

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS**

CYNTHIA MARIA SILVEIRA DO AMARAL

**O ALCANCE DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA
PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

**NATAL/RN
2014**

CYNTHIA MARIA SILVEIRA DO AMARAL

**O ALCANCE DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA
PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório de conclusão do Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientador (a): Luciana Ribeiro Campos

**Natal/RN
2014**

CYNTHIA MARIA SILVEIRA DO AMARAL

**O ALCANCE DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA
PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório de conclusão do Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos.

Aprovada em **25/06/2014**.

Banca examinadora

Profa. Ms Luciana Ribeiro Campos

Profa. Ms Mariana Vanucci de Vasconcelos

Prof. Ms Paulo Maycom Costa da Silva

Ao meu querido esposo, Fábio Judson Fabião da Silva, que sempre me incentivou a realizar os meus projetos, encorajando-me a enfrentar todos os momentos difíceis.

Com muito carinho e eterna saudade, a minha sogra Adnalva Maria Rocha (*in memoriam*), que nos deixou há um mês.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me ajudado a superar todas as dificuldades enfrentadas durante a elaboração deste trabalho, em especial a perda da minha sogra Adnalva.

A minha orientadora Luciana Ribeiro Dantas, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube.

Ao meu esposo, pelo amor, incentivo e compreensão.

Por fim, a minha amada filha Júlia.

RESUMO

O presente trabalho consiste em analisar a abrangência da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos.

Considerando que a legislação consumerista é instrumento eficaz na proteção da parte mais fraca da relação de consumo, no caso o usuário – consumidor do serviço público. Faz-se necessário investigar as possibilidades e limites deste instrumento.

Para alcançar este objetivo, este trabalho se divide em três momentos. No primeiro, serão delimitados, o conceito de serviço público, o regime jurídico público e a responsabilidade do Estado. Por sua vez, no segundo momento, busca-se identificar uma relação jurídica de consumo, através dos seus elementos caracterizadores que são o fornecedor, consumidor e o bem sobre o qual recai o interesse desse. Por fim, no terceiro momento, traça-se o alcance da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, abordando a posição doutrinária e jurisprudencial.

Quanto a metodologia empregada, utilizou-se o método dedutivo e procedimento de revisão bibliográfica.

Palavras-chaves: abrangência – aplicação – Código de Proteção e Defesa do Consumidor – serviço público.

ABSTRACT

The present work is to analyze the scope of application of the Code of Consumer Protection and the provision of public services. Whereas the consumerist legislation is an effective tool in protecting the weakest part of the consumer relationship, in case the user – the consumer of public service. It is necessary to investigate the possibilities and limitations of this instrument. To achieve this goal, this work is divided into three parts. In the first, will be defined, the concept of public service, the public legal system and state responsibility. In turn, the second time, we seek to identify a legal relationship of consumption, through its characteristic features which are supplier, consumer and the object of which the interest that relapsed. Finally, the third point, we draw the scope of application of the Code and Consumer Protection, addressing the doctrinal and jurisprudential position. As for methodology, the deductive method and literature review procedure is used.

Keywords: scope – application – Protection Code Consumer Protection – public service.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1.INTRODUÇÃO..... | 09 |
| 2 . O SERVIÇO PÚBLICO..... | 11 |
| 2.1. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO..... | 11 |
| 2. 2. REGIME JURÍDICO PÚBLICO..... | 16 |
| 2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO..... | 19 |
| 3. A RELAÇÃO DE CONSUMO..... | 24 |
| 3.1.ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO..... | 24 |
| 4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 30 |
| 4. 1. APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 30 |
| 4. 2. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 31 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 40 |
| REFERÊNCIAS..... | 44 |

1. INTRODUÇÃO

A prestação de serviços públicos à população constitui uma das principais finalidades da Administração Pública, uma vez que busca concretizar necessidades coletivas, como a saúde, educação, energia elétrica, telefonia, gás, transporte e etc. O próprio Diploma Maior encarrega o Poder Público de prestar serviços públicos, seja diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão.

Desta forma, partindo da premissa de que os serviços públicos, pelo menos alguns deles, apresentam características que o identificam como relações de consumo, mostra-se relevante estudar em que medida o Código de Proteção e Defesa do Consumidor regula às prestações de serviços públicos.

Para alcançar este objetivo, este trabalho divide-se em três capítulos: o serviço público, a relação de consumo e o âmbito de aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos.

No primeiro capítulo será delimitado o conceito de serviço público, abordando-se a visão ampla e restrita, bem como os critérios subjetivo, material e formal; o regime jurídico de direito público, no qual se presta o referido serviço em que se analisará os princípios fundamentais a serem observados, como o da supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, além dos elencados expressamente no art. 37, da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e os intimamente ligados à prestação de serviço público: continuidade, eficiência, modicidade e, também a responsabilidade civil do Estado, traçando sua evolução histórica, a teoria do risco administrativo (adotada pelo nosso ordenamento jurídico), ou seja, da responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, bem como o seu conceito.

No segundo capítulo, o estudo ficará concentrado na relação de consumo. Para tal se identificará e analisar-se-á os elementos que a caracterizam: o consumidor, fornecedor e o produto ou serviço sobre qual recai o interesse daquele.

Por fim, o terceiro capítulo que trata da abrangência da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no primeiro momento dedica-se a comentar sobre a possibilidade da legislação consumerista ser aplicável às prestações de serviços públicos,

e no segundo momento aborda-se a posição doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da aplicação da legislação consumerista. Procurar-se-á distinguir quais serviços podem ser enquadrados como relação de consumo a fim de receberem a proteção do CDC.

Quanto a metodologia empregada, utilizou-se o método dedutivo e procedimento de revisão bibliográfica.

2. O SERVIÇO PÚBLICO

2. 1. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

É difícil conceituar serviço público, tendo em vista que no ordenamento jurídico pátrio há divergências quanto ao seu conceito e, também em razão das diversas atividades desempenhadas pelo Estado em decorrência das necessidades sociais, políticas, culturais e econômicas que se encontram em constante mudanças. O que é primordial para determinada comunidade em uma época pode não ser para outra, no mesmo ou em outro período. Emfim, é um conceito que sofreu inúmeras mudanças com a evolução do tempo, devido as alterações das necessidades sociais¹.

Neste sentido, afirma Diogenes Gasparini (2012, p. 349) *“Os serviços religiosos já forma tidos como públicos, e os serviços de exploração de cassinos são, em certos países, serviços públicos, a exemplo que ocorre em Mônaco. No Brasil, os serviços de loterias (loteria federal, esportiva, sena e quina) são públicos”*.

