la denominación de usuario. De allí que en este volumen estemos aproximando los conceptos de usuario y administrado: el administrado de ayer es el usuario de hoy."

medidas previstas no ordenamento consumerista, a defesa das garantias e o respeito aos princípios constitucionais que concernem à matéria.

1 A CARACTERIZAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO CONSUMIDOR NA LEI 8.078/90.

O artigo 3º da Lei 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao estabelecer o conceito de fornecedor e trazer a definição de serviço, o fez incluindo as pessoas jurídicas de direito público, sem fazer qualquer ressalva quanto a estas. Dispõe a citada norma:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Desse modo, pela generalidade das disposições trazidas, como bem ensina Cláudia Lima Marques (2005, p.564), percebe-se a clara intenção do legislador de abarcar, dentro do conceito de fornecedor, um maior número possível de entidades, a fim de garantir da forma mais ampla possível a defesa dos interesses dos consumidores.

Na seqüência, o artigo 4º, que trata da Política Nacional de Relações de Consumo, estabelece, em seu inciso VII, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos como princípios a serem atendidos no intuito de se efetivar o pleno atendimento às “necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

O art. 6º, por sua vez, quando trata dos direitos básicos do consumidor, ressalta no inciso X a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Por fim, temos o artigo 22 do CDC que traz a previsão da tutela dos interesses do cidadão face aos abusos do poder público e prevê a proteção especial aos serviços públicos essenciais² no momento em que consagra a incidência do princípio da continuidade em relação a estes. O referido artigo é claro quando faz a equiparação das

² A definição do que vem a ser um serviço público essencial é matéria de intenso debate doutrinário e pretoriano, sendo que, em sua maioria, tanto doutrinadores quanto magistrados têm adotado o rol trazido pelo art. 10 da Lei 7.783/89 (Lei de Greve) como parâmetro para esta adjetivação.

peças jurídicas de direito público e as empresas com a qual estas contratam, determinando indistintamente que ambas forneçam serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos.

Todavia, é mister deixar claro que aqui não se afirma que em tempos recuados todos os cidadãos estivessem desamparados e à mercê das arbitrariedades da administração, o que ocorreu foi que, ao incluir as peças jurídicas de direito público e as empresas concessionárias no rol de fornecedores sujeitos à aplicação das normas protetivas do CDC, o legislador municiou o cidadão de armas ainda mais pujantes e eficazes.

Provada a figuração das empresas concessionárias como fornecedoras na relação contratual de prestação de serviço público, resta-nos saber se o usuário se encaixa no conceito de consumidor trazido pelo CDC.

Define o referido *codex* em seu artigo 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”.

A definição trazida pelo referido dispositivo é para nós auto-suficiente, afinal, não há como se negar que o utente é pessoa física que se utiliza dos serviços públicos como destinatário final.

No entanto, para ilustrar o nosso pensamento, vale a transcrição da doutrina de Antonio Herman e Benjamin (2007, p.25) que, ao afirmar que o conceito de consumidor possui dois vieses, um econômico e um jurídico, apresenta o seguinte posicionamento quanto ao viés jurídico:

Para nós, modestamente, consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais.

Note-se que o autor abarca em sua definição todas as equiparações trazidas pelo código, mencionando, inclusive, a inserção das peças jurídicas de direito público dentre os possíveis fornecedores na medida em que utiliza a expressão “qualquer pessoa natural ou jurídica”.

Assim sendo, por ser o usuário de serviço público o destinatário final do serviço fornecido (perfazendo assim o conceito trazido no art. 2º), e por equiparar aos fornecedores privados - sem fazer qualquer ressalva - as empresas concessionárias e os entes da Administração Pública, o CDC exclui da abrangência de sua aplicação apenas

as relações pactuadas entre civis, ou, melhor dizendo, entre pessoas que não exercem atividade profissional de comércio.

Indo ainda mais longe, Zelmo Denari (2007, p.224) afirma que o artigo 22 do CDC não se aplica apenas às empresas concessionárias de serviços públicos, mas também (por interpretação extensiva) às sociedades de economia mista, fundações e autarquias, sempre que estas prestarem serviços públicos.

