

APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Edivalso Silva Leite¹

Tiago Almeida Barros²

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo, trazer a definição de serviço público sob a ótica da Constituição Federal, bem como sob a Lei dos Serviços Públicos (8.987/95), e sob a luz do Código de Defesa do Consumidor. A primeira seção conta com a parte dos princípios norteadores do serviço público, bem como da administração pública, fazendo assim, uma conexão entre ambos no que diz respeito a prestação do serviço público, de modo que o serviço prestado, norteado sempre por estes princípios, seja um serviço público de qualidade. Também é delineada na primeira seção a influência do Código de Defesa do Consumidor não apenas nas relações particulares, mas também nas relações entre os usuários e os delegatários do Estado. Por outro lado, na seção seguinte, trata do posicionamento jurídico do usuário do serviço público, abordando as teorias defendidas na doutrina e adotadas nos Tribunais. Por fim, na seção final, trata especificamente como se dá a relação de consumo, e quando deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos.

Palavras-chave: Consumidor. Relação de consumo. Princípios. Agências reguladoras.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Rio Verde, Caiapônia, GO.

² Orientador – Graduação e Especialização pela UEG e FESURV (UniRV) e Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Muito embora haja divergência a respeito do status jurídico dos usuários do serviço público, no cenário jurídico brasileiro, bem como a aplicabilidade das leis consumeristas sobre os serviços públicos, é interessante saber que a corrente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), é a teoria mista, no entanto, abrange tanto a teoria privatista, quanto à teoria publicista, sendo uma amparada pelo Código de Defesa do Consumidor e outra pelas Leis dos serviços públicos.

Nesse sentido, a respeito do serviço público, este em caráter social, pode ser visto como forma de erradicação dos direitos fundamentais da pessoa humana, ao passo que estes estão ligados aos princípios emanados constitucionalmente. Assim, é prudente dizer que não existe direito fundamental de acesso aos serviços públicos, mas que o serviço público é um instrumento de realização dos direitos fundamentais.

Todavia, o presente trabalho traz alguns aspectos definidos acerca da fruição do serviço público por particulares, esclarecendo o questionamento sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor, bem como sua limitação, em especial nas relações entre usuários x concessionárias de serviço público- sem que ultraje os direitos fundamentais. Desta forma, a questão que norteia esta pesquisa é: delimitar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços públicos.

Neste sentido, delimitou-se as seguintes hipóteses: **I)** Por meio de julgados recentes realizados pelo Superior Tribunal de Justiça, tornou-se possível identificar as relações das quais participam os usuários de serviços públicos, específicos e remunerados, como relações de consumo. **II)** O Código de Defesa do Consumidor, não poderá ser aplicado de maneira indiscriminada nas relações que versarem sobre a prestação de serviço por meio do ente público, pois não se tratam de atividades econômicas comuns. **III)** Embora seja clara a vulnerabilidade do usuário de serviço público face ao Estado, este criou mecanismos para minimizar a desigualdade enfrentada pelo consumidor, através das exigências constitucionais mínimas, bem como, tornou as condições de prestatividade viáveis, pautando-se na reserva do possível dentro do alcance do Estado.

Assim, é de suma importância o presente trabalho por discutir um tema atual, que seria a limitação do Código de Defesa do Consumidor nas relações que versam

sobre os serviços públicos, por se tratar de uma interrogação que há muito tempo não tem se resolvido nos tribunais, o que, decorrente disso gerou grande discussão doutrinária, sendo resolvida através de soluções legislativas.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 BREVE DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E OS SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUICIONAIS

Inicialmente cabe dizer que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi possível que o Estado Brasileiro assumisse o compromisso de garantir ao cidadão um conjunto de prestações sociais, a fim de facilitar a vida em sociedade, bem como a coesão social, sob a ideia de dignidade da pessoa humana.

Nesta esteira, calcado em princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, o Artigo 175 da Constituição Federal, dispõe que “Incumbe ao Poder Público, na forma da Lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. (BRASIL, 1988, sem paginação)

Dito isso, neste momento, faz-se necessário trazer a definição de serviço público, sendo, portanto, toda atividade de prestação econômica, destinada a determinados indivíduos, prestada pelo próprio Estado ou por seus delegatários, de forma direta ou indireta, gratuita ou remunerada, a fim de proporcionar o bem estar da coletividade.

Por outro lado, o serviço público ainda pode ser dividido em dois conceitos, consistindo em serviço público em sentido amplo e em sentido estrito. Assim, entende-se, portanto, de serviço público em sentido amplo como atividades exercidas pelo Estado, direta ou indiretamente, para satisfação das necessidades públicas. Ao revés que, serviços públicos em sentido estrito, nada mais são do que atividades desempenhadas pela Administração Pública, exceto as atividades Legislativas e executivas.

Em que pese as divisões dos conceitos de serviço público, cabe apresentar a definição dada por Hely Lopes Meirelles,(2008, pg. 99 citado por DI PIETRO) a qual

define serviço público amplo como todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.