É possível conceber que nem todo serviço pode receber o tratamento de serviço público, dependendo muito do contexto histórico e de sua importância social. Por exemplo, o serviço de bonde, antigamente, era considerado serviço público; hoje, perdeu muito a sua importância, de maneira que, para a coletividade, deixou de ser tratado como tal. Da mesma forma, devem ser analisados os serviços de energia elétrica e de telefonia que, logo quando surgiram, eram viáveis a poucos administrados e hoje já ganham um tratamento diferenciado, sendo considerados importantes serviços públicos. (Fernanda Marinela, 2007, p. 438).

Segundo Diogenes Gasparini (2012) a expressão serviço público possui três sentidos: o orgânico, o material e o formal. No sentido orgânico ou subjetivo, serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da administração que buscam suprir as necessidades dos administrados. Por sua vez, no sentido material ou objetivo, o serviço público é uma função, uma atividade da administração pública voltada a satisfazer o interesse público. Por fim, o sentido formal é a atividade desempenhada pelo poder público ou por meio de seus agentes sob a submissão de um regime de direito público².

1 Neste mesmo sentido pensa Hely Lopes Meirelles, 2010, p. 364.

2 Neste mesmo sentido se posiciona Hely Lopes Meirelles, Maria Silvia Zanella Di Pietro, p. 364, p. 100.

No presente trabalho não se utilizará do sentido subjetivo ou orgânico de serviço público, mas da concepção objetiva ou material que vê o serviço público como uma atividade que busca satisfazer o interesse público.

Em busca de conceituar serviço público, relevante dizer que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma concepção ampla e restrita de serviço público. Entretanto, os doutrinadores têm se utilizado mais do conceito restrito de serviço público. Vejamos:

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo assevera que:

Na mais ampla das acepções atuais, a expressão “serviço público” é empregada como sinônimo de “função pública” ou “atividade pública”. Abrange, assim, o conjunto de todas as atividades que são exercidas sob regime jurídico de direito público: a atividade jurisdicional, a atividade legislativa, a atividade de governo (atividade política) e as atividades consideradas da administração pública em sentido material – inclusive a prestação de serviços públicos em sentido estrito realizada por intermédio de delegatários. (Marcelo alexandrino e Vicente paulo, 2014, p. 703).

Como se vê o conceito amplo de serviço público abrange várias atividades (obras, políticas públicas, atividades econômicas, serviços jurisdicionais e legislativos) que são desconsideradas em uma visão restrita de serviço.

Uma acepção ampla mais frequente é a que identifica “serviço público” com “atividade da administração pública em sentido material”. Alberga, portanto, a prestação de serviços públicos em sentido estrito – efetuada diretamente ou por meio de delegatários –, o exercício do poder de polícia, as atividades de fomento e a intervenção (não incluída a atuação do Estado como agente econômico em sentido estrito).

Por outras palavras, nessa acepção ficam excluídas a atividade legislativa, a atividade jurisdicional e a atividade de governo (formulação de políticas públicas). (Marcelo alexandrino e Vicente paulo, 2014, p. 704).

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles define serviço público como “*todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegatários, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado*”. (2006, apud Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014).

A nosso ver, o conceito é demasiado amplo, porque não distingue as prestações que, em si mesmas, representam uma utilidade para a população, das prestações

que, embora visem a assegurar o bem-estar geral, implicam imposição de sanções ou restrição a atividades dos particulares, isto é, a definição não permite diferenciar serviço público em sentido estrito de poder de polícia. Também não exige que a atividade satisfaça diretamente algum interesse da população em geral, de sorte abrangendo, por exemplo, atividades internas da administração pública (os denominados “serviços administrativos”). (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p.711).

Por sua vez, Maria Sylvia di Pietro trouxe um conceito restrito de serviço público ao afirmar que este é *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público.* (2009, apud Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014).

Percebe-se que a autora propõe uma definição restrita de serviço público, mas ela não exige que a prestação estatal satisfaça diretamente uma necessidade coletiva, isto é, resultam enquadradas atividades internas da administração pública (“serviços administrativos”), bem como outras atividades que possam beneficiar apenas indiretamente a sociedade. Também não é explicitado que a atividade, em si mesma, deve representar uma utilidade para a população, ou seja, a definição proposta não permite diferenciar serviço público de realização de obra pública. (Marcelo Alexandrino, 2014, p. 711).

Quanto ao aspecto material, por outro lado, a insigne autora menciona somente as “necessidades coletivas”. Se o vocábulo “necessidades” for tomado em sua literalidade, não se enquadrarão nessa definição de serviço público aquelas atividades que visam atender meros interesses secundários da coletividade, ou quaisquer atividades francamente dispensáveis, ainda que o ordenamento jurídico exija que elas sejam exercidas sob regime jurídico de direito público. (Marcelo Alexandrino, 2014, p. 711).

E José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 293) conceituou serviço público como *“toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.*

Vê-se que os conceitos de serviço público expostos por Maria Sylvia di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho se assemelham quando permite que a atividade possa ser prestada pelo Estado, de forma direta ou indireta.

No entanto, segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014) a visão de José dos Santos Carvalho Filho é mais ampla por considerar serviço público, também serviços não essenciais à coletividade.

Celso Antônio Bandeira de Melo é o doutrinador que adota o conceito mais restrito

de serviço público. Assim, disciplina:

“Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhes faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definidos como próprios no sistema normativo”. (2009, *apud* Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, p. 712).

Sobre a definição acima dada, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo asseveraram:

Só abrange as utilidades ou comodidades que sejam diretamente fruíveis pela população. Por outro lado, quanto ao aspecto material, é inteiramente aberta, vale dizer, desde que seja uma prestação de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, qualquer atividade poderá ser eleita pelo ordenamento jurídico para ser prestada como serviço público, portanto, sob regime de direito público. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p. 712).

Como se pode ver o conceito estabelecido por Celso Antônio Bandeira de Melo é mais restritivo por considerar serviço público aquela atividade prestada Estado, que seja útil aos administrados, de modo particular.

Também adotam o conceito restrito de serviço público Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, conforme segue abaixo:

Serviço público é atividade administrativa concreta traduzida em prestações que representem, em si mesmas, utilidades ou comodidades materiais para a população em geral, executada sob o regime de direito público pela administração pública ou, se for o caso, por particulares delegatários (concessionários e permissionários, ou, ainda, em restritas hipóteses, detentores de autorização de serviço). (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p. 712).

