

RECEBIDO EM: 25/11/2014

APROVADO EM: 05/04/2015

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

*APPLICABILITY OF THE CODE OF CONSUMER PROTECTION TO
PUBLIC SERVICES*

Clarissa Teixeira Paiva ¹

Procuradora Federal

Especialista em Direito Constitucional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Caracterização dos serviços públicos concedidos como objeto de relação de consumo; 2 Origem da tutela do consumidor e sua influência sobre os serviços públicos; 3 Distinção entre serviços públicos concedidos e serviços privados; 4 Limites quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos concedidos; 5 Conclusões; Referências.

¹ clarissapaiva@agu.gov.br

RESUMO: Este artigo trata sobre a questão da forma de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos quando delegados a empresas privadas, através de concessão. O que se procura explicar é em que medida o Direito do Consumidor pode influenciar no Direito Administrativo, com relação aos serviços públicos concedidos. Assim, constatou-se que, uma vez existente a relação de consumo envolvendo o serviço público concedido, a subsunção das normas do Código de Defesa do Consumidor deve ser feita com limites, e não de modo indiscriminado, como é feito em relação aos serviços privados.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços Públicos Concedidos. Relação de Consumo. Código de Defesa do Consumidor. Proteção dos Usuários.

ABSTRACT: This article deals with the question of how to apply the Code of Consumer Protection to public services when delegated to private companies through concessions. What is sought is to explain to what extent the Consumer Law can influence the Administrative Law with regard to public services provided. Thus, it was found that once the consumer relationship involving such public service exists, the subsumption of the Code of Consumer Protection standards must be done with limits, not indiscriminately, as is done in relation to private services.

KEYWORDS: Granted Public Services. Consumption Ratio. Code of Consumer Protection. Protection of Users.

INTRODUÇÃO

As mudanças que ocorreram no século XIX, com a revolução industrial, a produção em série e o conseqüente aumento no consumo de bens, provocaram transformações sociais e econômicas as quais o ordenamento jurídico não foi capaz de alcançar com a mesma rapidez.

Isso gerou graves prejuízos ao equilíbrio e à harmonia nas relações de consumo, pois os consumidores se tornaram a parte mais fraca, em razão da exposição constante a uma quantidade cada vez maior de produtos e serviços, dos quais necessitam para sobreviver, sem, contudo, dispor de proteção específica e de meios que lhes possibilitassem um amplo acesso à justiça. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) criou vários mecanismos com o intuito de restaurar o equilíbrio entre consumidores e fornecedores e, assim, realizar o princípio da igualdade no âmbito das relações de consumo.

Diante desse quadro, o CDC incluiu as pessoas jurídicas de direito público no rol de fornecedores previsto no art. 3º, com o intuito de fazer com que a tutela protetionista dos direitos do consumidor também incidisse sobre o Estado e as suas concessionárias. Tanto que em alguns de seus dispositivos, a Lei n.º 8.078/90 se refere especificamente aos serviços públicos: art. 4º, VII - prevê a racionalização e melhoria dos serviços públicos, como uma das metas da política nacional das relações de consumo; art. 6º, X - inclui a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral como um dos direitos básicos do consumidor; art. 22 - obriga os órgãos públicos e as concessionárias a fornecerem serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos; art. 59, §1º - a aplicação de pena de cassação da concessão à concessionária de serviço público que violar obrigação legal ou contratual.

No entanto, a aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos concedidos ainda gera dúvidas e causa polêmica junto à doutrina e aos aplicadores do direito. As opiniões sobre o tema não são pacíficas e isso só contribui para a obscuridade e confusão a respeito de questões tão importantes sobre os direitos dos usuários de serviços públicos concedidos.

Será que os usuários de serviços públicos concedidos também podem ser considerados consumidores? Em que medida o CDC se aplica a eles? São perguntas a que a doutrina e a jurisprudência vêm respondendo de forma acanhada e sem muita segurança. Trata-se de um assunto polêmico, que ainda não foi suficientemente explorado, pois carece de obras as quais façam uma abordagem mais clara e aprofundada.

O tema ganha ainda mais importância na atualidade, tendo em vista o forte processo de privatizações pelo qual o Brasil vem passando e que ganhou grandes proporções na década de 90, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. Antes disso, o Brasil havia se tornado um grande empresário, mas não conseguia mais manter o nível de investimento necessário para gerar desenvolvimento econômico, inclusive com a busca de novas tecnologias. Esse panorama incentivou a procura de novos modelos políticos e uma das saídas foram as privatizações, como uma forma de reduzir a atuação direta do Estado na economia.

Assim, o Poder Público muda o seu instrumento de atuação e transfere a execução de serviços públicos, como o de telecomunicações e de energia elétrica, para a iniciativa privada, permanecendo com a titularidade sobre eles. O Estado, então, passou a intervir de forma indireta na economia, apenas com o objetivo de regular e fiscalizar as empresas privadas por meio das recém-criadas Agências Reguladoras.

As privatizações ensejaram a realização de vários contratos de concessão de serviço público e impulsionaram a criação da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que os regulamenta. E a situação atual caracteriza-se pela quase totalidade dos serviços públicos estarem sendo prestados através de concessão, por intermédio das empresas privadas.

Ou seja, o Estado tem preferido transferir a execução dos serviços públicos a ter que prestá-los diretamente. Esse quadro só torna ainda mais relevante a preocupação em se visualizar a existência de uma relação de consumo entre os usuários e as empresas concessionárias de serviços públicos.

É evidente que para o usuário, o fato de ser considerado consumidor e gozar de vários direitos reconhecidos pela Lei n.º 8.078/90, só o traria benefícios, pois haveria quantidade maior de garantias. No entanto, o contrato de concessão envolve não apenas os interesses dos usuários, mas também os do Estado e da empresa concessionária. Por isso é importante se analisar em que medida a disciplina jurídica do CDC pode influenciar no regime jurídico de direito público aplicável aos serviços públicos concedidos, sem prejudicar os interesses das partes envolvidas, principalmente o interesse público.

É preciso que se analise a questão também do ponto de vista do Estado e do princípio da supremacia do interesse público, o qual tem sido o grande argumento empregado para afastar ou amenizar a incidência do CDC as serviços públicos concedidos.

1 CARACTERIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS COMO OBJETO DE RELAÇÃO DE CONSUMO

O Direito do Consumidor não pode ser considerado um ramo do Direito, tal qual o são, tradicionalmente, o Direito Civil e o Direito Constitucional, por exemplo. Trata-se de uma disciplina inovadora, principalmente porque o seu âmbito de aplicação é bastante amplo. Isso faz com que as relações de consumo possam vir a abranger situações que antes afetavam exclusivamente a outros ramos do Direito. Por essa razão é que o CDC é considerado um microsistema.