Por outro lado, define ainda Celso Antonio Bandeira de Mello, (2008, p. 99 citado por DI PIETRO, 2009, p. 26) sobre o serviço público em sentido estrito que:

Existem dois elementos como integrantes do conceito: o substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; e o substrato formal, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico de direito público, composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público, sobre o particular e por restrições parciais.

Assim, percebe-se através das conceituações dadas aos serviços públicos, que o Estado visa tão somente a garantia do bem estar social da coletividade, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana.

Portanto, conclui-se que, serviço público é toda atividade destinada a satisfação da coletividade em geral, a qual é fruível pelos administrados, sendo pertinente aos deveres do Estado, prestar de forma que atenda aos princípios básicos do serviço público, sendo estes, o princípio da continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade, todos sob um regime de Direito público, visando tão somente, o pleno atendimento dos usuários.

Por outro lado, quanto aos princípios constitucionais e direito do consumidor quanto ao serviço público, deve se saber inicialmente que, nos termos da ordem constitucional brasileira, a Administração Pública direta e indireta, deve basear-se em alguns princípios, promulgados em especial no seu Artigo 37, "caput", sendo estes os princípios da Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da Legalidade, é a base do Estado de Direito, no que diz respeito ao princípio da autonomia da vontade. Cabe dizer que é um dos mais importantes para a Administração Pública. Tal princípio baseia-se no Art. 5º da CF, o qual define que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", ou seja, tudo o que não é proibido, é permitido por lei. Porém, o administrador público deve se pautar na lei imposta, podendo fazer somente o que a lei lhe autorizar. (BRASIL, 1988, sem paginação)

Já o princípio da impessoalidade, define especificamente que o administrador

não pode fazer sua autopromoção, em razão de seu cargo, pois esse atua em nome do interesse público. Tal princípio pauta-se no princípio da Legalidade, vedando o tratamento desigual, bem como o privilégio de pessoas específicas.

Por outro lado, o princípio da Moralidade, é o conjunto de Legalidade com Finalidade. Ou seja, o administrador deve trabalhar com bases éticas na administração, pautando-se sempre nos bons costumes e no bom senso, lembrando que não pode se limitar na distinção de bem ou mal. Tal princípio define que, legalidade e finalidade devem atuar em conjunto na conduta de qualquer servidor público, a fim de que seja alcançando um único objetivo, qual seja, o da moralidade.

O princípio da publicidade traz a ideia de que a administração pública deve ser transparente, fazendo com que seus atos não sejam ocultos. A publicação dos atos da administração pública é um fator de grande importância para a fiscalização. Em outras palavras é dizer que trata-se de uma espécie de prestação de contas da Administração pública ao cidadão. Porém, a publicidade não deve ser usado de formas que atendam a interesses próprios, como para a propaganda pessoal, mas sim, para haver um verdadeiro controle social.

Por fim, o princípio da Eficiência, traz a ideia de que o administrador deve ser um bom gestor, ou seja, o representante do povo deve ser eficiente, contando com economia e eficiência em seus atos, sob a legalidade da lei. Com esse princípio, o gestor sempre pautado no interesse público, deve alcançar a eficiência em seus atos, sempre que possível.

Ainda sobre o princípio da eficiência, este por se tratar do mais moderno princípio da função administrativa, não se limita apenas as atividades exercidas pelo poder público executadas sob as normas legais, pois vai além, visto que exige resultados positivos para o serviço público a fim de que sejam satisfeitas as necessidades individuais e coletivas da sociedade.

Assim, o modo de atuação do agente público, implica em uma atuação direcionada para o melhor desempenho possível das atribuições públicas, com objetivo de conseguir os melhores resultados na prestação dos serviços prestados aos usuários.

Desta forma, tem-se, porém, que o serviço público deve ser realmente eficiente, a fim de evitar falhas na prestação do serviço, devendo a prestação pública cumprir

sua finalidade na realidade concreta, pois, somente é eficiente aquilo que funciona.

Assim, a eficiência dos serviços públicos deve ser atendida, independentemente de quem os executa, garantindo acima de tudo, a promoção dos direitos fundamentais dos usuários.

Nesta mesma perspectiva constitucional, calcado na ideia de eficiência da prestação de serviço público e do pleno atendimento as garantias dos seus usuários, o Código de Defesa do Consumidor em seu Artigo 4º, “caput”, disciplina tal matéria, dispondo que é direito do consumidor: “[...] o respeito à 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 [...]”. (BRASIL, 1990).

Ademais, expressamente dispõe em seu inciso VII, sobre a racionalização e melhoria dos serviços públicos com objetivo de atendimento as necessidades dos consumidores.

Já o artigo 6º, inciso X, do Código de Defesa do Consumidor em comento, preceitua alguns dos direitos básicos do consumidor no que diz respeito aos serviços públicos, sendo, portanto, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Por outro lado, em seu artigo 7º, “caput”, o Código de Defesa do Consumidor prevê sua aplicação sobre as relações de prestação de serviços públicos, não se restringindo, tão somente as relações entre particulares. Vejamos (BRASIL, 1990):

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Por outro lado, ainda baseando-se na ideia da melhor prestação do serviço público aos usuários, percebe-se através da Lei de Concessões (8.987/1995), que a devida prestação de serviços públicos não tem parâmetros apenas nas leis consumeiristas. Vejamos alguns de seus Artigos que dispõe sobre a prestação adequada aos usuários. (BRASIL, 1995).