Mais um conceito de serviço público traçado por Fernanda Marinela:

É considerado serviço público toda atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material, destinada à satisfação da coletividade, mas que pode ser utilizada singularmente pelos administrados, e que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta-a por si mesmo ou por quem lhes faça as vezes, sob um regime de direito público, total ou parcialmente. (Fernanda Marinela, 2007, p.437).

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014), os doutrinadores, influenciados pela “escola do serviço público”, estabeleceram critérios a serem observados, cumulativamente, para que uma atividade fosse considerada serviço público.

São eles: critério subjetivo ou orgânico, material e formal³.

- a) critério subjetivo ou orgânico: dá relevância ao prestador do serviço público; só considera serviço público aquele prestado diretamente pelos órgãos e entidades estatais, integrantes da administração pública;
- b) critério material: confere relevância à atividade, em si mesma considerada; segundo esse critério, as atividades de importância crucial para o grupo social, das quais depende a própria existência deste, devem ser tidas por serviço público; as atividades que visam à satisfação de necessidades coletivas fundamentais deveriam, portanto, ser prestadas como serviço público;
- c) critério formal: dá relevância ao regime jurídico sob o qual é desenvolvida a atividade; exige que os serviços públicos sejam prestados sob regime jurídico de direito público, portanto, orientados pelo princípio da supremacia do interesse público (que assegura prerrogativas especiais para a sua prestação) e pelo princípio da indisponibilidade do interesse público (que resulta em restrições não existentes no exercício de atividades privadas). (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p. 705).

No entanto, atualmente não se exige mais que os três requisitos estejam preenchidos para se caracterizar uma atividade como serviço público. Basta a presença de apenas um deles ou de dois conjuntamente.

Basta pensarmos nas modalidades de delegação de serviços públicos a particulares (desatendem ao critério subjetivo) ou lembrarmos que há serviços não essenciais, como as loterias, que são prestadas pelo Estado sob o regime jurídico de direito público (desatendem ao critério material). Ainda, há serviços essenciais que podem ser prestados como serviço privado, ou seja, podem ser prestados por particulares sob regime jurídico de direito privado, a exemplo dos serviços privados de educação e saúde. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p. 705).

Objetivando uma definição restrita de serviço público os administrativistas defensores da corrente formalista – majoritária no ordenamento jurídico brasileiro – recorrem a um elemento material consubstanciado na natureza da atividade, ou seja, esta deve proporcionar uma utilidade ou comodidade a coletividade. Não se considera a importância da atividade e sim sua utilidade para a população em geral. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014)

Desta forma, não se considera como serviço público a atividade jurisdicional, legislativa e política, de fomento em geral (de dar algo), que imponham sanções, condições, proibições ou quaisquer outras restrições, como polícia administrativa e intervenção na propriedade privada e obras públicas. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014).

3 Neste mesmo sentido pensa Hely Lopes Meirelles e Maria Silvia Zanella Di Pietro.

Pelo exposto, conclui-se que serviço público é toda atividade que proporciona uma utilidade ou comodidade ao cidadão individualmente, prestada pelo Estado, de forma direta ou indireta, sob o regime de direito público.

2. 2. REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO

Viu-se no conceito de serviço público abordado no tópico acima que uma das características do serviço público é ser ele prestado sob o regime de direito público. Daí a fundamental importância de se abordar, no presente trabalho, o referido regime.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que “*o regime de direito público é aplicável aos órgãos e entidades que compõem a administração pública e à atuação dos agentes administrativos em geral*”. (2014, p.10).

Baseia-se na ideia de existência de poderes especiais passíveis de serem exercidos pela administração pública, contrabalançados pela imposição de restrições especiais à atuação dessa mesma administração pública, não existentes – nem os poderes nem as restrições – nas relações típicas do direito privado. Essas prerrogativas e limitações traduzem-se, respectivamente, nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p.10)⁴.

Fernanda Marinela (2007) assevera que, no regime jurídico de direito público, Celso Antônio Bandeira de Melo elege como princípios fundamentais a serem observados, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o da indisponibilidade do interesse público. Vários outros princípios desdobram-se destes princípios fundamentais.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado preconiza que havendo choque de interesses prevalecerá o interesse público sobre o interesse privado e, também, em decorrência deste princípio a administração pública é investida de prerrogativas ou poderes especiais, ou seja, estabelece uma relação de

4 Neste mesmo sentido se posiciona Maria Sílvia Zanella Di Pietro.

verticalidade com os particulares. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014).

Referidas prerrogativas são garantidas ao Estado para que cumpram os preceitos constitucionais e as leis.

“As prerrogativas que o ordenamento jurídico confere ao Estado, então, que são típicas de direito público, justificam-se tão somente na estrita medida em que são necessárias para que o Estado logre atingir os fins que lhe são impostos por esse mesmo ordenamento jurídico” (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p. 10).

Fernanda Marinela afirma que *“em razão desse interesse público a Administração terá posição privilegiada em face de terceiros, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares”*.(Fernanda Marinela, 2007, p. 24)

Apesar de não se encontrar expresso o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado na Carta Maior, ele se mostra presente em várias ocasiões, como no exercício do poder polícia, cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, nas hipóteses de intervenção na propriedade privada, na presunção de legitimidade e autoexecutoriedade dos atos administrativos, etc. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014).

Por sua vez, o princípio da indisponibilidade do interesse público defende que a administração pública não pode dispor do interesse público. Sendo assim, só pode atuar quando houver lei que autorize ou determine.

Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a administração somente pode atuar quando houver lei que autorize ou determine sua atuação, e nos limites estipulados por essa lei. Não existe, a rigor, a ideia de “vontade autônoma” da administração, mas sim de “vontade” da lei, que é o instrumento que legitimamente traduz a “vontade geral”, vontade do povo, manifestada pelos seus representantes no Poder Legislativo. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p.11).

Fernanda Marinela assevera que *“os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para gestão, nunca para disposição. O administrador tem o dever de guarda, aprimoramento e conservação, lembrando-se de que a atividade administrativa é um munus público”*(Fernanda Marinela, 2007, p. 25).

Exemplos de aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público é a necessidade de realizar concurso, licitação, a motivação dos atos administrativos e as restrições à alienação de bens públicos, etc. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014)

Ademais, o art. 37, da Constituição Federal, estabelece expressamente princípios que devem ser obedecidos pela administração pública direta e indireta, a seguir elencados: Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além desses, o poder público deve respeitar outros.

Relevante dizer que a Constituição Federal prevê, expressamente, que o Poder Público deve prestar serviços públicos, de forma direta ou indireta. Assim, dispõe referido artigo *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”* (CF, art. 175).