O Código de Defesa do Consumidor, ao dar o conceito de fornecedor e de serviço, no art. 3º, §2º, apresenta uma inovação, pois permite que os serviços públicos sejam considerados objeto de uma relação de consumo. Com isso, uma matéria que, por sua natureza, é estudada pelo Direito Administrativo, também passa a integrar o microsistema de defesa do consumidor.

Entretanto, em razão do grande número de atividades que cabe ao Estado realizar, é bastante pertinente o questionamento sobre quais seriam os serviços públicos, prestados pela Administração Pública ou por meio de delegação, que ensejariam a aplicação das normas do CDC. Ou seja, quais as características que um serviço público deve reunir para ser considerado objeto de relação de consumo.

Roberto Senise Lisboa² afirma que, na relação entre a Administração Pública ou empresas delegadas e o usuário, dois critérios devem orientar o aplicador da lei para que ele possa concluir pela incidência ou não do CDC a um serviço público: *a forma de pagamento da remuneração e a natureza do serviço prestado*. Quanto ao primeiro critério, só se enquadrariam os serviços que fossem utilizados mediante o pagamento direto ao seu fornecedor e desde que esse pagamento fosse destinado à realização do serviço, como contrapartida. Desde já, ficaria excluído das relações de consumo qualquer serviço que fosse remunerado através de tributos, inclusive das taxas, pois o seu pagamento é feito em razão de um serviço público específico e divisível, mas essa receita não será necessariamente utilizada na execução do serviço. Assim, estaria fora do âmbito de aplicação da Lei n.º 8.078/90 qualquer reclamação em razão do fornecimento de iluminação pública, pela má qualidade da educação ou saúde públicas etc. Todavia, os serviços públicos remunerados com o pagamento de tarifa, na opinião do autor,

2 LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 187.

ensejariam a aplicação do CDC, pois se trata de genuína remuneração pelo serviço prestado, no sentido em que deve ser no mercado de consumo.

Já de acordo com o segundo critério, o da natureza do serviço público, somente seriam objeto de relação de consumo os serviços fruíveis diretamente pelos usuários, divisíveis e que permitissem o seu pagamento de forma específica, proporcionalmente ao que foi utilizado, isto é, os chamados serviços *uti singuli*. Portanto, seriam submetidos às normas de Direito do Consumidor, segundo o autor, o fornecimento privado de energia elétrica, água, gás, telefone e transportes coletivos aéreo, terrestre e marítimo.

Maria A. Zanardo Donato³, ao estabelecer quais espécies de serviços públicos fornecidos aos usuários que se subsumem à Lei 8.078/90, também adota o critério da remuneração do serviço público. Isso porque o art. 3º, §2º determina que qualquer atividade econômica prestada mediante remuneração é considerada serviço. Como a autora também segue a doutrina segundo a qual os serviços públicos seriam atividade econômica em sentido amplo, ela entende que a remuneração é o critério capaz de distinguir os serviços públicos de consumo daqueles que não o são, sob pena de se generalizar indevidamente a incidência do CDC a todos serviços públicos. Assim, ela afirma que somente os serviços públicos *uti singuli* remunerados por tarifa é que possuiriam todas as características dos serviços privados, ao contrário dos *uti universi*.

Para fundamentar o seu entendimento, Donato⁴ transcreveu uma das súmulas do CENACON (Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor), elaboradas para orientar os promotores de justiça do consumidor de São Paulo. A súmula n.º 6 tem o seguinte conteúdo:

Serviço público - Objeto de Proteção pelo Código de Defesa do Consumidor - *uti singuli*. São objeto de tutela pelo Código do Consumidor e de atribuição das Promotorias de Justiça do Consumidor os serviços públicos prestados *uti singuli* e mediante retribuição por tarifa ou preço público, quer pelo Poder Público diretamente quer por empresas concessionárias ou permissionárias, sobretudo para efeitos do art. 22. Não o são, porém, os serviços prestados *uti universi* como decorrência da atividade precípua do Poder Público e retribuído por taxa ou pela contribuição a título de tributos em geral. Nesse caso,

3 DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 122-126.

4 *Ibid.*, p. 129.

tais serviços poderão ser objeto de inquérito civil e ação civil pública pelo Ministério Público, mas por intermédio do setor de defesa dos direitos do cidadão (junho/92).

José Reinaldo de Lima Lopes⁵ procura distinguir dentre os serviços públicos, aqueles sujeitos às relações de mercado e aqueles que respondem a direitos da cidadania, isto é, fora do âmbito do CDC. Ele afirma que, quando o Estado está prestando um serviço cuja fruição, remuneração e prestação podem ser feitas *uti singuli*, essa relação seria de consumo, ao contrário do que ele chama de relações de cidadania, como seria tipicamente o caso dos serviços *uti universi*.

José Geraldo Brito Filomeno⁶, ao comentar a definição de serviço do art. 3º, §2º do CDC, com relação aos serviços públicos, salienta que na remuneração a que se refere o artigo não se inserem os tributos, tais como taxas e impostos, os quais encerram uma relação de natureza tributária, e não de consumo, em que há a figura do contribuinte, que não se confunde com a do consumidor. Ele ainda afirma que:

Não se há confundir, por outro lado, referidos tributos com as “tarifas”, estas sim, inseridas no contexto dos ‘serviços’ ou, mais particularmente, “preço público”, pelos “serviços” prestados diretamente pelo poder público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.

O que significa que, na opinião do autor, somente os serviços públicos remunerados por tarifa seriam objeto de uma relação de consumo.

Por outro lado, Regina Helena Costa defende a tese de Geraldo Ataliba, segundo a qual os serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos usuários só poderiam ter como forma de remuneração a taxa, sendo a tarifa uma verdadeira distorção. Com isso, ela afirma que os serviços públicos remunerados mediante o pagamento de taxa estariam sujeitos à proteção das normas do CDC, pois a exigência de onerosidade do serviço só poderia estar relacionada à cobrança de taxa, quanto aos serviços públicos específicos e divisíveis. Os demais serviços, como os financiados

5 LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, p.77-93, jul./set. 1997.

6 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

por recursos obtidos através da cobrança de impostos, não seriam relação de consumo por lhes faltar a característica da remuneração direta⁷.

Assume uma posição contrária à maioria da doutrina Fábio Jun Capucho⁸, para quem incidirá o CDC em “toda e qualquer atividade prestada pelo Poder Público, por si ou por terceiros (concessionários e permissionários) sob sua direção e controle, independentemente da forma de sua remuneração.” Ele entende que uma interpretação restritiva limitaria às relações de consumo apenas alguns serviços públicos que tivessem maior semelhança com os serviços privados. Isso prejudicaria a finalidade buscada pelo legislador de fazer incutir no âmbito do serviço público a mesma dinâmica proposta para o setor privado.