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

Assim, pautado sempre na ideia de fornecer aos usuários dos serviços público um serviço de qualidade, o legislador não se restringiu somente em delimitar sua regularização por meio do texto constitucional, sendo disciplinado também na Lei consumerista e em Lei específica, visando tão somente o pleno atendimento aos usuários, como forma de garantia aos direitos fundamentais.

2.2 AS TEORIAS RELATIVAS À POSIÇÃO JURÍDICA DO USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO

No que diz respeito às teorias relativas à posição jurídica dos usuários dos serviços públicos, é importante trazer a conceituação de cada uma, sendo estas a teoria privatista, publicista e mista, pois somente assim será possível delimitar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre usuários e prestadores do serviço público.

Assim, inicialmente temos que a teoria privatista apoia-se no âmbito voltado as concessionárias e as delegações estatais que prestam serviços públicos, financiados por remuneração paga pelo particular que dele usufrui.

A teoria privatista é sustentada pela junção entre concessionária e usuário particular que usufrui do serviço "público", estabelecendo dessa relação de natureza civil, um enriquecimento do direito privado, de tal forma que as normas de ordem pública sobre as relações privadas se tornam cada vez mais comuns.

Neste contexto, conceitua Aragão (2008, p. 513), sobre a teoria privatista, que:

Não é pelo fato de haver normas de direito público incidentes sobre as relações contratuais que elas passam a ser relações de direito privado. E, de fato, a incidência de normas de ordem pública sobre relações privadas é cada vez mais comum, constituindo uma evolução do Direito Privado.

Assim, se conclui que a teoria privatista pauta-se apenas nas relações contratuais entre concessionárias e usuários dos serviços públicos, sendo, portanto um argumento frágil, incapaz de ser adotado no cenário jurídico brasileiro, pois, embora haja incidência de normas de Direito público sobre as normas de Direito

privado ou vice e versa, não constituem por si só uma relação puramente privatista.

Ao revés da corrente privatista, a teoria publicista com posicionamento mais acertado, sustenta que o Direito Público rege a relação entre o prestador de serviço público e o usuário particular, ao passo que tais relações são de Direito público por serem tarefas desempenhadas pela administração pública e pelo fato de o usuário não poder questionar o contrato entre o Estado e ele celebrado, pois suas cláusulas já estão previamente estabelecidas estatutariamente, seja através de normativas ou regulamentos da própria concessão.

Sobre a teoria publicista, confirma Fraga (2008, p.514 citado por ARAGÃO, 2008, s.p) que:

Na verdade, usuário e concessionária de serviços públicos não tem qualquer liberdade minimamente significativa para discutir o contrato que entre eles será celebrado, estando as suas cláusulas já previamente estabelecidas estatutariamente, seja em normas legais ou regulamentares, constantes de atos normativos ou da própria concessão.

Nesta senda, negar o caráter contratual do vínculo entre os usuários do serviço público e o prestador deste, é conceituar de forma exagerada a relação existente entre usuário e concessionária a luz da teoria publicista, haja vista que não se pode negar a existência contratual no serviço público, mesmo que de forma não particular, pois caso contrário, o consumidor dito como usuário, estaria calcado ao poder unilateral do Estado, situação que se equivale aos funcionários públicos.

Por fim, ainda em relação à teoria publicista, sobre a posição jurídica dos usuários de serviço público, nos ensina Aragão (2008, p. 516) exatamente que:

O grande erro das teorias publicistas, que via de regra negam a natureza contratual do vínculo entre o usuário e o prestador do serviço, é, ao nosso ver, partir de uma concepção exacerbada da autonomia da vontade como único modelo explicativo dos mecanismos contratuais, sem considerar que no próprio Direito Privado contemporâneo há uma série de figuras contratuais com forte ingerência publicista. Dizer que os usuários de serviços públicos tem uma relação puramente estatutária com o seu prestador seria equivalê-la às situações jurídicas estatutárias existentes no Direito Administrativo, como a dos funcionários, que adquirem essa qualidade por uma investidura formal, unilateral e específica.

Com isso, conclui-se que esta teoria, embora divergente da teoria privatista, não se nega a relação contratual estabelecida, mesmo que de forma pública, de modo

que não podem as concessionárias, tampouco os usuários discutirem o contrato estabelecido entre ambos, posto que trata-se de um contrato de adesão, o qual contém regras estipuladas pelo poder público. No entanto, muito embora não se possa promover a discussão relativa ao contrato pactuado, nada obsta a discussão da executoriedade do mesmo, resguardando assim, o direito do consumidor, não mais em segundo plano.

Por outro lado, a teoria mista salvaguarda que não existe teoria privatista pura quanto a caracterização dos usuários, pois a essência do serviço público é de natureza pública, vez que há um forte influxo de normas de Direito público concernentes ao serviço.