Como o presente estudo trata da prestação de serviços públicos, destacaremos o princípio da continuidade, modicidade e o da eficiência.

Em decorrência do princípio da continuidade, os serviços públicos devem ser prestados sem interrupção com regularidade na frequência e horário, devido a sua relevância para a sociedade, exceto nos casos previstos em lei. Referido princípio encontra-se expresso no art. 22, do Código de Defesa do Consumidor.

“Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais contínuos”. (CDC, art. 22).

Existia uma polêmica quanto a possibilidade de um serviço público essencial ser interrompido por falta de pagamento do usuário. Atualmente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser possível ocorrer a interrupção do serviço essencial por inadimplemento do usuário, desde que haja aviso prévio. Assim, entendeu no REsp nº 363.943/MG.

Pelo princípio da eficiência o Estado deve prestar os serviços da melhor maneira possível. É buscar os melhores resultados com o menor gasto financeiro. Deve atender à eficiência dos serviços públicos, independente de quem os execute, a administração direta ou indireta, a fim de garantir direito fundamental, previsto no art. 37, da Constituição Federal.

Afirma Diogenes Gasparini acerca deste princípio “*Deve-se, ainda, buscar o máximo de resultado com um mínimo de investimentos, barateando a sua prestação e, por conseguinte, o custo para os usuários*”. (Diogenes Gasparini, 2012, p. 357-358).

“A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada”. (Fernanda Marinela, 2007, p.44).

Por fim, o princípio da modicidade defende a ideia de que os serviços remunerados por taxa ou tarifa devem ter valores não exorbitantes.

A doutrina ainda elenca outros princípios como da universalidade, transparência, motivação, controle, atualização, adaptabilidade e cortesia.

Ainda mais, a defesa do consumidor é um dos princípios da atividade econômica, conforme preceitua o art. 170, V, da Carta Maior.

2. 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Prima facie, importante dizer que, no presente trabalho, mostra-se relevante abordar a responsabilidade civil do Estado, visto que, na prestação de serviços públicos, as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, conforme preleciona o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014) a responsabilidade civil do Estado evoluiu passando por várias fases: irresponsabilidade civil do Estado, responsabilidade com culpa civil comum no Estado que se desdobra na teoria da culpa administrativa, na teoria do risco administrativo e na teoria do risco integral.

Referido autor assevera que a teoria da irresponsabilidade objetiva vigorou na época em que o Estado era regido por regimes absolutistas, no qual o Estado era visto como o próprio monarca, que não cometia erros e, por consequência, não podia ser responsabilizado. Os atos do rei não eram considerados como lesivos. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014)

“Os agentes públicos, como representantes do próprio rei, não poderiam, ser responsabilizados por seus atos, ou melhor, seus atos, na qualidade de atos do rei, não poderiam ser considerados lesivos aos súditos”. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p. 804)

Por seu turno, a teoria da responsabilidade com culpa civil comum do Estado, influenciada pelo liberalismo, asseverou que a responsabilidade resta configurada quando os agentes públicos tiverem concorrido com dolo ou culpa, elementos que devem ser comprovados pelo particular. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014)

No que diz respeito a teoria da culpa administrativa está prelecionada que a obrigação de indenizar existe em decorrência da falta do serviço por culpa administrativa ou culpa anônima. Referida falta de serviço consubstancia-se na inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. O particular que sofre o dano tem a obrigação de prová-la para ter direito à indenização. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014).

A tese subjacente é que somente o dano decorrente de irregularidade na execução da atividade ensejaria indenização ao particular, ou seja, exige-se também uma espécie de culpa, mas não culpa subjetiva do agente, e sim uma culpa especial da Administração à qual convencionou-se chamar culpa administrativa ou culpa anônima. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014 p. 805)

A culpa administrativa pode decorrer de uma das três formas possíveis de falta de serviço: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Cabe sempre ao particular prejudicado pela falta comprovar sua ocorrência para fazer jus à indenização. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p. 805)

Por sua vez, a teoria do risco administrativo disciplina que não se faz necessário a existência de falta de serviço ou de culpa do agente público para se configurar a responsabilidade do Estado em indenizar o particular lesado. Apenas deve haver o fato, o dano e o nexo de causalidade entre eles e o particular não tenha contribuído para a ocorrência do fato. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014)

Segundo referida teoria o particular que sofre o dano não precisa comprovar a culpa do Estado ou do agente público. O ônus da prova é do Estado que pode alegar alguma excludente de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Caso haja culpa recíproca a obrigação de indenizar será fixada proporcionalmente. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014)

Por fim, a teoria do risco integral defende não ser possível alegar excludentes de responsabilidade. A obrigação de indenizar nasce com a simples ocorrência do evento danoso e o nexo causal. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014)

O nosso ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria do risco administrativo, ou seja, da responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6^a, da Constituição Federal, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (art. 37, § 6^o, da CF).

Vê-se que referido artigo 37, § 6^o, da Carta Maior estendeu a incidência da responsabilidade objetiva não só sobre as pessoas jurídicas de direito público, como também sobre as de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Observa-se que a responsabilidade objetiva reconhece a desigualdade jurídica existente entre o particular e o Estado, decorrente das prerrogativas de direito público a este inerente, prerrogativas estas que, por visarem à tutela do interesse da coletividade, sempre assegurarão a prevalência jurídica destes interesses ante os do particular. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p. 808)

Seria, portanto, injusto que aqueles que sofrem danos patrimoniais ou morais decorrentes da atividade da Administração precisassem comprovar a existência de culpa da Administração ou de seus agentes para que vissem assegurado seu direito à reparação. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, 2014, p. 808)

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁵ analisando o campo de abrangência de referido dispositivo afirmou:

(...) Ele se aplica a todas as pessoas jurídicas de direito público, o que inclui a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas de direito público, independente de suas atividades. Alcança, também todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, e também as pessoas privadas delegatárias de serviços públicos, não integrantes da Administração Pública (as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos). Não inclui as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Estas respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros da mesma forma que respondem as demais pessoas privadas, regidas pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial. (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, 2014, p. 808-809)

5 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado, 15^a ed. op, cit, p. 549.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que *“está pacificado que a responsabilidade civil objetiva (CF, art. 37, § 6º) das prestadoras de serviço público abrange os danos causados aos usuários do serviço e também a terceiros não usuários do serviço público”*. (2014, p. 810).

Depreende-se da análise do art. 37, § 6º, do Diploma Maior que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem independentemente de terem agido com culpa ou dolo. A culpa do Estado é presumida, invertendo-se o ônus da prova.