A maioria da doutrina, como demonstrado, adota uma posição restritiva da aplicação do CDC aos serviços públicos. O entendimento prevalente considera relação de consumo apenas os que são remunerados por tarifa e exclue qualquer tipo de relação tributária, mesmo as decorrentes do pagamento de taxa. Se um serviço está sujeito ao regime de Direito Tributário, ele está fora do mercado de consumo. Primeiro porque as atividades oferecidas pelo Estado, a partir da receita obtida através de impostos, não são sequer consideradas serviços públicos, mas funções irrenunciáveis do Estado que, por sua própria natureza, não são suscetíveis de exploração econômica nem por particulares, mediante concessão ou permissão. São os chamados serviços públicos *uti universi*.

Até se poderia cogitar, a princípio, da aplicação do CDC aos serviços públicos remunerados por taxa. Entretanto, apesar da especificidade e divisibilidade características desses serviços, ainda assim estar-se-ia diante de uma relação Fisco-contribuinte, e não fornecedor-consumidor⁹.

Ademais, as taxas incidem tanto sob o exercício efetivo prestado ao contribuinte, quanto sob o exercício potencial, posto à disposição do contribuinte. Neste último caso, a taxa é cobrada em razão da compulsoriedade do serviço, ou seja, o usuário não tem opção sobre a fruição ou não da prestação, pois a taxa é exigida de forma impositiva. Diferente

7 COSTA, Regina Helena. A Tributação e o Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, p. 97-104, abr./jun. 1998; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 161.

8 CAPUCHO, Fábio Jun. O Poder Público e as Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, p. 96-116, abr./jun. 2002.

9 Sobre a impossibilidade de se equiparar contribuinte e consumidor, o RESP n.º 478.958-PR (STJ. Min. Luiz Fux, julgamento: 24/06/2003. DJ: 04/08/2003)

do que ocorre com o transporte coletivo, por exemplo, em que as pessoas podem escolher entre pegar um ônibus, e aí pagar a tarifa correspondente, ou simplesmente chegar ao seu destino caminhando, sem nada ter que pagar, mesmo que o serviço continue à sua disposição. A compulsoriedade fere a liberdade de escolha, que é um dos direitos básicos do consumidor, expresso no art. 6º, inc. II, da Lei n.º 8.078/90. Isto é, um serviço público remunerado por taxa não pode ser considerado objeto de uma relação de consumo, pois sua natureza atenta contra a própria sistemática do CDC.

Quanto à adoção, por alguns autores, do critério da natureza do serviço público, deve-se ressaltar que só poderiam configurar uma relação de consumo os serviços públicos *uti singuli*, ficando excluídos os *uti universi*. Além dessas atividades sequer serem consideradas serviços públicos, de acordo com o posicionamento adotado neste estudo, o critério da remuneração já conduziria a esse entendimento, uma vez que somente os serviços *uti singuli* permitem a cobrança de tarifa.

Então, a partir das várias posições acima abordadas, é possível identificar alguns elementos comuns utilizados para distinguir os serviços públicos inseridos no âmbito do CDC, daqueles sujeitos apenas às normas do Direito Administrativo.

O principal elemento distintivo é a remuneração do serviço, com base no que a própria Lei n.º 8.078/90 mencionou como requisito para que uma atividade esteja apta a integrar uma relação de consumo: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...”. Com relação aos serviços públicos, entende-se enquadrados nesta lei apenas os que exigem o pagamento de tarifa, que não se sujeita ao regime jurídico tributário. Este é o entendimento esposado na seguinte jurisprudência:

A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cedição, não ostenta natureza tributária¹⁰.

O que vai determinar a cobrança de taxa ou de tarifa por um serviço público específico e divisível são as peculiaridades do próprio serviço, uma vez que o Estado não tem liberdade para optar entre uma ou outra forma de remuneração.

10 STJ, REsp 976.836, rel. Min. Luiz Fux, DJ 05/10/2010.

Quando um serviço público é transferido a um particular através de concessão, ele apresenta características que somente tornam viável a sua prestação mediante a cobrança de tarifa. Ou seja, se os serviços públicos concedidos são explorados por tarifa e essa forma de remuneração é indiscutivelmente suficiente para caracterizar um serviço de consumo, isso leva à conclusão de que todos os serviços públicos concedidos estão sujeitos ao CDC.¹¹ Tanto é que o art. 22 dispõe que os órgãos públicos e suas concessionárias e permissionárias são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Ademais, a Lei de Concessões e Permissões (n.º 8.987/95), em seu art. 7º, apresenta um rol de direitos e obrigações dos usuários e ressalva que não haverá prejuízo do que estiver disposto na Lei n.º 8.078/90. Isso só reforça ainda mais a conclusão em favor da aplicabilidade do CDC na defesa dos usuários/consumidores de serviços públicos concedidos e, o que é mais importante, evidencia a possibilidade do Direito do Consumidor incidir em relações tradicionalmente reguladas pelo Direito Administrativo.

Apesar de tais argumentos, há quem defenda a não configuração de relação de consumo a partir da prestação de um serviço público concedido. É dessa forma que se manifesta Antônio Carlos Cintra do Amaral¹², o qual afirma que o usuário de serviço público concedido não pode ser considerado consumidor, pois ambos estariam em situações jurídicas distintas, em razão das diferenças existentes entre a relação jurídica de serviço público e a relação jurídica de consumo.

O autor acredita que a relação jurídica entre concessionário e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. A diferença existe na medida em que o concessionário age prestando um serviço cuja titularidade continua sendo do Poder Público, ou seja, o concessionário é apenas o intermediário entre o usuário e o Estado, o qual é responsável subsidiariamente pela prestação do serviço. Já na relação de consumo, o Poder Público intervém apenas regulando a relação entre o fornecedor e o consumidor, protegendo este último, que é considerado a parte mais fraca e, portanto, vulnerável da relação. Neste caso, o Estado não assume nenhuma responsabilidade pelo

11 Essa afirmativa inclui as concessões para exploração de rodovia. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de relação de consumo também entre concessionária de rodovia e usuário, em decisão proferida no RESP n.º 467.883 – RJ (STJ. 3ª Turma. rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 01/09/2003).

12 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2003.

cumprimento das obrigações do fornecedor, ao contrário do que ocorre na concessão, em que a sua responsabilidade é subsidiária.