Ainda acrescenta Dromi (2008, p.516 citado por ARAGÃO, 2008) que:

O usuário se encontra unido a prestadora do serviço por um contrato. Deste modo, a relação jurídica que mantém com a empresa que gere o serviço é contratual. Todavia, a necessidade ou o interesse público que devem ser satisfeitos através do serviço público justificam que o seu regime jurídico seja estabelecido pelo Estado. Na relação jurídica contratual que se produz entre os usuários ou cliente e as empresas prestadoras privadas, o regime jurídico apresenta características mistas, correspondendo a aplicação do Direito Privado, sem prejuízo dos aspectos de Direito Administrativo, e do marco regulatório especial que a rege justamente por se tratar de serviço público.

O que se extrai dessa lição é que, o usuário do serviço público mantém uma relação contratual com a prestadora do serviço, porém o regime jurídico que está submetido é regido pelo Estado, ao passo que a relação jurídica contratual que se produz entre os usuários e as empresas prestadoras privadas, apresentam características mistas, pois deve ser aplicado o direito privado sem prejuízo ao direito administrativo.

Entretanto, existem conceitos esparsos que se divergem, os quais defendem a existência de uma relação triangular entre usuário, concessionário e Estado, estabelecendo um conceito tripartite.

Porém se de um lado tem-se uma clareza quanto à natureza pública do serviço público submetido à regulamentação estatal, em contrapartida há existência de uma relação contratual de natureza civil entre usuário e concessionária.

Nas palavras de Farrando (2008, p. 517 citado por ARAGÃO, 2008) a teoria mista :

Nos encontramos diante de uma relação jurídica de caráter misto, de uma parte em uma clara natureza pública, já que está totalmente submetida a regulamentação pública do serviço, e nesses aspectos está sob a vigilância e proteção da Administração, por outra parte, se entra nesta situação regulamentar mediante um contrato entre duas partes - ambas privadas, que, como tal, tem natureza civil, assim deve ser entendida em todos os aspectos que não afetem a situação regulamentar. As relações que surgem da concessão são tripartites - Administração, concessionário e usuário - e têm caráter triangular, é por isto que se pode falar em relações entre concessionário e usuário, Administração e concessionários e Administração e usuários.

Sintetizando, a prestação de serviço público, principalmente quando delegado a iniciativa privada, será na maioria das vezes normatizada por um estatuto prescrito pelo poder público, ou seja, esse caráter misto está totalmente submetido a regulamentação do Estado.

Vale ainda citar que Falla (2008, p. 518 citado por ARAGÃO, 2008), agrega que:

Em primeiro lugar, deve se ter em conta que a clássica exigência de submissão dos serviços públicos as regras exorbitantes do Direito Público perdeu grande parte de sua vigência. Ademais, e isso muitas vezes não é notado pela doutrina, as mesmas razões que advogam para uma situação mista (em parte contratual, em parte estatutária, regulamentar) para a que se encontra o concessionário, valem para justificar uma conclusão análoga em relação ao usuário do serviço público. A administração Pública, com efeito, começa regulamentando, pelos meios de que dispõe, o funcionamento e uso do serviço pelos administrados. Essa regulamentação será tanto mais intensa, e abarcará tanto mais aspectos da posição do administrado em relação ao serviço, quanto mais este serviço tenha um caráter administrativo (que não seja industrial ou comercial) e seja gerido diretamente pela Administração. Pois bem, as questões não previstas na regulamentação administrativa podem e devem ser resolvidas, se da sua natureza não se deduzir o contrário, mediante a aplicação dos critérios contratualistas. Destarte, como já se havia adiantado, a situação do usuário do serviço público pode simultaneamente ser, a depender do aspecto da relação que estiver sendo considerada, estatutária e contratual.

Não diferente do entendimento firmado doutrinariamente, o STJ tem posicionamento consolidado a respeito da matéria em comento, a qual vem adotando a teoria mista quanto ao status jurídico do usuário, identificando o serviço público remunerado como relação de consumo.

Desta forma, pode se concluir, que o direito positivo brasileiro adotou a teoria

mista, a qual define que o usuário não pode ser visto apenas em termos econômicos como mero cliente, pois estes são mais do que apenas consumidores, são titulares de direitos fundamentais.

2.3 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA GARANTIA DA EFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E A ABRANGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOB OS SERVIÇOS PÚBLICOS

O Estado, por meio das privatizações, do Programa Nacional de Desestatização e das Reformas Constitucionais, adotou a delegação de suas atividades principais, as quais passaram a ser em sua maioria, executadas pela iniciativa privada, colaborando para a transformação do Estado, não mais como um simples prestador de serviços, mas também, um fiscalizador das próprias atividades exercidas pelo Estado, através dos particulares.

Cabe dizer que essa fiscalização se deu por meio da criação das agências reguladoras, as quais surgiram da necessidade de regular e fiscalizar as atividades econômicas que o Estado exercia em regime de monopólio. Portanto, os particulares, através das agências reguladoras, passaram a contribuir com a garantia da normalidade e eficiência da prestação dos serviços proporcionados tanto pelo Estado, quanto por seus delegatários.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 174-175), as agências reguladoras são:

Autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades. Algumas das atividades afetas à disciplina e controle de tais entidades são:

(a) Serviços públicos propriamente ditos. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (...)