Também se entende que o dispositivo em questão não abarca os danos provenientes de omissão da Administração Pública. Neste caso, a responsabilidade vai se basear na teoria da culpa administrativa, ou seja, na responsabilidade civil subjetiva na qual faz necessário apenas provar a falta do serviço e o nexo causal entre o dano e a omissão. Assim, a responsabilidade civil objetiva do Estado prevista no art. 37, § 6º, da CF ocorre nas hipóteses de conduta comissiva de seus agentes.

Após traçada a evolução histórica da Responsabilidade Civil do Estado em indenizar o particular por ato lesivo provocado por seus agentes públicos, abordando a teoria adotada do risco administrativo adotada pelo ordenamento jurídico cabe agora definir o conceito de responsabilidade civil do Estado dado pelos doutrinadores.

Diogenes Gasparini definiu a responsabilidade civil do Estado *“como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável”*. (2012, p. 1123)

No âmbito do direito público, a responsabilidade civil da administração Pública evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causarem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, pois, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais, e com tal reparação se exaure. (Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, 2014, p. 804)

Afirma Odete Medauar que *“a responsabilidade civil do Estado diz respeito à obrigação a este imposta de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões – por exemplo: atropelamento por veículo oficial, queda em um buraco na rua, morte em prisão”*. (2012, p. 401).

Assim, abordou-se a evolução da responsabilidade civil do Estado, o seu conceito, bem como se entendeu que sua aplicação no serviço público brasileiro é objetiva.

3. A RELAÇÃO DE CONSUMO

Para fins de analisar o alcance da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às prestações de serviços públicos, faz-se necessário identificar a relação jurídica de consumo.

Considerando que referida relação existe quando se mostra presente as partes envolvidas e o bem sobre o qual recaí o interesse dessas.

Desta maneira, necessário observar a existência ou não dos elementos que caracterizam a relação jurídica de consumo: fornecedor, consumidor, produto ou serviço.

3. 1. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor em seu art. 2º, *caput*, define como consumidor *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*.

Da análise de consumidor definida acima, verifica-se que se considera consumidor tanto aquele que adquire o produto ou serviço, como aquele que utiliza o produto ou serviço como destinatário final. Também se depreende que a relação de consumo não fica condicionada à existência de contrato ou negócio jurídico.

De acordo com Elaine Cardoso de Matos Morais (2008) em nenhum momento a legislação consumerista estabelece estar a relação de consumo condicionada à existência de contrato ou qualquer outro negócio jurídico. Como averba Nelson Nery Júnior, o CDC não trata de “contrato de consumo”, “ato de consumo” ou “negócio jurídico de consumo”, mas sim, de relação de consumo, cujos elementos são identificados da seguinte forma: “a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço como destinatário final”. (2008, apud, 1995)

Desta forma, aquele que ganha determinado produto e o utiliza é considerado consumidor independente de ter participado da compra do referido produto, bem como o que usufrui de um serviço, ainda que não o tenha contratado ou negociado.

Como se vê, há necessidade de interpretar o termo “destinatário final”. A doutrina diverge quanto ao seu significado, o que se pode verificar através da existência de três correntes doutrinárias: a teoria finalista ou minimalista, a maximalista e a finalista

aprofundada.

A teoria finalista apresenta uma interpretação restritiva do consumidor levando em consideração a destinação fática e econômica do bem. Desta forma, não considera consumidor aquele que adquire o bem para revender ou para uso profissional, ou seja, que o insere, novamente, na cadeia produtiva. Afirma Cláudia Lima Marques (2010, p. 106) “*Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família*”.

Cláudia Lima Marques assevera (2010, p. 105) “*Destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (Endverbraucher), aquele que coloca um fim na cadeia de produção e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir na cadeia de serviço*”. Trata-se de um conceito *stricto sensu* de consumidor.

Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço de produção seria incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço. Parece-me que destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquiri-lo* ou *simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção. (Cláudia Lima Marques, 2011, p. 105-106).

Relevante dizer que a teoria finalista evoluiu para uma posição mais branda considerando a vulnerabilidade, ou seja, a proteção do mais fraco da relação consumerista.

Merece registrar que os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora do seu campo de especialidade, interpretar o art. 2º, de acordo com o fim da norma, isto é, a proteção ao mais fraco da relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC, analogicamente, também a esses profissionais. (Cláudia Lima Marques, 2011, p. 106).

Por sua vez, a teoria Maximalista possui uma interpretação mais ampla do

consumidor, considerando apenas a destinação fática do bem, não importando se o produto ou serviço será reutilizado na cadeia produtiva.

A definição do art. 2º, deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado, quando adquire canetas para uso das repartições, e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família. (Cláudia Lima Marques, 2011, p. 106).

Por fim, a interpretação finalista aprofundada busca aplicar o conceito de consumidor defendido pela teoria finalista alicerçado no entendimento de que o consumidor é o destinatário fático e econômico, que encerra a cadeia de produção, com o conceito de vulnerabilidade, disposto no art. 4º, inciso I, da Lei 8.078/90.

“(…) desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova entre a jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endverbraucher) e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar finalismo aprofundado. Observando-se o conjunto de decisões de 2003, 2004 e 2005, parece-me que o STJ apresenta-se efetivamente mais “finalista” e executando uma interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém mais finalista e objetiva quanto a atividade ou o papel do fornecedor. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto; de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma mais diferenciada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Assim, por exemplo, um automóvel pode servir para prestar os serviços da pequena empresa, comprando ou em *leasing*, mas também é o automóvel privado do consumidor. Ou, de forma semelhante ao caso francês do sistema de alarme, uma empresa de alimentos contrata serviços de informática, que não serão usados em sua linha de “produção” a não ser indiretamente, e a jurisprudência tende a considerar estes usuários mistos, ou consumidores finais diretos, como consumidores, uma vez que a interpretação da dúvida sobre a destinação final e sobre sua caracterização é resolvida, de acordo com os arts. 4º, I e 47 do próprio CDC, a favor do consumidor. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. (Cláudia Lima Marques, 2011, p. 107).

Como afirma Cláudia Lima Marques (2010), a jurisprudência do Superior Tribunal

de Justiça tem adotado em suas decisões a teoria finalista aprofundada ao considerar no caso concreto os preceitos defendidos pela teoria finalista, concomitantemente a aplicação do princípio da vulnerabilidade que merece ser protegido.