Para Cintra do Amaral¹³, não seria possível que o Estado interviesse regulando as relações de consumo e ele próprio pudesse sofrer as conseqüências de uma condenação com base no CDC. Outra distinção diz respeito aos interesses envolvidos, pois com a prestação do serviço público pelo concessionário estariam em jogo interesses públicos, apesar de serem prestados por uma empresa privada. Com a incidência do princípio da supremacia do interesse público, o concessionário estaria impedido de dispor da prestação do serviço segundo as suas próprias aspirações, mesmo que houvesse concordância do usuário, pois os interesses envolvidos não são privados, isto é, disponíveis, ao contrário do que ocorre em uma relação de consumo. Ele também apoia sua tese na determinação da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, que previu a elaboração da lei de defesa do usuário de serviço público. Isso só fortaleceria o entendimento de que houve a intenção do Poder Constituinte reformador em distinguir o usuário do consumidor, pois cada um deveria estar protegido por uma legislação específica.

Essas seriam as diferenças entre a relação de consumo e a de serviço público apontada pelo jurista, que, segundo ele, seriam suficientes para que o tratamento dispensado a usuários e consumidores fosse também diverso.

Todavia, não devem prevalecer razões dessa ordem contra a aplicação do CDC aos serviços públicos concedidos. Não são mais admissíveis os argumentos que tempos atrás os doutrinadores costumavam pregar com rigor para afirmar a separação inabalável entre o público e o privado. Até mesmo porque o Direito do Consumidor não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, especificamente. Por se tratar de um microsistema, o CDC é um instrumento de tutela do consumidor tanto perante o Estado quanto perante os agentes econômicos e o alcance dessa proteção afeta vários ramos do Direito, dentre os quais o próprio Direito Administrativo.¹⁴

Não se pode interpretar as normas de defesa do consumidor com uma visão tradicionalista, como se fossem parte de uma disciplina convencional. A Lei 8.078/90 merece um tratamento especial, conforme o grau de especialidade que possui. Ademais, a lei a qual se refere a EC n.º 19/98

13 AMARAL, op. cit., p. 3.

14 Com relação ao transporte aéreo de mercadorias, o RESP n.º 209.527-RJ (STJ. 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05/03/2001), trata sobre a influência do Código de Defesa do Consumidor na Convenção de Varsóvia.

até hoje não foi elaborada pelo Congresso Nacional, o que alimenta as controvérsias em torno do tema.

A posição de Cintra do Amaral¹⁵ é a de que o CDC só deveria tutelar o consumidor de serviços privados e não haveria possibilidade de se dispensar o mesmo tratamento aos usuários de serviços públicos concedidos por se tratarem de relações jurídicas diferentes.

É certo que os serviços públicos se submetem a um regime jurídico diferente dos serviços privados, mas isso não basta como justificativa para afastar de forma absoluta a incidência do Direito do Consumidor aos serviços públicos concedidos. Um serviço de consumo não é e em hipótese alguma deve ser considerado sinônimo de um serviço privado, pois o CDC incide em ambos os tipos de atividade.

A caracterização de um serviço público como objeto de uma relação de consumo é um tema bastante discutido na doutrina e ainda controverso. No entanto, a questão acerca da incidência da Lei n.º 8.078/90 sobre o regime de Direito Público ainda não mereceu análise mais profunda por parte dos juristas. Isto é, além de se saber que pode ser configurada uma relação de consumo, é fundamental saber de que forma o CDC se aplica aos serviços públicos prestados mediante concessão.

As diferenças existentes entre os serviços privados e os serviços públicos, apesar de não servirem para descaracterizar estes como objeto de uma relação de consumo, não significa que a subsunção das normas do CDC nos dois casos seja feita da mesma maneira. Do contrário, poderia se correr o risco de descaracterizar a própria prestação do serviço público.

A concessão é considerada um contrato de natureza anômala e assim também o é a relação estabelecida entre o usuário e o concessionário quando da prestação do serviço. Não se pode enxergar essa relação como sendo meramente contratual privada, como no caso dos serviços privados, pois também há a incidência de regras regulamentares, fixadas unilateralmente pelo Estado e isso se impõe aos usuários e concessionários. Ou seja, o elemento consensual nos serviços públicos concedidos não está tão presente quanto nos serviços privados e isso vai influir na aplicação do CDC, que não se dará da mesma forma nos dois casos.

15 AMARAL. op. cit., p. 3-4.

Um dos motivos por que se deve dar um tratamento distinto para os serviços públicos e privados, diz respeito à própria origem da tutela dos consumidores nos Estados Unidos.

2 ORIGEM DA TUTELA DO CONSUMIDOR E SUA INFLUÊNCIA SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS

O Direito do Consumidor começou a se delinear a partir de movimentos iniciados nos Estados Unidos (EUA) e daí se espalhou para outros países, como o Brasil. Como toda adoção de um modelo importado, o sistema de normas de proteção ao consumidor também sofreu adaptações à realidade brasileira. Assim, para se considerar a aplicação desse sistema aos serviços públicos no Brasil, também é preciso se analisar a organização administrativa do Poder Executivo dos EUA para se saber em que contexto o Direito do Consumidor surgiu e sua influência nas atividades estatais.

No Direito norte-americano, o Estado se desincumbiu da prestação direta de serviços públicos e os repassou à iniciativa privada. O detalhe é que a noção de serviço público nos EUA é diferente da que existe no Direito Administrativo Brasileiro, porque todas as atividades econômicas, inclusive as que correspondem à utilidades essenciais, são realizadas de acordo com o princípio da livre iniciativa.

Não é possível, portanto, a classificação que parte da doutrina no Brasil adota, através da qual as atividades econômicas incluiriam os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido restrito, em que predominam as leis de mercado. Tanto é que nos EUA não se reconhece a figura dos contratos de concessão de serviço público.

Como nos EUA o Poder Público não presta diretamente os serviços essenciais, a forma encontrada para se evitar abusos foi através da criação normas que pudessem assegurar aos consumidores uma tutela adequada, por meio do que veio a se consagrar como a disciplina jurídica do Direito do Consumidor.

O objetivo era garantir uma proteção ao usuário desses serviços por meio de um conjunto de regras e princípios capaz de regulamentá-los, ou seja, garantir a presença do Estado interferindo nas relações existentes entre os usuários e as empresas privadas responsáveis por satisfazer certos serviços de utilidade pública.

Disso conclui-se que, quando o Estado presta serviços públicos ou quando cria normas para a defesa do consumidor de um serviço prestado

por uma empresa privada, ele estaria tutelando os mesmo princípios e valores só que de formas diferentes.

Nas palavras de Marçal Justen Filho¹⁶:

Sob certo ângulo, o Direito do Consumidor desempenha, no ordenamento jurídico norte-americano, a função assumida entre nós pelo instituto do serviço público. São alternativas diversas para tutela dos mesmos princípios e valores. Vale dizer, o sistema anglo-saxão remeteu a satisfação das necessidades essenciais à iniciativa privada, mas reservou a aplicação de um regime próprio e peculiar, destinado a tutelar o usuário. A mesma necessidade conduziu outros ordenamentos a atribuir a titularidade do exercício das mesmas atividades ao Estado, subordinando o seu desempenho ao regime de direito público.

