

# OS LIMITES DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

GISELE CRISTIANE PRUDÊNCIO DA SILVA

Advogada

Assessora jurídica da presidência da Associação  
dos Magistrados Catarinenses

## RESUMO

*Este artigo pretende tecer algumas considerações sobre o Código de Defesa do Consumidor e os serviços públicos, ambos como direito fundamental, expondo o que se entende sobre relação de consumo, de natureza privada, e serviço público como atividade vinculada à lei, analisando-se os limites da aplicação do CDC nas relações entre usuários e o Poder Público sob o aspecto do interesse coletivo, em determinadas situações específicas, com base na doutrina e nas decisões dos tribunais pátrios. Na elaboração deste artigo, utiliza-se o método indutivo.*

## ABSTRACT

*This article intends to make a few remarks on the Code of Consumer Protection and public services, both as fundamental rights, exposing what is understood about the consumption process, which has a private nature, and public service as an activity linked to the law, analyzing the CDC limits on its application to relations between users and the Government under the point of view of the collective interest, based on the doctrine and the decisions of the courts. In preparing this article, we use the inductive method.*

## Introdução

É cediço que a incidência legal da norma consumerista decorre tanto da liberalização econômica desencadeada nas últimas décadas, como pela notória influência do capitalismo em todas as esferas econômicas, sejam elas públicas ou privadas, ensejando regras protetivas de consumo em contrapartida às regras de mercado cuja sistemática difere-se, nitidamente, da natureza solidária que subsidia o serviço público, razão pela qual surge a necessidade de melhor delimitação do tema<sup>1</sup>.

Partindo-se da premissa de que o CDC e os serviços públicos são contextos jurídicos distintos, segundo Alexandre Santos de Aragão<sup>2</sup>, sob o aspecto inclusive mercadológico, sendo um privatista – ainda que suas regras tenham conteúdo de ordem pública – e outro publicista, voltado à prestação de serviço essencial à coletividade, a questão ainda suscita dúvidas acerca dos limites de aplicação das normas do CDC às relações entre o usuário e o poder público.

Nesse contexto, Jacques Amar, citado por Aragão<sup>3</sup>, afirma que “a infiltração de uma lógica de mercado faz com que as prestações de serviços públicos também sejam igualmente analisadas à luz das expectativas dos usuários. Consequentemente, o surgimento de uma lógica de mercado (*logique d'échange*) altera integralmente a lógica solidária (*logique de don*) própria do serviço público e do poder que era invocado como necessário a alcançar o interesse público (...). Sob essa perspectiva, a aplicação do direito do consumidor aos serviços públicos é indissociável dos debates contemporâneos sobre a posição e o papel do Estado na economia, já que ela introduz a lógica de mercado onde outrora havia unicamente a lógica solidária. Com efeito, a defesa dos direitos dos consumidores e usuários assume um papel relevante para demarcar até onde os preceitos fundamentais do consumidores devem ser aplicados aos conceitos fundamentais publicísticos do serviço público.”

É bem verdade que a eficiência dos serviços públicos, prevista na Constituição da República em seu art. 37, *caput*, autoriza, implicitamente, ao cidadão-usuário buscar a proteção jurídica quando tais atividades não estiverem de acordo com seus direitos, o que por vezes implica a incidência do CDC.

Contudo, as normas do CDC não sugerem, por si só, a sua aplicação ilimitada a toda relação jurídica envolvendo prestação de serviço público e usuário na medida em que o interesse público e social sempre permeará essa relação, não podendo, simplesmente, ser reduzido diante da norma jurídica de caráter privado e mercadológico.

Sabe-se que o objetivo maior do Estado é assegurar a realização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição por meio da prestação de serviços públicos tais como saúde, assistência social, lazer, moradia, trabalho, segurança, deveres estes impostos ao Estado, dos quais não pode se desincumbir<sup>4</sup>. Portanto, os objetos de tutela de ambas as esferas jurídicas são nitidamente distintos e como tais não podem ser ignorados. Disto se indaga: até onde as normas do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a relação entre usuário/cidadão e Estado?

Dessa forma, com a utilização do método indutivo, este artigo busca analisar, em breves considerações, a incidência do CDC nas relações entre usuários e poder público, tratando, num primeiro momento, a concepção e natureza da relação de consumo sob a ótica do CDC. Em seguida, passa-se pelo conceito de serviço público e usuário, arrematando-se com os limites das normas consumeristas na atividade estatal à luz de decisões dos tribunais pátrios.