O STJ superou a discussão acerca do alcance da expressão “destinatário final” constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria finalista como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito do consumidor, admitindo, entretanto, certo abrandamento dessa teoria quando se verificar uma vulnerabilidade no caso concreto: análise da vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. chamamos esta aplicação de *Teoria Finalista Mitigada* ou *Finalista Aprofundada*. (Leonardo Medeiros Garcia, 2011, p. 18).

Relevante mencionar que, além da figura do consumidor *standart*, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor apresenta um conceito de consumidor por equiparação, nos artigos 17, 29 e parágrafo único do art. 2º.

O art. 17, do CDC, dispõem que todas as vítimas de um acidente de consumo equiparam-se aos consumidores, ainda que não tenham adquirido o produto ou serviço como destinatário final. Também o art. 29, do referido diploma legal, estabelece que equiparam-se aos consumidores as pessoas expostas a práticas comerciais ou contratuais abusivas, determináveis ou não. E o parágrafo único, do art. 2º, equipara a consumidor a coletividade de pessoas que tenha intervindo na relação de consumo, mesmo que não seja determinada.

Após analisar o conceito de consumidor, remanescer a necessidade de esboçar o conceito de fornecedor de produtos ou serviços e sobre o bem que incidi o interesse daquele.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabelece o conceito de fornecedor, bem como o de produto e serviço, conforme seguem abaixo:

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

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

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (CDC, art. 3º).

Vê-se que o legislador elencou a pessoa jurídica de direito publico como um

fornecedor de produtos ou serviços, bem como excluiu do campo de aplicação do CDC às relações civis travadas entre consumidores, não profissionais, uma vez que indica a presença da habitualidade no desenvolvimento das atividades elencadas no conceito de fornecedor.

A definição do art. 3º é ampla. Quanto ao fornecedor de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis, às quais se aplica o CC/2002. A exclusão parece-me correta, pois o CDC, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores. (Cláudia Lima Marques, 2011, p. 156).

De acordo com Elaine Cardoso de Matos Novaes (2008) o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não afastou sua aplicação sobre serviços públicos, sejam eles prestados, de forma direta ou indireta, ao proceder a inclusão das pessoas jurídicas de direito público no rol dos fornecedores.

O CDC, no art. 3º, como dito, inclui no rol dos fornecedores a pessoa jurídica pública (e, claro, por via de consequência, todos aqueles que em nome dela – direta ou indiretamente – prestam serviços públicos), bem como ao definir “serviço” no § 2º do mesmo artigo, dispôs que é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, executando apenas os serviços sem remuneração ou custo e os decorrentes das relações de caráter trabalhista. (Rizzatto Nunes, 2011, p. 147).

Ainda concluiu referida autora que, não obstante, as pessoas jurídicas de direito público não estivessem incluídas no rol dos fornecedores, os serviços públicos permaneceriam sofrendo a incidência da legislação consumerista, desde que preenchidos os demais requisitos, tendo em vista referidos serviços serem prestados tanto por pessoas jurídicas de direito público, como por pessoas jurídicas de direito privado.

Assume a posição de protagonista da relação consumerista todo aquele que coloca no mercado de consumo produtos e serviços à disposição do consumidor, podendo ser pessoa física ou jurídica, ente público ou privado, nacional ou estrangeiro e até ente despersonalizado. Interessa aqui a ideia de quem fornece o produto ou serviço na ordem econômica capitalista. (Elaine Cardoso, p. 115).

No que diz respeito ao conceito de serviço estabelecido pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Cláudia Lima Marques (2010) assevera que há uma interpretação mais aberta por não indicar a necessidade do fornecedor ser um profissional, apenas apontar que a atividade seja prestada de forma habitual. Verifica-se que a intenção do legislador foi abranger o campo de aplicação da legislação consumerista a grande parcela de prestadores de serviços.

Além disso, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabelece a remuneração como requisito essencial para caracterizar serviço público.

A única exceção admitida corresponde à hipótese de o serviço ser prestado sem solicitação, razão pela qual equivale à amostra grátis, inexistindo a obrigação de pagamento, ex vi do disposto no art. 39, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90. (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p. 128)

Elaine Cardoso de Matos Novaes diz que Cláudia Lima Marques chega a asseverar que a *“remuneração do serviço é o único elemento caracterizador, e não a profissionalidade de quem o presta, deixando clara a indispensabilidade desse requisito”*. (Elaine de Cardoso de Matos Novaes, 2008, p.128).

Com isso, verifica-se que a prestação de serviço público pode se enquadrar em uma relação de consumo para fins de aplicação do CDC.

4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CDC AO SERVIÇO PÚBLICO

Neste tópico analisar-se-á a possibilidade de aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao serviço público, bem como as hipóteses de sua incidência.

4.1. APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O legislador ordinário brasileiro contemplou a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos em razão de vários dispositivos expressos da legislação consumerista fazer referência neste sentido: o art. 3º, 4º, VII, 6º, X e 22.

A política Nacional das Relações de Consumo estabelece como um dos seus princípios a racionalização e a melhoria dos serviços públicos (art. 4º, VII). O art. 6º, inciso X, da legislação consumerista elenca dentre os direitos básicos dos consumidores, o de receber adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

O art. 3º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor elege a pessoa jurídica de direito público (entes da federação, autarquias, fundações e associações públicas), bem como as pessoas jurídicas de direito privado (concessionárias e permissionárias), como possíveis fornecedoras na prestação de serviços públicos.

o art. 3º do Código do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/90, de 11-9-1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor), estabelece que fornecedor é “toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Vê-se que a Administração Pública, em qualquer de suas manifestações (federal, estadual, distrital, municipal), sempre que, em razão de seu comportamento, puder ser havida como fornecedor, subsume-se integralmente às disposições desse Código. Assim é se o Município, por exemplo, for o prestador dos serviços de transporte de passageiros ou o executor dos serviços de captação, tratamento e distribuição de água domiciliar ou o explorador dos serviços funerários. Nesse aspecto, a Administração Pública equipara-se ao fornecedor particular. (Diogenes gasparini, 2012, p.367)

Também o artigo 22, do mesmo diploma legal, obriga aos órgãos ou quem lhes faça as vezes a prestar serviços públicos adequados, eficientes, seguros e contínuos. Podendo serem responsabilizados e obrigados a cumprir, em caso de descumprimentos. Vejamos:

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias ou

permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código (art. 22, CDC)

Ademais o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões e Permissões dos Serviços Públicos) dispõe que os usuários têm direito a receber serviço adequado, não lhe podendo ser negado ou interrompida a prestação, quando cumpridas todas as exigências.