Nos EUA, os serviços públicos incorporam um formato diferente do que se verifica no Brasil. Em análise rigorosa, questiona-se inclusive a existência de um conceito próprio de serviço público no direito norte-americano. Lá não há uma área de atuação exclusiva do Estado, pois até as necessidade públicas são satisfeitas pelas empresas privadas, pela livre iniciativa, mas sob a fiscalização das Agências Reguladoras. A interferência do Estado é apenas indireta, na regulamentação dos serviços e pelo reconhecimento de direitos aos consumidores. Esta é uma forma de garantir uma prestação adequada aos serviços e de compensar a insegurança gerada pela ausência do Estado empresário.

Por outro lado, no Brasil, o setor público é muito bem delimitado, uma vez que o Estado tem a incumbência de fornecer vários serviços públicos, o que pode ser feito de maneira direta ou indireta. Neste último caso, há a faculdade de se transferir a uma empresa privada a responsabilidade apenas pela execução, pois a titularidade do serviço permanece com o Poder Público. Isso poderá ser feito através de um contrato de concessão, figura inexistente no Direito norte-americano, pelas razões anteriormente expostas.

Daí, conclui-se que no Brasil ocorre um fenômeno inusitado e estranho ao ordenamento jurídico norte-americano: a figura de uma empresa privada fazendo as vezes do Estado e executando um serviço público. Essa configuração pode levar a um aparente conflito, pois a existência de uma empresa privada ensejaria aplicação do Direito do Consumidor e o fato de o objeto ser um serviço público faria incidir as normas de Direito Administrativo.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 555.

O que impulsionou a defesa do consumidor nos EUA foi tão somente a necessidade de o Estado se fazer presente para garantir a qualidade na prestação dos serviços. Se esse impulso tivesse sido seguido à risca, no Brasil, o CDC teria previsto a sua incidência apenas nos serviços privados, pois nos serviços públicos o Estado já estaria presente, regulamentando de forma direta as condições da prestação.

Ou seja, originariamente, o Direito do Consumidor não surgiu para ser aplicado contra o Estado fornecedor de serviços públicos, mas sim contra as empresas privadas. A incorporação dessa idéia de se estender aos usuários a qualidade de consumidores surgiu muito mais por influência do Direito europeu, mais especificamente do Direito espanhol, através Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários da Espanha, a Lei 26/1984, como afirma Roberto Senise Lisboa¹⁷. Essa lei reconhece os mesmos direitos tanto para os consumidores de serviços privados, quanto para os usuários de serviços públicos.

A idéia de submeter o Estado às mesmas regras que disciplinam a relação consumidor-fornecedor deu-se com o intuito de melhorar a qualidade na prestação dos serviços públicos no Brasil e de oferecer aos usuários os mesmos mecanismos criados pelo CDC para a proteção da parte vulnerável e mais fraca da relação de consumo.

Assim, o conflito entre o Direito do Consumidor e o Direito Administrativo no Brasil é apenas aparente, porque um regime jurídico não exclui o outro. É certo que os serviços públicos são atividades administrativas e que, por isso, estão submetidas à disciplina do regime jurídico de Direito Público. No entanto, isso não impede que também se apliquem as normas do CDC na proteção dos usuários, conforme estabelece a própria Lei n.º 8.987/95, em seu art. 7º. O problema é se verificar em que medida a Lei n.º 8.078/90 irá influenciar o Direito Administrativo quanto aos serviços públicos concedidos.

3 DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS E SERVIÇOS PRIVADOS

Os serviços privados são prestados sem que se cogite nenhuma influência em relação ao interesse público e é justamente nesse ponto que reside a principal diferença com relação aos serviços públicos.

17 LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 140.

O prestador de serviço público tem a sua atuação regida com o objetivo principal de realizar o interesse público. Mesmo que o serviço tenha sido objeto de concessão e, assim, passado à execução por uma empresa privada, esta só pode pretender o lucro dentro dos limites da satisfação do interesse público. Os serviços privados, todavia, são desempenhados com o objetivo principal de buscar o maior lucro possível.

Disso conclui-se que os serviços públicos concedidos são executados de acordo com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, o qual não permite que as empresas prestadoras desses serviços disponham livremente deles, visando unicamente ao lucro, em prejuízo do interesse público.

Por outro lado, os serviços privados desenvolvem-se segundo o princípio da livre iniciativa, que possibilita maior autonomia na sua execução. Se as condições oferecidas pelos fornecedores forem aceitas pelos consumidores, o serviço poderá ser contratado sem que aqueles tenham que se comprometer com a qualidade. O fornecedor privado pode optar entre prestar um serviço mais barato, porque de menor qualidade, ou cobrar mais caro por um serviço executado com maior rigor. E o consumidor também é livre para escolher dentre esses serviços aquele que mais se adequar às suas necessidades. Caso se sinta prejudicado ou insatisfeito, o consumidor poderá recorrer ao CDC.

Não obstante o serviço ser privado, o Estado intervém para proteger o consumidor, mas o faz através da lei. Quando o serviço é público, o próprio Estado é quem se compromete em prestá-lo, pois a sua atuação dá-se dentro dos limites da lei e daquilo que por ela for permitido.

Isso já seria uma garantia da não ocorrência de abusos aos quais os serviços privados estariam suscetíveis, uma vez que aos particulares é permitido fazer tudo que a lei não proíbe, existindo mais liberdade de atuação. Assim, na teoria, haveria uma necessidade muito maior de se tutelar o consumidor de um serviço privado do que o usuário de serviços públicos.

Portanto, não haveria como se aplicar o Direito do Consumidor com a mesma intensidade em dois setores distintos da economia: os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido restrito. Sendo este último âmbito em que se encontram os serviços privados, cuja prestação não tem como finalidade a realização do interesse público. Aí está a grande diferença em relação aos serviços públicos.

As atividades econômicas privadas são desempenhadas com o objetivo de buscar o lucro e o fornecedor de serviços pode se valer da autonomia

outorgada constitucionalmente, nos arts. 170, parágrafo único e 174. A soma desses dois fatores pode levar a situações de abuso, em que o consumidor fica vulnerável à ocorrência de eventual dano.

Os serviços públicos, ao contrário, são atividade administrativa, regulada por normas de direito público e que tem como finalidade o alcance do interesse público. Isso significa que o concessionário não goza da mesma autonomia que uma empresa que atua no setor privado, pois não poderá dispor do serviço da maneira como bem entender. A atuação do concessionário sofre uma série de limitações por parte do Estado, que é quem permanece com a titularidade do serviço. Por exemplo, não há como reduzir o valor das tarifas em prejuízo à qualidade do serviço com o intuito de aumentar os lucros, porque a principal finalidade do concessionário é realizar o interesse público, por meio da prestação de serviços adequados, eficientes e de boa qualidade. A lucratividade fica em segundo plano, embora também seja um dos objetivos do concessionário.