(b) Atividades de fomento e fiscalização de atividade privada, caso da Agência Nacional do Cinema – ANCINE (...)

(c) Atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo (...)

(d) Atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob

disciplina de controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS (...)

(e) Finalmente, há ainda, agência reguladora de uso de bem público, que é o que sucede com a Agência Nacional de Águas – ANAA (...).

Deste modo, é importante saber que a criação das agências reguladoras no sistema jurídico brasileiro como parte da Administração Pública exsurge a partir das emendas constitucionais, período em que o legislador outorgou poder de normatização a estes entes integrantes da administração indireta.

Cabe destacar ainda, que foi dada autonomia a estes entes integrantes da administração pública indireta, objetivando obter uma administração eficiente.

Com isso, tem-se que as agências reguladoras, foram criadas para solucionar as demandas e conflitos existentes entre determinados setores os quais fornecem serviços públicos aos consumidores, com o objetivo de melhor desenvolver a prestação de serviço público.

Nesta senda, calcado na ideia de prestação de serviço público, o controle realizado nas entidades reguladoras do setor econômico deve objetivar a melhor prestação dos serviços públicos por esses entes, devendo, com a finalidade de evitar a prática de atos abusivos por parte do Estado e de seus delegatários.

Portanto, tendo em vista que a execução de diversos serviços públicos foi transferida para a iniciativa privada, a participação da sociedade é fundamental para o desenvolvimento do Estado, em especial através da fiscalização do cumprimento das normas editadas pelo poder público.

Assim, conclui-se que o objetivo das agências reguladoras é tão somente utilizar seu poder para resolver os casos existentes em seu âmbito de atuação, os interesses sociais, sabendo que, o poder regulador delegado as agências, visam tão somente a eficiência estatal, no que diz respeito a prestação do serviço público.

Para Di Pietro (2005, p.500), sobre as agências reguladoras, aponta o seguinte:

Das características que vêm sendo atribuídas às agências reguladoras, a que mais suscita controvérsias é a função reguladora, exatamente a que justifica o nome da agência. Nos dois tipos de agências reguladoras, a função reguladora está sendo outorgada de forma muito semelhante à delegada às agências reguladoras do direito norte-americano; por outras palavras, a elas estão sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, standards nela contidos.

Portanto, as agências reguladoras existem no sentido de garantir ao usuário do serviço público participação popular na administração pública, contribuindo para a eficiência do serviço prestado pelo setor privado, sendo tal exercício uma expressão direta de cidadania, a qual colabora com o afastamento de eventuais falhas quanto à prestação do serviço público, como forma de garantia aos direitos dos usuários/consumidores.

Quanto a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos é importante trazer algumas definições, inicialmente sendo necessário conceituar como se dá a relação de consumo entre usuários e fornecedor de serviços, nos termos da Lei consumerista.

Inicialmente, para a configuração da relação de consumo são necessários que estejam presentes dois elementos, sendo o primeiro, o elemento objetivo, dividido em dois sujeitos, quais sejam: o consumidor como sujeito ativo, protegido pelas normas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, e o fornecedor como sujeito passivo que vende um produto ou presta um serviço no mercado de consumo, já por outro lado, é necessário que estejam presentes seus elementos subjetivos, sendo estes os produtos e serviços, para que por fim, sejam aplicadas as normas consumeristas.

Desta forma, tem-se que toda relação jurídica a qual interliga um consumidor a um fornecedor, tendo como objeto a prestação de determinado produto ou serviço, é considerado como relação de consumo.

Quanto à definição de consumidor, a Min. Nancy Andrighi proferiu voto no sentido de que:

Para que seja caracterizado como consumidor não basta ser o adquirente de produto ou serviço, ou utente do serviço público seja "destinatário final fático do bem ou serviço; deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta. "E mais adiante afirma que a relação de consumo "não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.(TJ-SP 102261735201782260100 SP 1022617-35.2017.8.26.0100- Rel. Rebello Pinho, Data de Julgamento:11/12/2017, 20ª Câmara de Direito Privado- Data de Publicação:13/12/2017).

Atualmente, o entendimento predominante enxerga o consumidor como aquele que se utiliza, para seu uso privado, como destinatário final da cadeia de consumo, quer de bens de consumo, quer de serviços públicos ou privados.

A vista disso tem-se que, é necessário promover a caracterização do consumidor, para que seja possível delimitar o âmbito de incidência das normas consumeiristas ao caso concreto. Atinente a essa questão, existem diversas acepções da pessoa do consumidor, com base na legislação e na interpretação doutrinária. Assim, a interpretação apregoada no Código de Defesa do Consumidor sobre a figura do consumidor é a seguinte.

Dispõe inicialmente em seu Artigo 2º que: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”; no mesmo Artigo, em seu parágrafo único o texto equipara a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”; por outro lado o Artigo 17 do Código de Defesa, também equipara consumidor a todas as vítimas do dano causado pelo fato de produto e do serviço; e por fim, o Artigo 29 dispõe que são equiparadas a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e que, por isso, fazem jus à proteção contratual. (BRASIL, 1990).