## **1. Relação de consumo: consumidor e fornecedor na visão do CDC**

A concepção de consumidor está prevista no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Nesse sentido, o consumidor está submetido ao controle dos titulares de bens de produção, constituídos pelos empresários. Da mesma forma, todo produtor também depende, em maior ou menor grau, de outros empresários que atuam como fornecedores de matéria-prima ou financiadores da sua atividade produtiva, razão pela qual, neste aspecto, também é consumidor. No entanto, em se tratando de proteção do consumidor, a tutela se refere ao indivíduo em si, ou à sua coletividade, inclusive aos empresários enquanto adquirentes de produtos ou usuários de serviços sem relação à sua atividade comercial<sup>5</sup>.

Na visão do CDC, o consumidor se constitui como toda pessoa natural ou jurídica que contrata a aquisição de mercadoria ou prestação de serviço para sua utilização direta, sem que se obrigue alguma forma especial de manifestação da vontade, exceto quando a lei exigir<sup>6</sup>.

Com efeito, a definição de consumidor e, por conseguinte, a constituição da “relação de consumo” ligam-se à ideia de relação contratual privada, na qual os interesses essencialmente patrimoniais e individuais estão em jogo. Envolvem, pois, o exercício da livre iniciativa e da economia de mercado previstas no art. 170 da CR (Constituição da República), o que para alguns doutrinadores não ocorre com a natureza própria dos usuários de serviços públicos.

A concepção de “consumidor” baseia-se na destinação final do bem objeto do contrato. O destinatário final é o destinatário econômico de fato, seja pessoa jurídica ou física. Ou seja, não deve haver aquisição do produto para revenda ou para uso profissional, porque assim o bem entraria novamente no sistema de produção<sup>7</sup>, perdendo a característica de consumidor final.

Na mesma linha, a concepção de fornecedor estabelecida no CDC também vem atrelada à visão privatística. O art. 3º do CDC dispõe que:

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

Observa-se que a definição de fornecedor, no CDC, assim como a de consumidor, é ampla. O critério que caracteriza o fornecimento de produtos está atrelado ao desenvolvimento de atividades essencialmente profissionais, cuja atividade deva ser contínua, habitual, assim como a transformação e distribuição de produtos<sup>8</sup>.

Para Rizzatto Nunes<sup>9</sup>: “Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quota de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da administração direta etc.”

Em síntese, infere-se que o CDC protege as relações de consumo constituídas pelo consumidor e fornecedor objetivando uma transação de natureza comercial, isto é, privada e sem conotação social, mesmo que se admita que as regras do CDC sejam de ordem pública em virtude da relevância assumida no contexto econômico das relações humanas para coibir práticas abusivas e tutelar a parte hipossuficiente.

## **2. A relação do usuário com o serviço público**

Em linhas gerais, o usuário é o titular do direito de usufruir e gozar da atividade pública produzida por órgãos da administração (seja direta ou indireta), na maior parte das vezes mediante o pagamento de determinado valor fixado por lei, sendo o serviço colocado à sua disposição. No serviço público o usuário, na condição de beneficiário, é parte integrante do Estado como instrumento de efetividade das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição da República. Em outras palavras, é parte fundamental do sistema estatal, para não dizer a própria razão de ser deste e para o qual se dirige a prestação do serviço público<sup>10</sup>.

Ao contrário do que ocorre no direito privado, tal como na própria relação de consumo do CDC, a condição dos usuários de serviços públicos é de natureza jurídico-pública, ainda que por vezes possa existir, em certos serviços, a autonomia de vontade das partes e a própria aplicação de regras de direito privado, pois toda relação entre usuário e prestador do serviço público<sup>11</sup> está adstrita às condições previamente fixadas pelo poder público, estas quase sempre vinculadas à lei cogente e imperativa, da qual a relação não pode se afastar nem mesmo por vontade do órgão/entidade contratante, diversamente do que costuma ocorrer numa relação entre consumidor e fornecedor estritamente privada<sup>12</sup>.

Com efeito, a condição jurídica do usuário será sempre regida por normas (leis e regulamentos) que criam direitos e deveres aos usuários, mesmo que a situação decorra de um contrato de direito privado. É justamente por ser um beneficiário do serviço público, custeado mediante tributos, taxas e tarifas, que o usuário se torna uma figura jurídica, por vezes distinta daquela aceção jurídica utilizada pelo CDC para definir o consumidor<sup>13</sup>.

No que tange ao serviço público, numa concepção constitucional e legalista, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>14</sup> destaca que “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral”, frisando que deve ser fruível pelos administrados, cujo Estado assume como obrigação legal que deverá ser prestada por si mesmo ou por um terceiro sob um regime de direito público com as prerrogativas de supremacia e de restrições especiais<sup>15</sup>.