O concessionário, portanto, se submete às condições fixadas pelo Estado na prestação do serviço público. Embora o usuário contrate com o concessionário, essa relação vai refletir uma influência do Estado, o que não ocorre no caso dos serviços privados, em que a própria empresa pode dispor livremente sobre as condições em que o negócio será firmado com o consumidor.

Marçal Justen Filho¹⁸ ainda atenta para uma diferença fundamental entre serviços públicos e privados. Como no serviço público prevalece a tutela do interesse público, a proteção a um usuário específico fica em segundo plano. Por outro lado, o Direito do Consumidor visa, primordialmente, a defesa do interesse privado. Consequentemente, a proteção do consumidor de um serviço privado deve ser muito mais intensa e rigorosa do que a do usuário de serviço público. A razão disso, segundo o jurista, é que:

No serviço privado, somente existem em jogo interesses disponíveis, a tutela da parte economicamente mais fraca não põe em jogo questões mais relevantes. No campo do serviço público, o interesse do prestador do serviço é público; o do usuário é privado. Logo, é cabível evitar que o usuário, como parte economicamente mais fraca, tenha seus interesses indevidamente sacrificados. Mas não é admissível que o interesse particular do usuário seja superposto ao interesse público.

18 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 560.

4 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS: LIMITES E ADEQUAÇÃO

A atividade administrativa do Estado é regida pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos, o que corresponde, respectivamente, às prerrogativas e sujeições da Administração Pública, conteúdo do regime jurídico administrativo, conforme doutrina de Celso A. Bandeira de Mello¹⁹.

A atividade privada, representada pelos interesses do concessionário, é norteada pelo princípio da intangibilidade da propriedade privada e tem como principal objetivo o lucro. Já os usuários buscam a satisfação das necessidades essenciais, através da utilização de serviços públicos eficientes.

Cada parte envolvida com o contrato de concessão possui interesses os quais não podem ser considerados de modo isolado. O Estado detém prerrogativas quanto à modificação das condições de prestação do serviço, independentemente da anuência do concessionário e dos usuários, mas tal poder não poderá ser utilizado para anular os interesses das outras partes envolvidas. Da mesma forma, o concessionário não pode pretender obter o lucro a qualquer custo, em detrimento da qualidade da prestação, bem como os usuários não podem exigir a satisfação de suas necessidades essenciais de forma gratuita, sem remunerar o concessionário pelo serviço.

Cada um dos princípios envolvidos sofre limitações sob certos aspectos e extensões sob outros, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Haverá casos em que será necessário se privilegiar os interesses de uma das partes, em detrimento dos interesses das outras. É o que ocorre, por exemplo, quando há um aumento na tarifa, em atendimento ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que visa a proteger o concessionário do poder do Estado de modificar unilateralmente as cláusulas contratuais.

Outro caso, já reconhecido pela jurisprudência,²⁰ é o que permite ao usuário gozar de serviços públicos essenciais, como a energia elétrica, mesmo diante da falta de pagamento da tarifa, em razão do princípio da continuidade, que proíbe a interrupção do fornecimento.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38.

20 Sobre o assunto, RESP n.º 442.814 – RS (STJ. Rel. Ministro José Delgado, julgamento: 03/09/2002, DJ: 11/11/2002).

Isso porque, na concessão, os vários princípios que a integram fazem parte de um conjunto, de uma unidade, que é responsável pelo caráter associativo do contrato.

Desta forma, não se admite a invocação pura e simples dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público para determinar o regime jurídico da concessão. Essa é a opinião de Marçal Justen Filho²¹, expressa nas seguintes palavras:

A concessão não se reduz a uma manifestação da atividade administrativa do Estado, mas representa a integração de interesses estatais, coletivos e privados. O princípio da associação impõe considerar a supremacia e indisponibilidade do interesse público de modo compatível e harmônico com o princípio da intangibilidade da propriedade privada e da satisfação das necessidades coletivas.

No mesmo sentido, também não se admite que a concessão possa ser influenciada apenas pelos interesses dos usuários, com a aplicação do CDC em qualquer caso, sem nenhuma ponderação. Isso seria privilegiar o interesse privado em detrimento dos demais interesses.

César A. Guimarães Pereira²² cita como exemplo prático, a aplicação indevida do art. 42, parágrafo único, do CDC:

A falta de consciência dos fundamentos para a aplicação limitada do CDC favorece essa equivocada aplicação irrestrita – submetendo-se o prestador de serviço público, p. ex., a normas punitivas próprias da disciplina da atuação econômica privada. É o que se passa com a regra de devolução em dobro de montantes cobrados indevidamente.

O Direito do Consumidor pressupõe a desigualdade das partes e, na tentativa de equiparar-las, outorga superioridade jurídica ao consumidor para compensar a sua inferioridade técnica e econômica, na maioria dos casos, diante do fornecedor.

A concessão é regida pelo princípio da associação, que representa a síntese de todos os interesses presentes no contrato. Isso significa que, na prestação do serviço público concedido deve-se compatibilizar e

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 290-291.

22 PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 218.

harmonizar ao máximo os interesses envolvidos, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ou seja, não se pode aplicar o CDC ampla e irrestritamente aos serviços públicos concedidos, pois essa disciplina tem como principal objetivo proteger o consumidor, garantindo-lhe superioridade frente ao fornecedor para equilibrar a relação de consumo. E, nos contratos de concessão, nenhuma das partes deve receber tratamento privilegiado de forma constante, a exemplo do que ocorre com o consumidor nas relações de consumo de serviços privados.

Isso evidencia, portanto, a necessidade de se oferecer um tratamento diferenciado aos usuários de serviços públicos e aos consumidores de serviços privados. Estes apresentam um regime mais simples, envolvendo somente interesses privados e disponíveis, sem cogitar do alcance do interesse público em sua prestação. Nesse caso, a proteção ao consumidor deve ser feita de forma mais incisiva e rígida, com a aplicação de todas as normas do CDC, o que não deve acontecer no caso dos serviços públicos concedidos.

Em alguns casos, não poderia prevalecer o interesse dos usuários ao invés dos interesses do poder concedente e do concessionário. Por isso é que não se deve admitir a aplicação pura e simples do CDC aos serviços públicos concedidos. É preciso que haja um sopesamento das conseqüências para que não haja prejuízo à tutela do interesse público e para que se possa obter a máxima realização dos interesses envolvidos.