Desse modo, resta claro que o nosso ordenamento prevê a aplicação dos dispositivos do CDC aos contratos de prestação de serviços públicos, contudo, não se pode olvidar que a constância da expressão “mediante remuneração” acaba por excluir uma parcela destes, qual seja a dos serviços públicos não remunerados, ou *uti universi*, já que estes são prestados pelo poder público através de um vínculo cívico constituído entre o Estado e seus administrados por meio do pagamento de impostos³. Neste sentido, Regina Helena Costa (1997, p.104):

Portanto, é a exigência de remuneração específica pela prestação de determinado serviço público que vai determinar sua sujeição à disciplina legal das relações de consumo [...] A prestação dos serviços públicos que não se revestem dos atributos da especificidade e da divisibilidade é realizada independentemente da exigência de remuneração específica; é custeada pelos impostos, espécies tributárias não vinculadas a nenhuma atuação estatal.

Nesse diapasão, a título de exemplo, poderíamos afirmar que estariam sujeitos à aplicação das normas do CDC os usuários de serviços públicos de fornecimento de energia elétrica, telefonia e água, ficando à margem desta aplicação os usuários dos sistemas de saúde, educação e segurança pública.

Do mesmo modo, também há de se fazer ressaltar a existência do caráter de verticalidade existente no regime dos contratos administrativos, que estabelece uma relação de subordinação entre os cidadãos e o poder público.

A priori, poderia se visualizar como um grave problema a manutenção desta característica (que, assim como a defesa do consumidor, é uma prerrogativa constitucional) em conjunto com a aplicação das normas do CDC, que apresentam caráter protecionista e o escopo de estabelecer o equilíbrio contratual, porém, nada obsta que se aplique concomitantemente, através da técnica da ponderação dos princípios, os ditames constitucionais atinentes à proteção do consumidor e às garantias

³ Cláudia Lima Marques faz interessante elucidação a cerca do tema exemplificando através do serviço público de ensino. Segundo a autora, no que tange às escolas e universidades públicas, por não constituírem serviço remunerado, não estão sujeitas à aplicação do CDC, já quanto às escolas e universidades privadas, a onerosidade trazida ao estudante – ou seu representante legal – as obriga a seguir os ditames do aludido código e a atuar sob a égide da boa-fé contratual consumerista.

administrativas. Segundo Cláudia Lima Marques (2005, p. 562): “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.”.

1.1 Desconstruindo a argumentação das teses contrárias

Para que se tenha uma ampla visão sobre o assunto, de modo a dar um tratamento plurilateral à matéria, é mister proceder a exposição do pensamento daqueles que não compactuam com a idéia supra-exposta.

Com efeito, em sentido contrário, não há apenas os que defendem a não aplicação do CDC nas relações entre o usuário de serviço público e a concessionária, em verdade, há também quem defenda que essa aplicação seria apenas provisória e há, ainda, os adeptos à interpretação ampliativa do art. 22 do CDC.

Esses últimos, dentre eles Antônio Herman Benjamim, advogam a não diferenciação entre os serviços públicos *uti singuli* e *uti universi* no que tange à guarida dada pela legislação consumerista. De acordo estes autores, a igualdade entre a administração pública e a iniciativa privada é total, de modo que esta também deve responder pelos vícios do serviço de acordo com as normas do CDC, tendo ela delegado a sua prestação ou não.

Data vênia, o posicionamento do autor não nos parece o mais acertado. Como já expusemos acima, o vínculo existente entre o usuário de serviço público *uti universi* é tão somente de caráter cívico, não há caracteres de relação consumerista nesta prestação, de modo que, estender a aplicação do código a estes casos, seria desvirtuar o conceito de consumidor e fornecedor dado pelo legislador, já que o código foi expresso em seu artigo 3º ao utilizar a expressão “mediante remuneração”, além do que, os tributos, por força de lei, não podem ser vinculados, de modo que a sua exigência não gera dever jurídico de contraprestação para o Estado.

Ao se mencionar a questão dos tributos, é mister fazer referência à doutrina de certos autores, dentre eles José Geraldo Brito Filomeno, Ricardo Porto Macedo Júnior e Fernando Costa de Azevedo, que, mesmo defendendo a aplicação do CDC às relações entre o usuário de serviço público e a Administração, ressaltam que esta só é

cabível quando se tratar de serviço público *uti singuli* remunerado por meio de tarifa, excluindo-se os que o são por meio de taxa⁴.

Essa diferenciação perpassa aspectos de política legislativa e tributária do governo e estabelece, em breve síntese, que as taxas são espécies de tributos, reger-se-iam pelas regras do direito tributário, enquanto que as tarifas decorrem de uma relação jurídica contratual e sinalagmática.