Assim, a obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes e seguros não é somente dos órgãos públicos, mas estende-se as concessionárias e permissionárias. Podendo ser responsabilizadas, caso não cumram com suas obrigações.

Neste sentido, o art. 59, § 1º, da Lei nº 8.078/90 estabelece aplicação da pena de cassação da concessão à concessionária de serviço público quando esta violar obrigação legal ou contratual. Como se percebe as concessionárias de serviço público estão sujeitas aos preceitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, conclui-se que a legislação consumerista mostra-se aplicável às prestações de serviços públicos. O que se indaga e será desenvolvido no tópico seguinte, bem como tem gerado posições divergentes, é acerca da abrangência de sua aplicação a todos os serviços públicos ou não. Quais as atividades podem sofrer a incidência do CDC? O que seria serviço público para fins de proteção do consumidor.

4. 2. POSIÇÃO DOUTRINÁRICA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DA APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Partindo do princípio que a prestação de serviço público consubstancia-se em relação de consumo, necessário identificar agora em que medida ocorre a incidência das normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Far-se-á esta busca na doutrina e jurisprudência, uma vez que a legislação consumerista não discrimina quais os serviços públicos alcançados pela sua proteção.

Viu-se em tópico anterior que a remuneração é elemento caracterizador do serviço. Por consequência, alguns doutrinadores defendem a ideia de que referida remuneração

possa ser direta ou indireta. Surgindo a polêmica da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor quanto a necessidade do serviço público ser remunerado diretamente (tarifa ou preço público e taxa) ou indiretamente (impostos).

Há posição doutrinária no sentido de contemplar a aplicação do CDC a todos os serviços públicos por entender que o serviço é remunerado quando o consumidor – usuário paga pelo serviço especificamente prestado e, também, se o pagamento ocorre por outros recursos passados ao Estado pelo cidadão por meio de outros tributos. (Elaine Cardo de Matos Novais, 2008).

De acordo com referida posição doutrinária a legislação consumerista seria aplicável a todos os serviços públicos, independente da remuneração ser direta ou indireta. (Elaine Cardo de Matos Novais, 2008).

Para Rizzato Nunes todos os serviços públicos estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, excetuando-se apenas aqueles que não possuem uma remuneração efetiva e aqueles de caráter trabalhista. (Elaine Cardo de Matos Novais, 2008)

Adotando o pensamento em foco e acatando a incidência da Lei 8.078/90 a todos os serviços públicos, Luiz Antônio Rizzato Nunes acredita que ficam compreendidos na regulamentação consumerista todos os serviços públicos, sem ressalvas. Isso porque as únicas exceções previstas na lei para excluir a abrangência de serviço pelo CDC foram os serviços prestados na ausência de qualquer remuneração ou custo, e os serviços de caráter trabalhista. (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p.144)

A respeito da gratuidade de alguns serviços públicos e a incidência do CDC, argumenta o autor referido que o fato de o serviço público não ser pago diretamente ou sequer ser cobrado não retira a abrangência do CDC: *“Nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantidos e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação de tributos”*. Logo, sustenta que os serviços públicos, mesmo não havendo cobrança por sua prestação, caracterizam como serviços típicos da relação de consumo, pois acabam sendo custeados por outras receitas estatais arrecadadas do cidadão – consumidor. (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p.144)

Elaine Cardoso de Matos Novaes (2008) assevera que Rodrigo Priolli de Oliveira Filho segue o mesmo entendimento por não conseguir dá uma interpretação restititiva no que se refere a aplicação do CDC aos serviços públicos.

Segundo o autor, a Lei nº 8.078/90 não faz nenhuma distinção entre serviços

públicos, de modo que a concepção administrativista dessa atividade estatal deve ser afastada com o intuito de conferir maior abrangência possível ao CDC, dada a sua importância como ferramenta apta a gerar a cidadania. Logo, os serviços públicos próprios e impróprios ensejam relação de consumo, autorizando a incidência do Código (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p.144).

Afirma ainda, que a lei de proteção ao consumidor retira de seu raio de incidência apenas as relações trabalhistas, e impõe ao Estado o dever de prestar serviços públicos adequados, eficientes, seguros e contínuos. Por essa razão conclui que, quando o cidadão pleiteia judicialmente a qualidade do serviço público, ele não pode ser submetido a uma discussão doutrinária sobre o serviço demandado para dizer se ele é consumidor ou se é contribuinte, devendo ser alcançado pelas previsões do CDC (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p.144).

Por sua vez, há doutrinadores que consideram serviços públicos aptos a sofrerem a incidência do CDC, apenas os que possuem uma contraprestação direta específica (taxa ou tarifa), como no serviço de telefonia, energia elétrica., água. Excluindo-se todos os serviços custeados pela arrecadação de tributos em geral, como a saúde, educação e segurança pública (Elaine Cardoso, 2008).

Incluem-se na categoria dos serviços remunerados indiretamente os serviços *uti universi*, “os quais proporcionam utilidades à população em geral, sem beneficiários determinados, a exemplo da saúde pública” (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p. 155).

“(…) ao prestar serviços públicos remunerados indiretamente, como a segurança pública, o Estado desempenha papel de autoridade, no exercício de suas atividades-fim, objetivando o bem-estar da população e principalmente a garantia da ordem na Nação. Já quando presta serviços de saúde e educação, não se pode dizer que o Estado atue como autoridade, mas sim, visando à melhoria da qualidade de vida da população e incrementando os direitos sociais que garantem a cidadania”.(Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p. 158).

Para a autora Elaine Cardoso de Matos Novaes não há relação de consumo quando o Estado presta serviços *uti universi*, seja exercendo sua atividade-fim ou garantido os direitos do cidadão.

Neste sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO-CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Hipótese de discussão do foro competente para processar e julgar ação indenizatória proposta contra o Estado, em face de morte causada por prestação de serviços médicos em hospital público, sob a alegação de existência de relação de consumo. 2. **O conceito de "serviço" previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração,**

necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC). 3. Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF). 4. Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade da incidência das regras de competência contidas na legislação específica. 5. Recurso especial desprovido

(STJ – REsp: 493181 SP 2002/0154199-9, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2005, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.02.2006 p. 431).