Todavia, também não se pode tentar restringir ou negar a aplicação do CDC aos serviços públicos concedidos com base no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, conforme pretendem alguns autores, como Antônio Carlos Cintra do Amaral²³. Neste caso, estar-se-ia cometendo o mesmo erro, isto é, considerar de forma isolada e abstrata apenas um dos interesses presentes na concessão.

Os serviços públicos concedidos são objeto de relação de consumo e os usuários possuem direitos também previstos na Lei n.º 8.078/90. Então, nem o Estado, nem o concessionário podem se esquivar, antecipadamente, de seu cumprimento.

Ademais, a existência da supremacia do interesse público como um princípio estrutural para a explicação do Direito Administrativo vem sendo

23 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 13, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2003.

questionada por uma doutrina mais moderna. A principal crítica reside na impossibilidade de se elevar ao status de norma-princípio a determinação prévia e abstrata da supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado, algo que só poderia ocorrer a partir de situações concretas.

Os princípios caracterizam-se estruturalmente por serem concretizáveis em vários graus, por encontrarem o seu fundamento de validade no próprio ordenamento jurídico, seja de forma explícita ou implícita, e por servirem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito.

No entanto, nenhuma dessas características podem ser vislumbradas no *princípio* da supremacia do interesse público, o que leva a conclusão de que, na verdade, trata-se de um axioma, justamente porque é auto-demonstrável. Essa é a opinião de Humberto Ávila²⁴:

Trata-se, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma bem o evidencia. Esse nominado princípio não encontra fundamento de validade na Constituição brasileira. Disso resulta uma importante consequência, e de grande interesse prático: a aplicação do Direito na área do Direito Administrativo brasileiro não pode ser feita sobre o influxo de um princípio de prevalência (como norma ou como postulado) em favor do interesse público.

A explicação abstrata da supremacia do interesse público exclui qualquer hipótese de ponderação, pois o interesse público sempre terá maior peso que o privado, sem que diferentes opções de solução sejam levadas em conta para a máxima realização das normas em conflito. E uma relação de prevalência só pode ser constatada diante do caso concreto, e não de forma abstrata.

Ou seja, o que se propõe não é afirmar a prevalência do regime jurídico de Direito Administrativo, quanto aos direitos dos usuários de serviços públicos concedidos, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Até porque a solução não é tão simples assim e não se poderia afastar a incidência da Lei n.º 8.078/90 aos usuários, tendo como base somente tal princípio, de validade questionável. Isso também seria contra o regime jurídico da concessão, que pressupõe um conjunto de interesses, e não a prevalência de só um deles.

24 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 7, outubro, 2001. p. 21.
Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 maio 2014.

O raciocínio oposto também não é correto, porque se um serviço é público e a ele se aplicarem indiscriminadamente todas as normas do Direito do Consumidor, haverá determinadas situações em que isso poderá provocar conseqüências prejudiciais ao Estado, ao concessionário e à própria coletividade que acabarão arcando com esse ônus.

Da mesma forma que não se deve aplicar automaticamente e sem nenhuma ponderação todas as normas do CDC, também não se deve limitar ou excluir previamente essa aplicação tendo como fundamento o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Não é com fundamento em escolhas prévias, feitas no campo abstrato, que se chegará a uma compatibilização entre as duas disciplinas. Isso deverá ser feito em concreto, através do princípio da proporcionalidade, para que, dentre todas as medidas igualmente eficazes para se atingir um fim, deva ser adotada a menos gravosa em relação ao direito das partes envolvidas.

Na prática, fica difícil adotar esse critério, mas essa se demonstra como sendo a solução mais adequada. Qualquer atitude extremista com relação ao problema seria descabida e estaria ferindo o próprio princípio da associação nas concessões.

Não há incompatibilidade entre os regimes, no sentido de não se admitir a aplicação do Direito do Consumidor a uma atividade administrativa, mas também não se deve entender pela total e indiscriminada aplicação do CDC aos serviços públicos concedidos, da mesma forma como se dá com os serviços privados.

Alexandre Santos de Aragão²⁵ concluiu o Direito brasileiro adotou uma posição mista em relação à categorização jurídica do usuário de serviço público. Porém, ele afirma que:

Todavia, o CDC não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que eles não são atividades públicas comuns, sujeitas à liberdade de empresa e desconectadas da preocupação de manutenção de um sistema prestacional coletivo.

25 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: Possibilidade e Limites da Aplicação do CDC. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Públicos, n. 15, ago./set./out. 2008. p. 15. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

A Lei n.º 8.987/95 traz a regulamentação sobre os contratos de concessão de serviços públicos, inclusive no que diz respeito aos direitos do usuário. O art. 7º, que apresenta uma relação de direito e obrigações, ressalva que a sua aplicação não prejudica os direitos previstos no CDC. O art. 7º do CDC também faz a ressalva de que os direitos nele previstos não excluem outros decorrentes da legislação ordinária. Como se pode ver, as disciplinas das Leis n.º 8.078/90 e 8.987/95 não se excluem, se complementam.

Assim, os direitos dos usuários são os previstos no Direito Administrativo e no Direito do Consumidor, sendo este último responsável por apresentar um número maior de mecanismos de proteção.

Entretanto, na aplicação dos direitos previstos do CDC em proteção aos usuários, também devem ser levados em conta os interesses do poder concedente e do concessionário para que não sejam ultrapassados limites que venham prejudicar a própria prestação do serviço e o interesse público.

Nem todos os direitos do consumidor podem ser considerados direitos dos usuários, em certas circunstâncias, pois os serviços públicos concedidos apresentam peculiaridades inerentes à sua prestação, o que os difere dos serviços privados, em que o CDC é aplicado sem nenhuma restrição.

Os usuários de serviços públicos concedidos poderiam invocar em seu favor tanto as normas inerentes ao desenvolvimento dos serviços públicos da Lei n.º 8.987/95, quanto as de Direito do Consumidor, mas dentro de alguns limites.

Sobre o assunto, Marçal Justen Filho²⁶ afirma que:

Deve limitar-se essa extensão aos limites do que for cabível, tendo em vista as peculiaridades do regime de direito público e do direito do consumidor. Nem todas as regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao relacionamento com o usuário de serviço público.

Um exemplo disso é que, nas concessões, o Estado tem o poder de modificar as condições da prestação do serviço unilateralmente. E, para o Código de Defesa do Consumidor, isso seria inadmissível. As cláusulas exorbitantes, mutáveis a qualquer tempo pelo poder concedente, seriam consideradas cláusulas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, conforme o art. 51, incisos X e XIII:

26 JUSTEN FILHO, op. cit., 1997. p. 131.

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

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após a sua celebração.

Qualquer possibilidade de se permitir ao fornecedor modificar cláusulas contratuais sem a anuência do consumidor se caracteriza como uma situação abusiva e que representa um desequilíbrio na relação jurídica estabelecida, algo incompatível com a sistemática da Lei n.º 8.078/90.