Fazem ainda a distinção no que diz respeito à utilização do serviço, de modo que, a remuneração por meio de taxa se daria mesmo que o serviço não fosse efetivamente utilizado pelo cidadão, enquanto que a tarifa viria necessariamente como consequência da fruição do serviço contratado por este⁵.

Ora, essa distinção quando aplicada ao nosso pensamento parece-nos um tanto superficial, uma vez que, a caracterização de um serviço como *uti universi* se dá não em decorrência da utilização deste por toda a coletividade, mas sim em razão da colocação deste à disposição de uma universalidade de usuários que, por sua vez, constituem-se meros usuários em potencial e estão obrigatoriamente sujeitos à cobrança da aludida taxa.

Sendo assim, os serviços *uti singuli* cuja cobrança eventualmente seja realizada por meio de taxa, a nosso ver seriam, em verdade, serviços *uti universi* que, com já explanamos, não estão sujeitos à aplicação do CDC.

Do outro lado da moeda estão aqueles que defendem a não utilização do CDC na tutela do usuário de serviço público, ou sua aplicação provisória apenas enquanto não se disciplinar a matéria em legislação própria, conforme previu a EC nº19 de 1998 em seu artigo 27.

Para esses doutrinadores, o liame estabelecido entre o usuário de serviço público e a concessionária não é igual ao que se forma numa transação consumerista, de

⁴ Nesse aspecto, Regina Helena Costa adota posição peculiar e afirma que a contraprestação paga pelos serviços de água e energia elétrica (ou os *uti singuli* em geral) têm natureza de taxa, sendo a adoção de tarifas “uma autêntica distorção, na medida em que, mediante a sua instituição, pretende-se submeter a remuneração pela prestação de um serviço público a regras próprias do direito privado, procedimento não autorizado constitucionalmente”.

⁵ Uma interessante discussão a respeito desse tema que urge cotidianamente em nossos tribunais é a caracterização da tarifa de assinatura telefônica como taxa. Muitos causídicos têm pleiteado em juízo com sucesso a abstenção da cobrança desta nos contratos de telefonia, sob o argumento de que está se onerando o consumidor por algo que ele não usufruiu, o que não se admite na seara dos contratos privados, ainda que pactuados com empresas concessionárias. A caracterização de tal cobrança como taxa á torna ilegal, uma vez que este tipo de remuneração não é admissível nos contratos de concessão, além do fato de que a taxa, ao contrário da tarifa, decorre necessariamente de lei e de previsão orçamentária.

modo que não resta caracterizada a presença de consumidor e fornecedor nos pólos opostos da relação contratual.

Adepto dessa doutrina, Antonio Carlos Cintra do Amaral (2004, p.133) afirma:

Considerar o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica econômica. Mas sob a ótica jurídica o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas. Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra a de consumo.

O jurista fundamenta o seu pensamento baseado no fato de que os contratos de concessão pressupõem um prévio contrato realizado entre a empresa concessionária e o poder concedente, assim, a Administração Pública figuraria como parte na relação contratual, estando, inclusive, sujeita, subsidiariamente, à responsabilização por eventuais irregularidades na prestação, o que, por sua vez, não ocorre nas relações típicas de consumo, onde o poder público atua somente como regulador da relação contratual estabelecida diretamente entre fornecedor e consumidor.

Nas palavras do eminente jurista:

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

O autor arremata defendendo a edição de uma nova lei, a qual chama de “Código de Defesa do Usuário de Serviço Público”, específica para tratar das relações entre os usuários de serviços públicos e as concessionárias. Aduz também que, para estes casos, a aplicação do CDC não é admissível nem mesmo de forma subsidiária, bem como que a tutela dos interesses dos usuários de serviços públicos não cabe aos órgãos de defesa do consumidor, mas sim às agências reguladoras.

Data vênia, o pensamento do autor não nos parece o mais correto. Não é possível se admitir que haja uma atuação protetiva do poder público somente numa relação habitual de consumo.

Ora, ainda que possa figurar como responsável subsidiário na relação entre prestador de serviço público e usuário, o poder público tem o dever de garantir uma prestação efetiva e adequada aos cidadãos, sendo que, de maneira alguma é cabível o raciocínio de que o fato da titularidade do serviço continuar em seu poder daria a este a conotação de parte na relação contratual em detrimento da função de garantidor da ordem social e defensor dos interesses comunitários que habitualmente possui.