Já na visão do jurista Eros Grau<sup>16</sup>, a ideia de serviço público é sintetizada como uma atividade essencial para a “consecução da coesão social” e como “necessário para a defesa o interesse social”, dando um conceito de essencialidade<sup>17</sup>.

Interessante notar que, de acordo com Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>18</sup>, “não existe serviço público por natureza”, pois segundo a autora o que se reconhece como serviço público trata-se de uma opção política, presente na “Constituição de cada país, na lei, na jurisprudência e nos costumes presentes em um dado momento”.

Diante dessa relação complexa entre serviços públicos, usuários e a relação consumerista inserida nesta interação é que se faz necessário tecer-se breves considerações acerca da incidência do CDC na prestação dos serviços públicos.

### **3. Incidência do CDC na prestação dos serviços públicos**

O Estado afasta-se cada vez mais da sua função de provedor, adotando um caráter fiscal e regulador, concedendo à iniciativa privada a prestação de alguns serviços, cuja obrigação, dentre outras, é assegurar acuidade às relações entre a prestação dos serviços e seus usuários, na medida em que o direito vem assumindo

os serviços públicos como direito fundamental da pessoa humana, o que torna o usuário a figura central das relações de prestação de serviços públicos<sup>19</sup>.

Segundo Aragão<sup>20</sup>, a liberalização econômica ocorrida no final do século XX trouxe como reflexo a incidência do direito consumerista na prestação de serviços públicos, em que o enfoque é a proteção do indivíduo *de per se* como parte hipossuficiente em face do poder econômico das empresas, portanto, individualista, permitindo uma lógica de mercado com enfoque distinto da lógica solidária inerente à ótica publicista, cuja ênfase reside na proteção coletiva dos cidadãos visando operacionalizar um sistema prestacional equitativo, contínuo e universal<sup>21</sup>.

Diante dessa complexidade assumida pelo Estado é que o interesse coletivo, para muitos, justifica a prestação dos serviços públicos sem exclusividade estatal, sendo a concorrência fundamental para a própria manutenção do interesse público.

Nesse contexto, a Constituição da República estabeleceu formas indiretas de intervenção do poder econômico na prestação dos serviços públicos, compondo o que a doutrina classifica como “administração pública indireta”. Assim, os serviços públicos podem ser executados pela administração direta do Estado ou pelas entidades autárquicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou ainda por meio da descentralização administrativa, transferindo-se a prestação desses serviços para particulares fora do poder público, surgindo os institutos da “concessão” e “permissão”<sup>22</sup>.

Dessa forma, com o repasse dos serviços públicos aos particulares, ocorre a incidência, inevitável, de normas típicas das relações de natureza privada, sem que com isto se descaracterize a natureza da atividade pública estatal, e muito menos a inobservância dos princípios da administração pública.

Isso não implica dizer que a exploração da atividade econômica não possa ser realizada de forma direta pelo Estado. Vale lembrar que ao Estado, como representante da coletividade, por intermédio dos seus órgãos públicos, compete a prestação dos serviços públicos que lhes são próprios, notadamente aqueles relativos à atividade legislativa, judiciária, manutenção da ordem pública por meio da atividade policial, bem como a defesa da nação com as forças armadas<sup>23</sup>.

Não obstante alguns doutrinadores questionarem a aplicação do CDC aos serviços públicos no que tange às concessionárias e permissionárias – embora este estudo não vise esclarecer esta questão a fundo –, assevera-se que o entendimento prevalente na atual conjuntura doutrinária e jurisprudencial é a incidência do CDC nas relações entre serviços públicos e usuários, especialmente no que diz

Com o repasse dos serviços públicos aos particulares, ocorre a incidência, inevitável, de normas típicas das relações de natureza privada

respeito às concessionárias e permissionárias. E não poderia ser diferente diante do contexto legislativo em vigor.

Além do artigo 3º do CDC, que inclui dentre os fornecedores a pessoa jurídica de direito público e todos aqueles que prestam serviços públicos, direta ou indiretamente, tem-se que a Lei 8.987/95, que regulamenta as concessões e permissões, prevê em seu artigo 1º o seguinte:

*“As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.”*

Ou seja, a lei em referência sugere a possibilidade de aplicação de normas legais pertinentes às concessionárias e permissionárias, dando margem para uma interpretação em que se aplica o CDC (Lei 8.078/90) aos serviços prestados por tais entidades.