No entanto, os poderes exorbitantes do Estado são inerentes ao contrato de concessão de serviços públicos. Eliminar esses poderes, através da aplicação do CDC, seria o mesmo que negar a existência de um contrato de concessão de serviço público.

Assim, é necessário que se verifique as peculiaridades de cada caso concreto e as conseqüências da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, segundo os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da associação nas concessões, para que sejam compatibilizados os interesses do Estado, do concessionário e do usuário, sem grandes prejuízos para nenhum deles.

5 CONCLUSÕES

1. Podem ser objeto de uma relação de consumo não apenas os serviços privados, mas também os serviços públicos fornecidos no mercado de consumo, mediante remuneração;
2. O elemento subjetivo não serve mais para caracterizar um serviço público, porque a sua prestação também poderá ser feita por empresas privadas, através de concessão ou permissão, e nem toda atividade prestada pelo Estado é serviço público;
3. Os contratos de concessão têm caráter plurilateral ou trilateral, pois envolvem o poder concedente, que é o Estado; o concessionário, que são pessoas jurídicas de direito privado e os usuários;

4. O fato da prestação correr por conta de risco de uma empresa privada, a mutabilidade do contrato e a contrapartida da intangibilidade da equação econômico-financeira só permitem que a remuneração dos serviços públicos concedidos seja feita mediante tarifa;
5. Só poderão caracterizar uma relação de consumo os serviços públicos remunerados por tarifa, a exemplo dos serviços públicos concedidos;
6. Os serviços públicos gratuitos, custeados pela receita obtida a partir da cobrança de impostos, bem como aqueles remunerados por tributos em geral, não são considerados serviços, segundo o CDC. A cobrança de tributos cria uma relação Fisco-contribuinte, e não fornecedor-consumidor;
7. O CDC se aplica aos serviços públicos concedidos, mas não na mesma medida em que se aplica aos serviços privados;
8. A prestação de serviços privados é feita com objetivo de lucro, segundo o princípio da livre iniciativa, que possibilita uma maior autonomia na execução. Já nos serviços públicos concedidos, apesar de o concessionário ser uma empresa privada, só pode haver pretensões de lucro dentro dos limites de satisfação do interesse público. O serviço é prestado de acordo com o regime jurídico de direito público, o que implica em uma série de limitações à atividade estatal, tais como a submissão ao princípio da legalidade e da moralidade;
9. As diferenças existentes entre os serviços privados e os serviços públicos, com relação à finalidade da prestação, aos interesses envolvidos e ao regime jurídico aplicável, são suficientes para permitir um tratamento diferenciado na aplicação das normas do CDC;
10. As concessões são regidas pelo princípio da associação, que representa a síntese de todos os interesses presentes no contrato, os quais devem ser compatibilizados, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;
11. Nenhum dos interesses envolvidos na prestação do serviço público concedido deve ser previamente superior aos demais.

Isso implica reconhecer limites à aplicação do CDC, que tem como principal objetivo proteger o consumidor, garantindo-lhe sempre superioridade frente ao fornecedor para equilibrar a relação de consumo;

12. Também não deve ser invocado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado para afastar de forma prévia e absoluta a tutela do usuário pelo CDC;
13. Somente diante do caso concreto é que poderão ser analisadas as conseqüências da aplicação das normas do CDC aos serviços públicos concedidos e adotada a solução mais adequada, de acordo com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da associação nas concessões, para que não haja grandes prejuízos a nenhum dos interesses envolvidos.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AMAR, Jacques. *De L'Usager au Consommateur de Service Public*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2001.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2003.

ANDRADE, Roberto Braga de. Fornecimento e Consumo de Serviço: em busca de uma formatação dogmática. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, jan./mar. 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: Possibilidade e Limites da Aplicação do CDC. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Públicos, n. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 maio 2014.

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPUCHO, Fábio Jun. O Poder Público e as Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, abr./jun. 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. v. II, 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

COSTA, Regina Helena. A Tributação e o Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, abr./jun. 1998.

DENARI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as ações do Estado na Produção Econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Juarez. O Controle Social e o Consumidor de Serviços Públicos. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

_____. Regime dos Serviços Públicos e a Proteção dos Consumidores. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coord.). *Direito do Estado: novos rumos*. Tomo 2. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HINDO, Michelle Dibo Nacer. Taxa e Tarifa nos Serviços Públicos Essenciais e Consequências Jurídicas Face ao Código de Defesa do Consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2966>>. Acesso em: 07 maio 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____; PEREIRA, César A. Guimarães. Concessão de Serviços Públicos de Limpeza Urbana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 219, jan./mar. 2000.

JUSTEN NETO, Marçal. *Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público no Brasil*. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

LAZZARINI, Alvaro. Serviços Públicos nas Relações de Consumo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, jan./mar. 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, jul./set. 1997.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. A Regulação dos Serviços Públicos Altera o Perfil do Consumidor. *Revista Marco Regulatório da AGERGS*, n. 1. Disponível em: <http://www.agergs.rs.gov.br/bibliot/revista/mr1/mr1_claudia.htm>. Acesso em: 10 maio 2003.

_____. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor: a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, abr./jun. 2000.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da Crise de Energia Elétrica e a Proteção do Consumidor dos Serviços Públicos Privatizados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 225, jul./set. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Natureza Jurídica do Pedágio: Taxa? Preço? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 32, 2000.

MOOR, Fernanda Stracke. *O Regime de Delegação da Prestação de Serviços Públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEIRA, César Carlos. *Entes Reguladores de Servicios*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

NOVELLI, Flávio Bauer. Apontamento sobre o Conceito Jurídico de Taxa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 189, jul./set. 1992.

PAIVA, Clarissa Teixeira. As Agências Reguladoras. In: *Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos*, 3, 2003, Gramado. Anais... Porto Alegre: ABAR, 2003. CD-ROM.

PASQUALOTO, Adalberto. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, jan./mar. 1992.

PAULA, Adriano Perácio de. O Código de Defesa do Consumidor e o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos Comerciais e Industriais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 118, abr./jun. 1993.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, jan./mar. 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Direitos dos Usuários de Serviços Públicos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 34, dez./2009. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=34&artigo=936>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Rodrigo Alves da. O Código de Defesa do Consumidor e os Serviços Públicos: a defesa dos usuários de serviço público. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 63, março, 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3830>>. Acesso em: 08 maio 2013.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 30, abril, 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=470>>. Acesso em: 12 maio 2003.

TÁCITO, Caio. A Tarifa Percebida por Concessionário de Serviço Municipal de Esgoto não tem Natureza Tributária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 217. Parecer, jul./set. 1999.