Além disso, não nos parece necessária a elaboração de lei específica (ou código) para tutelar os interesses dos usuários de serviços públicos. Como já expusemos, é perfeitamente cabível a guarida dos utentes dos serviços *uti singuli* pelo Código de Defesa do Consumidor, de modo que, a elaboração de dispositivo legal a que se refere o novo texto do §3º do art. 27 da Constituição⁶, dado pela EC nº19, far-se-ia necessária no âmbito destes serviços (se efetivamente o fosse) tão somente para disciplinar e fortalecer os meios de controle de qualidade e a participação ativa dos usuários na política da prestação destes serviços, e não sua tutela jurídica contratual, que foi devidamente regulada pelo CDC.

Todavia, corroborando do pensamento do autor supracitado, mas trazendo diferente argumentação, César A. Guimarães Pereira (2006, p.56), destaca a posição ativa da qual se reveste o usuário enquanto fiscaliza e contribui para a melhoria do Serviço Público. Para o autor, essa prerrogativa do utente, que inexistente no âmbito das relações privadas, pode ser denominada de “direito à criação e à organização do serviço público” e é um dos pontos de incongruência entre a relação de consumo e a de prestação de serviço público. Nas palavras do autor:

A situação do usuário de serviço público é distinta. Já integra um regime jurídico de direito público, caracterizado por controle intenso sobre a atividade do prestador de serviço. [...] A posição do usuário frente ao prestador do serviço público não é caracterizada pela fragilidade própria do consumidor privado, mas pela participação na própria configuração e produção do serviço.

Assim sendo, nesta relação, o usuário seria verdadeiro detentor de direito subjetivo público, o que a torna demasiadamente complexa, de modo que o autor conclui ser impossível formular uma única definição para o usuário de serviço público. A caracterização deste como consumidor, no entanto, resta descabida por uma outra série de fatores, dentre os quais o autor pontua: a falta de definição legal de usuário, a possibilidade do usuário não ser o destinatário final do serviço e a não vinculação do serviço público à onerosidade.

⁶ § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Porém, essa distinção, não obstante a importância que dá à participação ativa dos membros da sociedade, também não nos parece frutífera. A nosso ver, ela se afigura como uma representação do que seria ideal para o aprimoramento da democracia em nosso sistema político, o que, infelizmente, ainda estaria distante de acontecer.

Conclamar a participação dos usuários na fiscalização, elaboração e aperfeiçoamento da prestação de serviços públicos é algo louvável⁷, porém, é inadmissível se pensar que esta vem sendo efetivamente praticada na atualidade.

Vivemos no país das desigualdades, onde os índices de educação básica de determinadas regiões se igualam aos de países em guerra ou considerados miseráveis, nesse espeque, é inimaginável a quantificação dos que possuem uma consciência política que os retire da condição de hipossuficientes e os torne capaz exigir do poder público seus direitos, consubstanciados numa melhor prestação de serviços pelo Estado. Assim, não dar guarida especial e protetiva aos usuários de serviços públicos (conceito que abrange cidadãos de todos os níveis sócio-educacionais) representaria uma fuga aos princípios constitucionais da proteção ao consumidor e redução das desigualdades.

Afora estas considerações, conforme já expusemos acima, corroboramos da idéia do autor de que a não onerosidade e a utilização do serviço como parte integrante de uma cadeia de produção descaracteriza a relação consumerista e afasta a possibilidade de aplicação das normas do CDC à relação contratual.

2 AS CONSEQÜÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.

Provada a natureza jurídica de consumidor assumida pelo usuário de serviços públicos, cumpre-nos agora destrinchar as conseqüências dessa caracterização em face da imposição de normas consumeristas às relações estabelecidas entre estes e as empresas concessionárias.

Como já dissemos, não chegaremos ao ponto de afirmar que somente com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor puderam ser combatidos os abusos

⁷ Sobre a participação direta da sociedade na política de serviços públicos, escreve Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p.441, com grifos no original): “Participar de decisões de interesse público é tanto ou mais importante, para a democracia, do que participar, pelo voto, da escolha de mandatários políticos. O voto é a participação destinada a legitimar a representação popular, enquanto que as formas de participação, diretas e semi-diretas, visam a legitimar a decisão, que conforme a hipótese de que se tratar, poderá ter alcance ainda mais amplo sobre os interesses da sociedade.”

cometidos pela iniciativa privada ou pelos agentes públicos, porém, como se demonstrará, a advinda do referido diploma legal trouxe uma nova visão sobre o problema, lhe trouxe maior notorialidade e, principalmente, equipou os cidadãos com os meios jurídicos mais eficazes, já que representou o efetivo reconhecimento da hipossuficiência e vulnerabilidade de que se revestiam enquanto consumidores, além de ter ampliado a previsão de responsabilidade civil do Estado trazida pela constituição.