Igualmente, o CDC, em seu art. 2º, antes mencionado, permite uma interpretação da qual se conclui que as normas consumeristas são aplicáveis aos serviços públicos. Além disso, o CDC ainda estabelece outras regras das quais se deduz a aplicação das normas consumeristas aos serviços prestados por pessoas jurídicas de direito público, tais como nos artigos 4º, inciso II, 6º, inciso X, e 22<sup>24</sup>.

Com efeito, diante das regras previstas no CDC, resta evidente a sua incidência nos serviços públicos, especialmente nas relações envolvendo concessões e permissões.

No entanto, vale lembrar que a aplicação do CDC não deve ser indiscriminada, conforme se verá, sob pena de se correr o risco de desnaturar o serviço público enquanto sistema social de proteção que é, e não individual<sup>25</sup>.

Destacadas essas observações sumárias, passa-se à análise das limitações de incidência das normas do CDC aos serviços públicos e de questões decididas pelo Poder Judiciário.

#### **4. Limites de incidência do CDC sobre os serviços públicos na doutrina e jurisprudência**

Não há dúvida de que consumidores e usuários de serviços públicos são instrumentos de realização dos direitos fundamentais, tão valorados pelo atual sistema democrático.

Na concepção atual da ordem constitucional, o Estado não é um fim em si mesmo, mas acima de tudo deve se pautar pela busca da satisfação integral dos direitos fundamentais<sup>26</sup>. Logo, não se perquire quanto à incidência do CDC nas relações entre Estado/prestador de serviço público e usuários, por vezes essencial.

Entretanto, cabe analisar em que medida tal aplicação deve ocorrer<sup>27</sup>, dadas as peculiaridades inerentes ao que se entende como serviço público e que “fazem com que

seja mantido um grau de critérios de direito público aplicáveis às relações entre usuário e o prestador do serviço público”<sup>28</sup>, que lhes diferenciam da relação de consumo.

Para ilustrar essa noção, Jacques Amar, citado por Aragão<sup>29</sup>, pondera que “uma prestação de serviço público não pode ser equiparada em todos os aspectos a uma prestação de atividade econômica privada. Ela se liga a uma missão de serviços públicos e, por esta razão, contém uma forte dimensão política, ao passo que a prestação de uma atividade econômica privada só tem valor em relação às aspirações do indivíduo que a contrata.”

É nesse contexto que a jurisprudência, em determinados casos, já se manifestou de forma a limitar a aplicação do CDC em demandas cujo usuário estaria, em tese, sendo preterido em prol do fornecedor. Isto é, o usuário, como parte hipossuficiente, tendo seu direito supostamente ameaçado pelo poder público<sup>30</sup>.

Dentre os casos mais polêmicos apreciados pelo Judiciário estão as cobranças de tarifas diferenciadas, frequentemente utilizadas por concessionárias de energia elétrica e de saneamento básico. Uma das mais relevantes é a cobrança de “tarifa sazonal” ou “sobretarifa” por parte de algumas concessionárias de saneamento.

A principal tese sustentada contra as referidas cobranças é a violação ao artigo 39 do CDC e aos princípios constitucionais (especialmente da isonomia, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais do consumidor e da atividade econômica), em razão da cobrança desigual entre determinados consumidores devido à localização de suas residências<sup>31</sup>.

Contudo, a jurisprudência tem admitido a legitimidade da tarifa sazonal não apenas pela existência da Lei Federal 11.445/07<sup>32</sup>, que autoriza a sua cobrança bem como a sua estruturação por categorias de usuários relacionados ao consumo da água, nos termos do artigo 30<sup>33</sup>, mas principalmente por obediência aos princípios fundamentais que regem os serviços públicos e o interesse da coletividade.

A propósito, os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina demonstram essa tese, nos quais a cobrança da tarifa sazonal foi considerada legal:

*‘Ação de consignação em pagamento – Casan – Tarifa sazonal – Legalidade – Recurso improvido.*

*‘Não há ilegalidade na cobrança de tarifa diferenciada pelo abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos meses de veraneio nas regiões praianas, notadamente naquelas em que é exigido um maior volume de investimentos para atender a expressiva demanda nessa época’ (...)*<sup>34</sup>.