Passado esses apontamentos iniciais quanto à definição de consumidor e relação de consumo, torna-se possível delimitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre Estado, consumidor e concessionária, pautando sempre nos direitos fundamentais dos usuários, bem como na promoção do bem-estar da coletividade.

Destarte, a utilização indiscriminada do Código de Defesa do Consumidor nestas relações de “consumo” não é aceitável, haja vista que as atividades comuns, bem como as atividades essenciais, não estão sujeitas a mera liberalidade das empresas prestadoras do serviço público, uma vez que este tem uma conotação que abrange toda coletividade, diferente das atividades privadas, que muitas vezes ao contrário do serviço público, não visam especificamente à coesão social, tampouco a promoção da dignidade da pessoa humana.

Conforme delineado em capítulo anterior, o sistema jurídico brasileiro adota a teoria mista em relação ao status jurídico do usuário dos serviços públicos, o que

diante disso, torna-se possível delinear a relação de consumo entre os usuários do serviço público e seus prestadores.

Porém, antemão é imperioso frisar que o serviço público pode ser prestado de forma direta ou indireta, sendo esta uma forma de descentralização das atividades estatais, as quais o Estado por meio de delegações e permissões, concede a terceiros a atribuição de fornecer aos cidadãos o serviço público, por outro lado, a prestação de forma direta, são aqueles serviços prestados diretamente pelo Estado, o qual visa nada mais do que assegurar certas prestações a coletividade, baseado em um compromisso jurídico que visa tão somente o bem estar social.

Assim sendo caracterizada a relação de consumo inicialmente, bem como a definição de fornecedor a luz da Lei consumerista e de como se dá a prestação de serviço por meio do Estado, faz-se mister trazer a definição de fornecedor, tendo em vista o tema abordado pautar-se tão somente na relação entre usuário, Estado e concessionárias.

Assim, tratou o Código de Defesa do Consumidor definir “fornecedor”, como, qualquer pessoa física ou jurídica, seja ela pública ou privada, nacional ou estrangeira, e os entes despersonalizados, “que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (artigo 3º, caput, do CDC). (BRASIL, 1990).

Por outro lado, no que tange a relação de Consumo, o Código de Defesa do Consumidor traz a ideia de fornecedor e também a definição de serviço, definindo o que é atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração.

Assim, tal definição sobre remuneração, restringe-se, a saber, que pode ser realizada de forma direta ou indireta pelos usuários. A primeira ocorre de maneira tradicional, quando o usuário paga por determinado produto ou serviço, já a segunda é realizada de maneira compulsória, por meio de tributos arrecadados pelo Estado.

A exclusividade da prestação de serviço público realizada somente de maneira direta, é tão somente uma maneira de exclusão do regime de proteção aos consumidores, vez que as atividades exercidas pelo Estado estão excluídas do regime de mercado.

Traduz-se disso que, o interesse público não mais se justifica através da

concentração das atividades em seu poder, o que deu a possibilidade de efetivação de maior concorrência para que seja prestado o serviço público por terceiros.

Outrora, quanto aos serviços públicos, ditos essências, sabido é, que em grande maioria são prestados por delegatários do Estado, tendo, portanto, maior possibilidade de ser identificado o usuário por meio de sua contraprestação (remuneração), e conseqüentemente há maior viabilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de uma relação de consumo específica.

A respeito disso, é sabido que hoje se torna possível a valorização dos direitos fundamentais, com a conseqüente vedação de cláusulas abusivas decorrentes da imperiosidade do Estado em face ao usuário/cidadão. Ainda podendo acrescentar que, houve uma mudança de foco a respeito do serviço público, não mais se fala em interesse do Estado e sim do cidadão, sendo relevante ser afastada a ideia de serviço público como atividade exclusiva do Estado.

Nesta senda, inserida a concorrência na prestação dos serviços públicos, tornou-se necessário a aplicação do Código de Defesa do Consumidor as relações estabelecidas.

Cabe ressaltar que, antes de inserida a concorrência nos serviços públicos, o usuário não era identificado, sendo este abstrato e totalmente submetido a vontade soberana do Estado.

Dito isso, uma vez identificado o usuário do serviço público e estabelecida a relação de consumo entre usuário e concessionária, se torna possível a aplicação do código de defesa do consumidor, porém, não deve ser aplicado de maneira indiscriminada, conforme já fora mencionado em pontos anteriores, devendo ser abrangido tão somente aqueles serviços prestados de maneira específica, essenciais e contínuos, sendo excluídos todos aqueles serviços custeados de forma indireta, ou seja, de forma compulsória.

Ora, percebe-se que a normativa em comento não se aplica de maneira absoluta, pois, se assim fosse, alteraria o serviço público enquanto sistema social, vez que inverteria a função do serviço público, pois iria privilegiar o interesse dos consumidores identificados, ou seja, os consumidores efetivos, e afetando o direito dos usuários potenciais, definidos como aqueles que não fazem uso, mas tem o serviço a sua disposição.

Finalizando este raciocínio, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao serviço público inicia antes mesmo do usuário utilizá-lo, seja ele o usuário efetivo ou usuário potencial, pois, há um controle prévio da administração a fim de evitar a imposição da concessionária de cláusulas abusivas ao consumidor.