Já no seu ponto de partida a defesa do consumidor demonstra o seu caráter diferenciado, uma vez que adquire o status de direito fundamental, com sua previsão constitucional trazida pelo artigo 5º, em seu inciso XXXII⁸.

Esta nova forma de abordagem dos interesses privados em sede constitucional decorre da chamada “Publicização do Direito Privado”, fenômeno em que o Estado passa a intervir ativamente no âmbito das relações estabelecidas entre particulares, estabelecendo diretrizes e impondo limites em um terreno antes dominado pela autonomia da vontade.

Nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca (2004, p.129): “O constituinte entendeu, seguindo as modernas correntes do direito, que um dos elos da economia de mercado é o consumidor, e por isso impõe ao Estado a sua proteção”.

O fato é que, com a previsão constitucional de 88 e a edição do CDC em 1990, os consumidores passaram a ser sujeitos titulares de direitos fundamentais e as empresas fornecedoras passaram a sofrer limitações decorrentes de uma norma de caráter público, cuja função (defesa do consumidor) fora determinada prioritária pela lei fundamental do nosso ordenamento.

Para não deixar dúvidas quanto à importância dispensada à defesa do consumidor pela constituição, vemos que a mesma traz em seu artigo 170, que inicia o título de definição da ordem econômica e financeira, a defesa do consumidor como princípio a ser observado no intuito de se respeitar a livre iniciativa e atingir o objetivo da justiça social.

Sobre o assunto, discorre André Ramos Tavares (2006, p.177):

No Brasil, a defesa do consumidor é princípio, como o da soberania nacional e o da propriedade, que se repete no capítulo dos princípios da ordem econômica, já que é também contemplada como um dos direitos consignados no art. 5º da Constituição Federal. Mesmo com essa inclusão, fez questão o constituinte de resguardar a proteção do consumidor por meio

⁸ Art. 5º, XXXII: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

do princípio contido no inc. V do art. 170, demonstrando a preocupação da ordem econômica constitucional brasileira em preservar os direitos básicos do indivíduo no âmbito econômico [...] e que se encontravam usualmente desprotegidos em face das medidas adotadas pelas grandes corporações da iniciativa privada.

Passado esse viés constitucional da defesa do usuário de serviço público como consumidor, veremos as principais normas da lei consumerista que devem ser aplicadas com este mesmo fim.

Para tanto, faremos uma análise mais específica nos dispositivos que implicam em deveres positivos (fazer) ou negativos (não fazer) às concessionárias, quando da prestação de serviço público

2.1 A inversão do ônus da prova

Inicialmente, a utilização do CDC traz, de imediato, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, conforme a previsão do art. 6º, VIII, ou seja, nas contendas envolvendo os usuários de serviços públicos e as concessionárias, caberia a estas últimas provar a inexistência da irregularidade que deu causa à lide. Essa inversão poderá ser feita *ex officio* pelo juiz ou mediante requerimento do consumidor, sendo que, de acordo com art. 51, VI, do mesmo diploma, restaria eivada de nulidade a cláusula contratual que estipular a perda ou a restrição a este direito⁹.

Sobre o fundamento constitucional deste artigo, leciona Juarez Freitas (1998, p.42):

[...] o sistema, ao exigir que se perceba o consumidor de serviços públicos ocupando a polaridade havida como mais débil nas relações de consumo, não pretende que, em homenagem à exacerbada idéia de assimetria, perdurem diferenças inaceitáveis, ao menos sem compensações. Vai daí a necessidade de que se efetue a inversão do ônus da prova em prol de tal consumidor, sem se cogitar, neste caso, de hipossuficiência ou de verossimilhança de alegação, uma vez que, se se tratar de pessoa jurídica de direito público ou de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, vale o princípio consagrado na Lei Maior, art. 37, §6º e em diplomas infraconstitucionais sintonizados com tal comando consagrador da teoria do rico não-integral [...].

2.2 A responsabilidade objetiva da empresa fornecedora

⁹Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

Outra importante consequência trazida pela aplicação do CDC é a responsabilidade objetiva da empresa concessionária por eventuais danos causados ao usuário consumidor decorrentes de defeitos ou dá má prestação do serviço.