*Administrativo – Casan – Tarifa sazonal – Legalidade*

*‘Não há ilegalidade na cobrança de tarifa diferenciada pelo abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos meses de veraneio nas regiões praianas, notadamente naquelas em que é exigido um maior volume de investimentos para atender a expressiva demanda nessa época.*

*A tarifa sazonal traduz-se em medida indispensável à garantia da continuidade do aludido serviço público, pois visa à recomposição da baixa contraprestação verificada durante o inverno nessas regiões.*<sup>35</sup>

Deste último precedente infere-se que a legislação consumerista foi considerada subsidiária em face da legislação federal específica, conforme se extrai do corpo do acórdão:

*“O Togado singular deferiu o provimento liminar em favor da Associação Praia Brava – APBRAVA, pois, no seu entender, o preço da tarifa sazonal instituída pela Resolução n. 234/2008 teria sido manifestamente excessivo se comparado à quantidade de serviço efetivamente usufruída pelos consumidores, o que os onerou em demasia, violando frontalmente o disposto no inc. V do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.*

*Ab initio*, releva saber que o *mandamus* versa questão atinente ao saneamento básico, que possui regramento específico, qual seja, a Lei 11.445/2007. Logo, as normas de proteção ao consumidor têm aplicação subsidiária.<sup>36</sup>

Em caso análogo, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou favorável à cobrança da sobretarifa (ao analisar a diferenciação da sua natureza jurídica) no sentido de garantir a continuidade do serviço público, conforme segue:

*“Serviço de fornecimento de água. Adicional de tarifa. Legitimidade.*

*Mostra-se coerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal o despacho agravado, ao apontar que o ajuste de carga de natureza sazonal, aplicável aos fornecimentos de água pela CAESB, criados para fins de redução de consumo, tem caráter de contraprestação de serviço e não de tributo.*<sup>37</sup>

Na referida decisão, a julgadora enfatizou que:

*“Esta decisão fundou-se em precedentes desta Corte que afirmam ser o serviço de fornecimento de água sujeito ao pagamento de preço público ou tarifa e não de taxa, inexistindo irregularidade em sua majoração por decreto em lugar de lei ordinária. E que o mesmo raciocínio deve valer para a sobretarifa deste serviço porque consiste em instrumento da peculiar política de preços adotada no Distrito Federal, pela qual os usuários que ultrapassam limites determinados de consumo pagam tarifas mais altas, com a finalidade de garantir a continuidade da prestação do serviço público a toda a população, em tempos de escassez.”*

Nessas hipóteses, a fixação da sobretarifa pelas concessionárias foi considerada prática regular e legítima no que concerne às políticas públicas e econômicas adotadas pelas empresas prestadoras de serviços públicos, com o escopo de coibir o excesso de consumo da água em períodos críticos, de modo a evitar a sua falta para toda a coletividade, valorizando o princípio da continuidade do serviço público.

Por esses motivos é que não se tem acolhido a tese de que as normas do CDC não foram respeitadas em razão do tratamento desigual entre os usuários, por se

entender que não basta dar tratamento diferenciado aos consumidores para ensejar violação ao CDC sob o aspecto da isonomia<sup>38</sup>.

A dificuldade, por vezes, para se julgar ações onde estão em jogo os interesses tutelados pelo CDC e o serviço público é identificar no caso concreto as situações que justifiquem um tratamento diferenciado entre os usuários, respeitando todos os princípios fundamentais e a legislação, sem ensejar discriminação entre aqueles que entendem serem “consumidores” protegidos pelo CDC.

Sobre o tema, Nunes<sup>39</sup> assevera que “a constatação da existência de discriminações, portanto, não é suficiente para definir se o princípio constitucional de isonomia está ou não sendo respeitado, pois, como visto, em determinadas situações a discriminação empreendida está em consonância com o princípio constitucional. Ao contrário, é exatamente da discriminação que nasce o princípio. Mas, para aferição da adequação ao princípio da igualdade, é necessário levar em conta outros aspectos. Todos eles têm de ser avaliados em maneira harmônica: se adotado o critério discriminatório, este tem de estar conectado logicamente com o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada.”

O entendimento  
prevalente é a  
incidência do CDC  
nas relações entre  
serviços públicos e  
usuários

Portanto, a distinção de tratamento entre os tipos de usuários levando em conta algumas especificidades regionais e quantidade de consumo, segundo a jurisprudência, não atenta contra as normas do CDC e muito menos a princípios constitucionais tal qual o da isonomia. O preceito da igualdade de tratamento entre os consumidores deve se ajustar à realidade das necessidades sociais, equacionado dentro do sistema “bem-estar individual e meio ambiente”, em prol de sua resultante que seria o “bem-estar da coletividade”<sup>40</sup>.

Atente-se para o fato de que o adicional da tarifa de água foi criado com a mesma finalidade em que foi criada a sobretarifa de energia elétrica, qual seja, controlar o consumo de produto essencial em período de desabastecimento e de elevado consumo.