Porém, é importante reiterar que a aplicabilidade das normas consumeristas aos serviços públicos, não abrange expressamente aqueles serviços custeados por meio de arrecadação de tributos, os considerados *uti universi*, abrange tão somente os prestados de forma singular, conhecidos como *uti singuli*.

Portanto, após delinear quais as possibilidades de aplicação da Lei do consumidor ao serviço público, é importante trazer a baila em quais serviços, a título explicativo, poderá ser aplicada a legislação consumeristas.

Reforçando a ideia de hipossuficiência do usuário do serviço público frente ao Estado/concessionária, conseqüentemente os consumidores são ainda mais protegidos pelas regras do direito de consumo quando se tratar de serviços essenciais.

Consoante os argumentos expostos, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito da aplicação das normas consumeristas aos serviços públicos, permitindo sua incidência sobre os serviços essenciais, sejam eles os de água, telefonia, energia elétrica, rodovias, dentre outros.

Forte nestas considerações, percebe-se com maior clareza em quais serviços públicos podem ser aplicados a lei consumerista, sejam eles os serviços essenciais, aqueles concedidos as concessionárias de distribuição de saneamento básico e de fornecimento de energia elétrica, bem como os ditos convencionais, aqueles delegados as concessionárias de rodovias e telefonias.

Assim, conclui-se que, o Código de Defesa do Consumidor pode e deve ser aplicado aos serviços públicos, no entanto não devem ser aplicados de forma indiscriminada.

Porém, ainda com toda evolução do cenário jurídico a fim de ver o cidadão consumidor- parte hipossuficiente da relação de consumo não prejudicado, infelizmente o serviço público brasileiro nem sempre é prestado de forma adequada, e para que seja transformada essa realidade, o caminho que o brasileiro deve tomar é promover um maior controle social frente aos seus prestadores.

Por fim, observa-se que a aplicação das Leis consumeristas incidirá na omissão do Direito Administrativo, e na medida em que não haja confronto com os princípios norteadores do serviço público.

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GERAL

Buscar-se-á, através do presente estudo questionar a continuidade dos serviços públicos sob a ótica do Código de Defesa ao Consumidor buscando entender a partir de qual momento infringe os Direitos Fundamentais, pretendendo abordar sobre o tema proposto dispositivos legais e os ensinamentos doutrinários que ladeiam a problemática suscitada, para, finalmente, identificar a limitação da aplicação do CDC ao serviço público sem ultrajar os Direitos garantidos ao usuário.

3.1.2 Objetivo específico

- Conceituar o Serviço Público a luz da Constituição Federal de 1988.
- Aplicar o Direito do Consumidor como Evolução da Noção de Interesse Público
- Delinear sobre o Direito do Consumidor e serviços públicos como instrumento de efetivação de Direito Fundamentais.
- Explicar as teorias sobre as Posições Jurídicas dos Usuários de Serviços Públicos.
- Definir os limites da aplicação do Direito do Consumidor sem infringir os Direitos Fundamentais.
- Mostrar o Direito a prestação do serviço Público, bem como os Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

4 METODOLOGIA

A pesquisa fez o uso de métodos científicos para melhor compreensão do tema. Sempre nos limites dos objetivos propostos, a pesquisa se desenvolveu da seguinte forma: utilizando o método indutivo, o qual, nas palavras de Antônio Carlos Gil (pg. 10, 2008) “se desenvolve através de observações de fatos ou fenômenos, cujas causas se desejam conhecer, procurando comparar com a finalidade de descobrir as relações existentes entre eles”. Assim, vê-se presente o método indutivo, na medida em que foram observados vários entendimentos a respeito da aplicação do CDC aos serviços públicos, no sentido de gerar enunciados sobre as consequências causadas nesta relação, principalmente em situações em que decorrem da má prestação do serviço público, vez que implica diretamente nos direitos fundamentais da pessoa humana.

Adotou-se a pesquisa bibliográfica, para estabelecer o referencial teórico e, embasamento na lei e na jurisprudência, acerca dos princípios constitucionais bem como sobre as espécies e entendimentos travados acerca do tema ora abordado, uma vez que os serviços públicos e sua fruição, bem como aplicação do CDC sobre o serviço público, tem sido discutido e há posições diversas nessa perspectiva.

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Pautado em princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal tratou de conceituar o serviço público em seu artigo 175, dispondo que “Incumbe ao Poder Público, na forma da Lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. (BRASIL, 1988).

No entanto, calcado na ideia de fornecer aos usuários do serviço público um serviço de qualidade, o legislador não se restringiu somente em delimitar sua regularização por meio do texto constitucional, sendo disciplinado também na Lei consumerista e em Lei específica, visando tão somente o pleno atendimento aos usuários, como forma de garantia aos direitos fundamentais.

Por outro lado, é de suma importância conhecer o status jurídico dos usuários do serviço público, sendo pertinente ressaltar a respeito das três teorias que abordam

este tema, sendo elas: a teoria privatista, publicista e mista. Somente assim será possível delimitar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre usuários e prestadores do serviço público.