O defeito na prestação de um serviço público é o resultado da sua inadequação, ou seja, do não atendimento a algum de seus princípios fundamentais¹⁰. A magnitude deste dispositivo, porém, reside no fato de que basta apenas a existência do liame causal entre o defeito na prestação do serviço e o dano sofrido pelo consumidor para que a empresa prestadora seja responsabilizada¹¹. Note-se que, quando falamos em consumidor, estamos nos referindo não só ao contratante do serviço, mas também a todas as vítimas do evento danoso que a ele se equiparam por força do que dispõe o art. 17 do CDC e, quando falamos em dano, não necessariamente nos referimos à ofensa física, bastando apenas a ocorrência da prestação inadequada.

Ressalte-se também a não inclusão do caso fortuito ou força maior¹² dentre as excludentes de responsabilidade previstas do §3º do CDC, o que tem gerado ampla discussão doutrinária e diferentes aplicações práticas.

Os que defendem que a não inclusão dos dois institutos no rol das excludentes lhes retira a possibilidade de aplicação fundamentam-se no risco natural e previsível existente na atividade empresarial¹³, *cujus commodum ejus periculum*.

Os que advogam tese contrária fundamentam-se no art. 393 do Código Civil, dada a subsidiariedade da aplicação deste para as relações consumeristas, baseiam também sua argumentação na chamada “teoria da imprevisão”, que não permite a onerosidade excessiva do contrato¹⁴.

Nas palavras de Plínio Lacerda Martins (2007, p.4):

A responsabilidade atribuída ao fornecedor de responder "independentemente da existência de culpa" pela reparação do dano causado ao consumidor, traduz no sentido de responder ainda que inexistente culpa (que se prova pela diligência normal do fornecedor); não respondendo pelo dano quando houver c.f. ou f.m., pois trata-se de fato irresistível caracterizado pela inevitabilidade e pela impossibilidade, sendo estas conceituadas como

¹⁰ Usualmente, a doutrina traz, em geral, como princípios que norteiam a prestação de um serviço público em nosso ordenamento, a equitatividade ou generalidade, a mutabilidade ou adequabilidade, a eficiência, a modicidade, a segurança e a continuidade. Estes princípios foram trazidos ou sobressaltados nos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.987/95.

¹¹ Esta objetividade é que se apresenta como inovação na medida em que a responsabilização do poder público e das empresas concessionárias já vinha prevista no art. 37, §6º da CF: “§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

¹² Não obstante a distinção feita por parte da doutrina, aqui utilizaremos os dois termos como sinônimos.

¹³ Neste Sentido, Resp’s. 196.031 e 649.153 do STJ.

¹⁴ Seguindo esse entendimento, Resp’s. 120.647 e 330.523 do STJ.

causas de irresponsabilidade, reconhecidas e aplicadas face a teoria da responsabilidade objetiva consagrada no Código do Consumidor.

Por sua vez, Sérgio Cavalieri Filho (2005, p.513) faz uma importante distinção dentro do conceito de fortuito. Segundo o autor, há o chamado fortuito externo quando o dano causado decorre de evento imprevisível ocorrido após a colocação do produto no mercado, o que culmina na exclusão da responsabilidade do fornecedor, enquanto que, o fortuito interno se dá quando o acontecimento imprevisível ocorre no momento da realização do serviço ou da fabricação do produto, o que não afastaria a responsabilidade do fornecedor por ser algo inerente os riscos da atividade.

Nesta senda, concordamos com esta ultima corrente (que também encontra respaldo na doutrina de Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Rodolfo Pamplona Filho) que, não obstante a omissão do CDC, admite o caso fortuito ou força maior como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, ressalvadas as hipóteses de caso fortuito interno.

Ainda no âmbito da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço prevista pelo CDC, a doutrina tem suscitado uma relevante dúvida: Tendo em vista a natureza de direito público e a forma delegada de prestação do serviço, poderia o Estado também ser responsabilizado em caso de dano ao usuário?

A priori, a resposta nos parece ser negativa. Com efeito, o artigo 14 c/c 22 do CDC, bem como o art. 25 da Lei 8.987/95¹⁵ (Lei de Concessões), ao tratar da responsabilidade das empresas concessionárias, não trazem qualquer previsão acerca da responsabilidade estatal nestes casos. Destarte, já se pode deduzir a impossibilidade de responsabilidade solidária da Administração, já que em nosso ordenamento esta só pode decorrer de estipulação legal ou contratual, sendo vedada a sua presunção.

Restaria, portanto, como única possibilidade, a responsabilização subsidiária do estado por ato de empresa concessionária de serviço público.