É o que se depreende da decisão do STF exarada nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade 09 (27.06.2001), que admitiu a cobrança de tarifa especial com base no interesse da coletividade e a necessidade de continuidade do serviço em períodos de escassez. A propósito, vale transcrever o seguinte fragmento da decisão:

*“Ação declaratória de constitucionalidade. Medida Provisória n. 2.152-2, de 1º de junho de 2001, e posteriores reedições. Artigos 14 a 18. Gestão da crise de energia elétrica. Fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de*

*energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.”<sup>41</sup>*

Na referida decisão, observa-se que a controvérsia da tarifa de energia elétrica submetida ao STF quando à sua constitucionalidade foi solucionada, notadamente por meio de princípios fundamentais de direito, preceitos de ordem constitucional, dando como válidas as políticas de gestão que privilegiem o interesse da coletividade (generalidade de usuários), em detrimento do direito individual.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também já admitiu entendimento similar para outras hipóteses de tarifas diferenciadas, tal como a tarifa de assinatura básica de telefonia, conforme decisão da 1ª Turma no Recurso Especial 975425/MG, de 6 de novembro de 2007, do Ministro José Delgado<sup>42</sup>:

*“Administrativo. Recurso especial. Serviço de telefonia. Cobrança de ‘assinatura básica residencial’. Natureza jurídica: Tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das empresas federais de telecomunicações MCI/BNDES n. 01/98 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma exigência. Resoluções n. 42/04 e 85/98, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/95. Política tarifária. Lei 9.472/97. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança de assinatura básica de telefonia. (...) O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos*

*usuários. 20. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, possibilitadora de vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame. 21. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação.”<sup>43</sup>*

Como se vê pela jurisprudência tanto das instâncias inferiores como das superiores, a prestação do serviço público está ligada não apenas à lei, mas também aos valores fundamentais previstos na Constituição, razão pela qual se distingue das outras atividades econômicas, conferindo-lhe um regime jurídico próprio<sup>44</sup>, tornando a aplicação do CDC, por vezes, mitigada<sup>45</sup>.

Assevera-se, entretanto, que não se está a afirmar a preponderância do interesse público sobre as relações de consumo em todas as circunstâncias, como se o direito administrativo prevalecesse sobre as regras do CDC – estas também de ordem pública de direito fundamental.

A questão é reconhecer-se o momento em que cada qual deverá prevalecer, frisando-se a lição de Marçal Justen Filho<sup>46</sup>, para quem o “Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidades com os princípios fundamentais norteadores do serviço público”.

Nessa linha, Aragão<sup>47</sup>, que dedicou ao tema um capítulo de sua obra sobre serviços públicos, ensina que “os serviços públicos têm uma conotação coletiva muito mais ampla que as atividades econômicas privadas. Visam à coesão social, sendo muitas vezes um instrumento técnico de distribuição de renda e realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), com o financiamento, através das tarifas dos usuários que já têm o serviço, da sua expansão aos que ainda não têm acesso a ele. Se fosse apenas pelo sistema privatista do CDC, essas tarifas teriam que ser consideradas abusivas (arts. 39, V; e art. 51, IV, CDC), eis que superam o valor que seria decorrente apenas da utilidade individualmente fruída”<sup>48</sup>.

Com efeito, subsistindo legislação federal que ampare a atividade pública e as espécies de cobranças, unida aos princípios de direitos fundamentais que lhes deem sustentação, tende a prevalecer o interesse social da coletividade em face das normas do CDC.

Não há dúvida de que consumidores e usuários de serviços públicos são instrumentos de realização dos direitos fundamentais

## 5. Considerações finais

A partir dessas ideias, observa-se que os serviços públicos não são atividades econômicas comuns e submetidas à liberdade empresarial, ao contrário das relações jurídicas consumeristas, sujeitas ao livre critério entre os envolvidos para atender às necessidades privadas e individuais.

Conforme as decisões judiciais analisadas, admitindo a cobrança diferenciada das tarifas, deve-se levar em conta que estas não remuneram apenas o serviço público, mas têm como destinação principal custear a infraestrutura e a própria manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, assegurando a continuidade do serviço público e atendendo aos princípios fundamentais.

É necessário, portanto, frisar que determinados bens e serviços são essenciais à coletividade e à satisfação do princípio da dignidade humana. O serviço público é prestado diretamente pelo Estado ou por terceiros particulares com o objetivo único de atender aos anseios sociais e coletivos, motivo pelo qual nem sempre as normas do CDC poderão prevalecer diante das regras e princípios que regem o serviço público.