Assim, surge a indagação de quando e como deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor nas relações que versam sobre serviço público. Cabendo ressaltar que o mesmo não deve ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que não são atividades econômicas comuns, sujeitas a liberdade da empresa. Na ausência de critérios para aplicabilidade do CDC, a Lei nº 13.460/2017, estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.

Portanto, a discussão acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços públicos encerra a partir do momento em que os consumidores são identificados. Ou seja, as relações de consumo das quais participam os usuários de serviços públicos específicos e remunerados são regidas pelas Leis consumeristas.

Neste aspecto, ainda que enfrentada essa situação de vulnerabilidade do usuário face ao Estado e seus delegatários, o serviço público deve sempre ser oferecido de forma que atenda não somente as necessidades básicas do cidadão/usuário, mas também de forma que obedeça aos critérios da dignidade da pessoa humana, pautando-se sempre nos direitos fundamentais que estão apregoados na Constituição Federal.

Vê-se que o usuário do serviço público está amplamente amparado pelas normas consumeristas e pela Lei do Serviço Público. Ademais, o cidadão ainda tem como recorrer as normas constitucionais, que esboça em seu artigo 37, os princípios que estão submetidos a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Noutro ponto, como forma de minimizar a situação de fragilidade e impotência dos usuários frente as grandes concessionárias de serviço público, o Estado instituiu a criação de agências reguladoras, como forma de ajudar fiscalizar a qualidade do serviço que é oferecido a coletividade. Assim, através destes mecanismos criados pelo Estado, os usuários têm uma diversidade de ferramentas para que seu Direito ao serviço público de qualidade seja de fato cumprido.

Por fim, o racíonius deve ser no sentido de que o serviço público não pode ser

prestado de qualquer maneira, sendo ele remunerado ou gratuito. O Estado ao assumir o compromisso de oferecer um serviço a toda coletividade, deve tentar ao máximo evitar eventuais falhas que possam ocorrer, de forma que objetive sempre o bem estar social.

6 CONSIDERAÇÕES

Em busca do entendimento acerca das relações de consumo estabelecidas mediante o vínculo criado entre consumidor/usuário e Estado/concessionárias, fez-se necessário o presente trabalho, o qual define inicialmente a conceituação de serviço público sob as normas constitucionais, tendo como critério principal os direitos fundamentais da pessoa humana, assegurados também pela prestação do serviço público, posteriormente o presente trabalho pautou-se em demonstrar a efetivação das agencias reguladoras como forma de contribuição social e participação social nas políticas públicas, tratou também de explanar sobre os princípios norteadores do serviço público, trazendo o conceito de cada um deles, e por fim, delimitou a abrangência do Código de Defesa do Consumidor aplicado aos serviços públicos, bem como, em quais serviços públicos incidirá as normas consumeiristas.

Assim, diante tudo isso, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor poderá ser aplicado apenas em casos específicos, precisamente em situações que se identifica o usuário do serviço público, e também será aplicado em casos de omissão das normas de Direito Administrativo.

Por fim, cumpre esclarecer que, o Código de Defesa do Consumidor pode e deve ser aplicado nas relações de consumo em que envolvem Estado/concessionárias e usuários/consumidores, porém de forma delimitada, abrangendo apenas serviços remunerados de forma específica, excluindo os serviços remunerados de forma compulsória. Chegando a conclusão que os serviços essenciais, são protegidos pelas normas consumeiristas, face a situação de hipossuficiência dos usuários dos serviços públicos.

APPLICATIONS OF CONSUMER LAW TO PUBLIC SERVICES

ABSTRACT

This paper aims to bring the definition of public service under the optics of the federal Constitution, as well as under the Public Services Law (8,987 / 95), and under the light of the Consumer Protection Code. The first section relies on the guiding principles of the public service, as well as the public administration, thus making a connection with them regarding the provision of public service, so that it aims at their social cohesion through these principles. It also outlined in the first section the influence of the Consumer Defense Code not only in private relations but also in the relations between users and state delegates. On the other hand, in the following section, it deals with the legal positioning of the public service user, addressing the theories defended in the doctrine and adopted in the Courts. Finally, in the final section, it deals specifically with how the consumption relationship is given, and when the Consumer Defense Code should be applied within the scope of public services.

Keywords: Consumer. Consumer relation. Principles. Regulatory agencies.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. Presidência da República. Decreto Lei n. 8.070, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 set 1990. Não paginado. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. - São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

JUSTI, Jadson.; VIEIRA, Telma Pereira. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 174/175.

RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.835.585*. Recorrente Consórcio Santa Cruz Transportes. Advogado João Cândido Martins Ferreira Leão. Recorrido Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Herman Benjamin. Rio De Janeiro, 05 dezembro 2019. Origem 25ª Câmara Cível do Rio de Janeiro/ RJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901924603&dt_publicacao=18/05/2020>. Acesso em 20 jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.831.314*. Recorrente Arnaldo Pochman. Advogado Alvadi Antonio Griseli. Recorrido Rio Grande Eneria S/A. Relator Ministro Herman Benjamin. Rio Grande do Sul, 26 novembro 2019. Origem 5ª Vara Cível do Rio Grande do Sul/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902369547&dt_publicacao=19/12/2019>. Acesso em 20 jan. 2020.