Poderíamos citar também, como importante consequência, a aplicação do art. 20 do CDC, que prevê, além da responsabilidade objetiva da prestadora por eventuais vícios do serviço, as alternativas dadas ao consumidor no intuito de sanar seus prejuízos.

Nestes casos, os vícios podem ser de qualidade ou de informação, o que por si só já representa um avanço em relação ao que dispunha o Código Civil de 1916 e uma

¹⁵ Além do citado artigo 25, também encontramos previsões de responsabilidade exclusiva da concessionária nos incisos VIII e IX do artigo 29 desta mesma lei.

maior atenção do que a que foi dada pelo de 2002, já que estes prevêm apenas os vícios ocultos e redibitórios.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2006, p. 359):

A nova idéia de vício do serviço, capaz de originar até a rescisão do contrato, facilita a satisfação do contratante e agiliza o processo de cobrança da prestação ou da reexecução do serviço, isto porque concentra-se na funcionalidade, na adequação, do serviço prestado e não na subjetiva existência da diligência normal ou de uma eventual negligência do prestador de serviços e de seus prepostos. A prestação de um serviço adequado passa a ser a regra, não bastando que o fornecedor tenha prestado o serviço com diligência.

2.3 A proibição dos meios austeros de cobrança

Podemos dizer que a aplicação dos artigos 22 e 42 do CDC é uma das mais importantes conseqüências da aplicação deste às relações de serviço público.

Com efeito, o art. 22 é aquele que reúne em seu bojo toda a intenção do legislador infraconstitucional em dar guarida ao usuário de serviços públicos. Nele está previsto o dever dos órgãos públicos e das empresas concessionárias de fornecer os serviços atendendo aos ditames constitucionais e aos princípios administrativos. Além disso, o artigo ratifica, de modo a não deixar dúvidas, o que já previam os supra-explanados artigos 14 e 20 do CDC, que é a obrigação destes entes de reparar os danos decorrentes da má prestação.

De seu turno, dispõe o art. 42 do CDC¹⁶:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Mas o código vai além, pois, em seu artigo 71, ele estipula a pena para o fornecedor que se utilizar de cobranças deste tipo.

Nesse espeque, nota-se a extrema preocupação do legislador em coibir os meios cruéis de cobrança de dívidas, sendo que este concernimento não está presente apenas no CDC, mas também na constituição e em todo o ordenamento jurídico pátrio.

¹⁶ Vale ressaltar que este artigo constitui-se numa das principais argumentações dos que defendem a vedação ao corte do fornecimento de serviços públicos essenciais em razão do inadimplemento do usuário, afinal de contas, não há como se negar que suspender um serviço do qual o indivíduo necessita para sobreviver constitui-se em ameaça ou constrangimento.

Neste ponto específico, discordamos da interpretação dada por Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2007, p.399-400) que denota a presença de duas espécies distintas de proibição no corpo do supracitado artigo.

Para o Autor, existem as chamadas “proibições absolutas”, que incidem sob as práticas que trazem uma presunção *jure et de jure* de prejuízo ao consumidor e, portanto, restariam vedadas em qualquer hipótese. Fariam parte deste grupo a ameaça, a coação, o constrangimento físico ou moral e as afirmações falsas incorretas ou enganosas.

As demais práticas trazidas pelo artigo, qual sejam a exposição do consumidor ao ridículo ou a interferência em seu trabalho, descanso ou lazer, são tidas pelo autor como “proibições relativas”, sendo que a sua utilização não estaria vedada completamente pelo código, cabendo a sua aplicação de modo excepcional, após atendidos determinados requisitos, cuja prova da compete ao cobrador.

O nosso entendimento, entretanto, é de que todas as práticas elencadas pelo artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor estão terminantemente proibidas. É inadmissível a hipótese de um ordenamento de caráter eminentemente protecionista trazer a possibilidade de que o seu tutelado mor seja exposto ao ridículo ou tenha sua vida profissional e familiar turbadas, sendo que, ainda que por uma sandice legislativa esta existisse, deveria vir de modo expresso.

Ademais, o argumento trazido pelo autor de que a exposição ao ridículo decorreria da natural insatisfação trazida por uma cobrança de dívidas não merece prosperar, uma vez que ser exposto ao ridículo é de uma grandeza muito maior do que um simples aborrecimento, já que culmina na divulgação a terceiros, o que sempre (ao contrário do que pensa o autor) pode e deve ser evitado. Por outro lado, o argumento de que o código não traz a proibição da cobrança no local onde o consumidor trabalha ou reside, mas sim da interferência desta nestas atividades, nos parece o mais acertado, o que não se justifica, porém, é a adjetivação desta vedação como relativa e a consideração desta prática como algo parcialmente aceitável.