Logo, a interpretação restritiva do CDC em algumas hipóteses de prestação dos serviços públicos, quando respaldada na lei específica e nos princípios norteadores dos direitos fundamentais, e desde que com a efetiva adoção de políticas públicas para a manutenção do sistema, será cabível e oportuna para equilibrar as relações jurídicas entre o interesse privado e o coletivo, sem que com isto se violem as regras do CDC ou preceitos da Constituição.

## Notas

<sup>1</sup> Registramos que não se perquire, neste trabalho, quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às situações que envolvam a relação entre usuário e serviço público, conforme se infere do artigo 3º do referido diploma legal, que enquadra a prestação de serviço público como fornecedor.

<sup>2</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 400.

<sup>3</sup> AMAR, Jacques in Alexandre Santos de Aragão. *Serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 499-500.

<sup>4</sup> Zockun, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 13.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor. Importante capítulo do Direito Econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.13, n. 15/16, 1974, p. 90.

<sup>6</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 27.

<sup>7</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 304.

<sup>8</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 393.

<sup>9</sup> NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.

<sup>10</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>11</sup> Especialmente aqueles de natureza delegada tais como concessões e permissões.

<sup>12</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>13</sup> PEREIRA entende que o consumidor se caracteriza, juridicamente, por ser titular de direitos subjetivos; o usuário, por sua vez, está numa situação jurídica instrumental para que o Estado possa alcançar os valores essenciais que inspiram a definição de determinados serviços públicos, pelo que designa o autor como sendo “direitos subjetivos funcionalizados”. E arremata que “o usuário tem direitos em relação à criação e organização do serviço completamente incompatíveis com a posição jurídica de um consumidor” (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006).

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, p. 600.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO também segue a linha constitucional com uma definição diretamente ligada à satisfação das necessidades essenciais da coletividade, inclusive as secundárias, afirmando que serviços públicos é “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217).

<sup>16</sup> Eros Grau distingue interesse coletivo de interesse social. Afirma que “este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos” (GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 128).

<sup>17</sup> Diante dessas premissas, entendemos que o serviço público é aquele por meio do qual o Estado, seja direta ou indiretamente por delegação, concessão e permissão, exerce as garantias e direitos fundamentais que lhe são impostos pela Constituição, ou seja, instrumentaliza a vontade do legislador constituinte através da prestação de serviços públicos essenciais, que são colocados à disposição da população, qualificada individualmente como usuários.

<sup>18</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. 1a. ed. 3a. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

<sup>19</sup> Aragão ressalta que “a aplicação do direito do consumidor aos serviços públicos é indissociável dos debates contemporâneos sobre a posição e o papel do Estado na economia” (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 500).

<sup>20</sup> Aragão, Alexandre dos Santos de. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 500.

<sup>21</sup> Pelas pesquisas feitas, percebe-se que essa noção é fundamental para se chegar à compreensão da possível justificativa que admite a hipótese de limitação da incidência do CDC nos serviços públicos, dependendo do caso concreto.

<sup>22</sup> DOLZANE, Harley Farias. O serviço público adequado e a controvérsia sobre a possibilidade de interrupção na prestação dos serviços públicos essenciais à luz do CDC e da Lei 8. 987/95. *Revista Jus Vigilantibus*, 8 de maio de 2007. Disponível em <<http://jusvi.com> no site>. Acesso em 12.11.2011.

<sup>23</sup> LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

<sup>24</sup> **Art. 4º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, 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, atendidos os seguintes princípios: (...) II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por

iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

**Art. 6º** São direitos básicos do consumidor: (...); X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

**Art. 22.** Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

<sup>25</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 503.

<sup>26</sup> “A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62).

<sup>27</sup> MARQUES defende a incidência do CDC em quase todas as relações de prestação de serviço, admite a especialidade da relação concessionária e assinala que, “dos contratos concluídos com a administração, é especial: mesmo se regidos por leis civis, não perde a relação seu caráter de verticalidade, reservando-se à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato”. Logo, a autora reconhece a necessária conciliação do CDC com o regime de direito público (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. ver e amp., São Paulo: RT, 2002, p. 485).

<sup>28</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 512.

<sup>29</sup> AMAR, Jacques in Alexandre Santos de Aragão. *Serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 517.

<sup>30</sup> Acredita-se que aqui o julgador deve se valer dos princípios da administração pública, em especial a premissa da razoabilidade, em que se busca emitir uma decisão que equilibre a relação entre o usuário/consumidor e o Poder Público/fornecedor, de modo a ajustar na medida do possível o interesse da coletividade com o do consumidor individual, o que se sabe que, na prática, nem sempre será possível.