Do mesmo modo, rechaçamos a idéia exposta por Cláudia Lima Marques (2005, p.1221-1222) de que o artigo 42 não deve ser lido conjuntamente com o artigo 71 do CDC, uma vez que as esferas de proteção e os fins a serem atingidos seriam diferenciados, sendo o primeiro relacionado ao adimplemento conforme a boa-fé e o segundo com a proteção da ordem social, evitando ofensas à pessoa do consumidor, de

modo que o disposto no artigo 71 estaria sujeito à interpretação restritiva e utilização “somente em casos excepcionais e extremos”.

Data vênia, o posicionamento não nos parece o mais preciso. Para nós parece claro que toda norma do CDC traz consigo a finalidade de proteção da ordem social consubstanciada na tentativa de equilibrar as partes contratantes, o que se faz garantindo a boa-fé contratual. No caso deste artigo em específico, esta se dá através da proibição de ofensas a pessoa do consumidor, de modo que não conseguimos enxergar aí uma dissociação de ambos os conceitos ou esferas de atuação (civil e penal) tampouco um parâmetro (além do bom senso que normalmente se espera do juiz) para definir quais seriam os casos extremos dignos da aplicação do que já foi garantido pelo código.

2.4 A pluralidade de ações protetivas

Por fim, *last but not least*, temos a garantia trazida pelo nosso código consumerista da multiplicidade de meios existentes para a guarida dos direitos dos seus tutelados. Esta característica encontra-se consubstanciada nos artigos 81 e seguintes do referido diploma.

Com efeito, há a possibilidade de o consumidor se defender de maneira singular ou coletivamente dos abusos que sofreu, sendo que, para estes últimos casos, estão legitimados concorrentemente: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos de defesa do consumidor integrantes da Administração Pública, direta ou indireta e as associações que tenham este mesmo fim.

Desse modo, tem-se que, por exemplo, o consumidor que se sentir lesado por alguma empresa concessionária de serviço público que efetivamente não vem prestando o serviço, pode não só ajuizar a ação prevista no art. 84 (obrigação de fazer) como também se utilizar da ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos prevista no artigo 91 e seguintes para obter a tutela de seu interesse caso demonstre, por óbvio, tratar-se de anseio coletivo da sociedade.

CONCLUSÃO

Com efeito, no deslinde do presente trabalho, pudemos chegar à conclusão de que as disposições trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor não deixam

dúvidas quanto à inclusão tanto das concessionárias de serviço público dentre os fornecedores, quanto dos usuários como consumidores, de modo que a relação estabelecida entre eles deve ser tutelada pelas normas protetivas consumeristas para que se tenha o efetivo cumprimento dos ditames constitucionais e a diminuição do enorme abismo sócio-econômico existente entre os dois pólos desta relação.

Outrossim, a aplicação do CDC às relações entre usuário e concessionária de serviço público essencial traz diversas e importantes conseqüências jurídicas, dentre elas: a inversão do ônus da prova, a responsabilidade objetiva da empresa fornecedora, a proibição dos meios austeros de cobrança e a pluralidade de ações protetivas, de modo que estas representam um flagrante avanço na tutela dos utentes prevista pelo ordenamento jurídico nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor.** *Revista Brasileira de Direito Público.* Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.5, p.133-138, abr./jun., 2004

BARBOSA, Sandra Pires. **O usuário de telecomunicações.** *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, v.227, p.231-251, jan./mar.2002.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **O conceito jurídico de consumidor.** BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8866>>. Acesso em: 14 mar. 2007a.

_____ *in* Grinover, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** São Paulo: Forense Universitária, 2007b

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Regina Helena. **A tributação e o consumidor.** *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo: RT, v. 21, p. 97-104, 1997.

DENARI, Zelmo *in* Grinover, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** São Paulo: Forense Universitária, 2007.

FREITAS, Juarez. **Proteção do consumidor de serviços públicos e o novo regime em face da emenda constitucional 19/98.** *Revista Ciência Jurídica*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, ano XII, vol. 84, p. 40-50, nov./dez. 1998.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico.** 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____, Antonio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade no Código do Consumidor.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=719>>. Acesso em: 30 set. 2007

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos:** usuário, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** 2.ed. São Paulo: Método, 2006.