<sup>31</sup> Nas hipóteses apreciadas, percebe-se que as defesas embasaram-se nas normas consumeristas, quase sempre ao argumento da infringência às regras consumeristas – em regra com base no art. 39 do CDC, que trata das práticas abusivas – e na própria inconstitucionalidade da espécie de cobrança tarifária por desrespeito a princípios fundamentais. Entretanto, o que se verifica é que nessas ações estavam em jogo muito mais do que o direito do consumidor ofendido, mas sim toda a coletividade usuária do produto que naquelas circunstâncias estava à mercê da falta de água, ou mesmo de energia, como decorrência da escassez do produto e do próprio abuso do excesso de consumo.

<sup>32</sup> Lei Federal que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento.

<sup>33</sup> Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores: I – categorias de usuários,

distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo; (...); V – ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos.

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.022263-8, de Barra Velha, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 29.6.2010.

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2009.007945-9, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 5.2.2010.

<sup>36</sup> E afirma ainda o julgador na mesma decisão que, “na cobrança de tarifa diferenciada pelo abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos meses de veraneio nas regiões praianas, notadamente naquelas em que é exigido um maior volume de investimentos para atender a expressiva demanda nessa época”, “a tarifa sazonal traduz-se em medida indispensável à garantia da continuidade do aludido serviço público, pois vida à recomposição da baixa contraprestação verificada durante o inverno nessas regiões”.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, REAgR n. 201630/DF, Min. Ellen Gracie.

<sup>38</sup> Acerca do tema, no que diz respeito ao princípio da isonomia, cuja afronta atingiria diretamente o consumidor nos moldes do CDC, torna-se oportuna a lição de Kelsen, que pontifica: “A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos. Com a garantia da igualdade perante a lei, no entanto, apenas se estabelece que os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar. Com isso, porém, apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente em todas as leis da legalidade da aplicação das leis, ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 158).

<sup>39</sup> NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.

<sup>40</sup> De outro vértice, entende-se que a distinção de tratamento se justifica também por desestimular o consumo da água de forma indiscriminada, de modo que outros valores protegidos pelo ordenamento jurídico serão assegurados tais como o direito à prestação de serviço adequado e à melhoria da qualidade de vida em sentido coletivo, tornando o sistema autossustentável.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 09/2001, Relator Min. Néri da Silveira; Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie.

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 975425 / MG, Relator Ministro José Delgado.

<sup>43</sup> BRASIL. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Garantindo o pagamento de tarifa mínima: Resp 759.362/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/06/2006; Resp 416.383/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23/09/2002; Resp 209.067/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08/05/2000; Resp 214.758/RJ.

<sup>44</sup> Entendemos que o objetivo maior das decisões sobre o tema é de assegurar, a todos os usuários/beneficiários, a continuidade dos serviços públicos nos períodos em que ocorrem elevados níveis de consumo, como, por exemplo, na região litorânea de determinados estados brasileiros, no caso da água, e nas regiões em que ocorrem os famigerados “apagões”, na hipótese da energia elétrica.

<sup>45</sup> Além disso, vale lembrar que a Constituição difere o consumidor do usuário de serviço público. O consumidor age por interesse próprio, individual, e está dentro do ciclo do mercado de consumo dentro de

um regime de economia (art. 170, V, da CR). Já o usuário, por sua vez, precisa realizar as suas necessidades elementares como sujeito beneficiário do serviço público, não porque quer, mas porque precisa, cuja relação é de interesse público (art. 175, da CR).

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ética, 2003, p. 558.

<sup>47</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 521.

<sup>48</sup> É com base nesse raciocínio, lastreado em leis específicas sobre serviços públicos e princípios de direitos fundamentais, que se entende como necessária a limitação da incidência das normas do CDC em dadas circunstâncias jurídicas, conforme se verificou nos casos judiciais apreciados pelo Poder Judiciário, onde as discussões abordavam as “tarifas diferenciadas” cobradas por algumas concessionárias.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante Capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 13, n. 15/16, 1974, p. 90.

DOLZANE, Harley Farias. O serviço público adequado e a controvérsia sobre a possibilidade de interrupção na prestação dos serviços públicos essenciais à luz do CDC e da Lei n. 8. 987/95. *Revista Jus Vigilantibus*, publicado em 8.5.2007. Disponível em <<http://jusvi.com> no site>. Acesso em 12.11.2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1a. ed. 3a. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ética, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros. 2009.