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUINTE DO IPTU – CONTRA-PRESTAÇÃO DO ESTADO AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – CONCEITOS DE CONTRIBUINTE E CONSUMIDOR – EQUIPARAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE IN CASU. **1. Os impostos, diversamente das taxas, têm como nota característica sua desvinculação a qualquer atividade estatal específica em benefício do contribuinte.** 2. Consectariamente, o Estado não pode ser coagido à realização de serviços públicos, como contraprestação ao pagamento de impostos, quer em virtude da natureza desta espécie tributária, quer em função da autonomia municipal, constitucionalmente outorgada, no que se refere à destinação das verbas públicas. **3. A relação de consumo não guarda semelhança com a relação tributária, ao revés, dela se distancia, pela constante supremacia do interesse coletivo, nem sempre encontradiço nas relações de consumo.** 4. **O Estado no exercício do jus imperi que encerra o Poder Tributário subsume-se às normas de Direito Público, constitucionais, complementares e até ordinárias, mas de feição jurídica diversa da do Código de Defesa do Consumidor.** Sob esse ângulo, o CTN é lex specialis e derroga a lex generalis que é o CDC. 5. Recurso Especial desprovido

(STJ – REsp: 478958 PR 2002/0109326-8, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/06/2003, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.08.2003 p. 237REVJMG vol. 165 p. 446RJADCOAS vol. 49 p. 105)

Segue abaixo o posicionamento de outros autores:

Regina Helena Costa, comentando sobre a tributação e o consumo, enuncia ser a exigência de remuneração específica pela prestação de determinado serviço público o fator capaz de sujeitar tal serviço à disciplina legal das relações de consumo. E, segundo a autora, a única hipótese em que se dá a remuneração pela prestação de serviços públicos, específicos e divisíveis acontece com o pagamento de taxa. (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p.145-146).

Elaine Cardo de Matos Novaes (2008) afirma que a posição da autora Regina Helena Costa é especial por considerar apenas como retribuição do serviço público a taxa, pois entende ser a tarifa um desvirtuamento, por acreditar que sua instituição é submeter a remuneração pela prestação de um serviço público a regras de direito privado.

Ainda que tenha essa peculiaridade, referida autora acredita ser necessário uma contraprestação direta pelo serviço público prestado para que haja aplicação da legislação consumerista. (Elaine Cardo de Matos Novais, 2008)

Para ela, serviços públicos específicos e divisíveis, que ensejam a exigência de remuneração específica, sujeitam-se à disciplina do CDC. Ao contrário, os serviços gerais, como segurança pública, por não comportarem tal remuneração, não se subsumem ao regime jurídico das relações de consumo. (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p.146).

Existem doutrinadores que elegem, também, a natureza do serviço público prestado, como elemento caracterizador para fins de aplicação do CDC.

Elaine Cardo de Matos Novaes (2008) afirma que Adalberto Pasqualotto aceita que o CDC apenas discipline os serviços públicos prestados individualmente, mediante remuneração específica.

“Destarte, considera que os serviços públicos próprios ou *uti universi*, prestados pelo Estado no uso de seu poder de império e que são mantidos pelos tributos gerais, como serviços de segurança, preservação da saúde e iluminação públicas, não são abrangidos pelo CDC, haja vista faltar-lhes requisito da remuneração específica. Em contrapartida, os serviços impróprios, “*prestados diretamente ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão, estão sob a tutela do CDC porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas*” (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p.146-147).

Maria Antonieta Zarnado Donato segue esta mesma linha, uma vez que assevera que a legislação consumerista aplica-se somente aos serviços públicos remunerados por tarifa ou taxa, não contemplando os serviços próprios do Estado (Elaine Cardo de Matos Novais, 2008).

Igualmente é o pensamento de Cláudia Lima Marques ao entender ser possível a aplicação do CDC a todos os serviços prestados singularmente, abarcando sua incidência aos remunerados com taxa. (Elaine Cardo de Matos Novais, 2008).

No entanto, segundo Elaine Cardoso de Matos Novaes (2008) Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes consideram que os serviços públicos remunerados por taxa não podem ser regidos pelo CDC, devido a relação tributária formada, no qual o cidadão não pode se desvincilhar. Ao contrário, quando ocorre o pagamento de tarifa ou preço público que se forma uma relação de consumo.

“(....) Consideram que todas as pessoas que se utilizam de serviços públicos remunerados por tarifa ou preço público sem dúvida alguma estão abrangidos pelas normas do CDC, seja quando esteja configurada uma hipótese de liberdade formal ou substancial”(2008, apud Cláudio Bonatto, Paulo Valério Dal Pai Moraes, 2001)

José Geraldo Brito Filomeno distingue as figuras de consumidor e contribuinte:

Defende que, havendo pagamento de tributos, tem origem uma relação regida pelo Direito Tributário, no desempenho de atividades precípuas do Estado. Por conseguinte, apenas as tarifas são inseridas no conceito de serviços delineado no CDC, significando a “remuneração paga pelo consumidor dos serviços públicos prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante regime de concessão ou permissão pela iniciativa privada: por exemplo, os serviços de transportes coletivos, de telefonia, energia elétrica, gás etc.” (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008, p.148).

O Superior Tribunal de Justiça já proferiu entendimento no sentido de considerar que os serviços públicos remunerados por tarifa se encontram subordinados ao Código de Defesa do Consumidor:

ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - PAGAMENTO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOB A MODALIDADE DE TARIFA - CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO: LEGALIDADE. 1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. **3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC**, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/96, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 6. Recurso especial improvido.

(STJ – REsp: 705203 SP 2004/0166429-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 11/10/2005, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/11/2005 p. 224).

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 211/STJ – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA ESTADUAL – FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS: SÚMULA 283/STF – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. 2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 3. Se a parte deixa de impugnar os fundamentos suficientes para manter o acórdão recorrido, o recurso especial não merece ser conhecido, dada a ausência de interesse recursal. **4. Tratando-se de serviços remunerados por tarifas ou preços públicos, as relações entre o Poder Público e os usuários são de Direito Privado, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ao identificarem-se os usuários como consumidores, na dicção do art. 2º do CDC.** 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido

(STJ – REsp: 914498 RJ 2006/0283506-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 07/05/2009, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2009).

Embora a taxa e tarifa remunerem a prestação de serviço específico e divisível. Elas não se confundem. A taxa é submetida a princípios tributários, fixada por lei e cobrada independente da vontade do indivíduo. Por sua vez a tarifa não se submete a princípios tributários, não é fixada por lei, decorre da vontade do indivíduo.

Neste sentido é a súmula 545, do Supremo Tribunal Federal: *“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”*.

Afirma Elaine Cardoso de Matos Novaes (2008) que, para se identificar uma relação de consumo não basta analisar o requisito da remuneração, ou seja, se é direta (taxa ou tarifa) ou indireta (impostos), faz-se imprescindível analisar quem o fornece e sob quais condições.

Para a citada autora a taxa não pode servir de remuneração apta a caracterizar a relação de consumo, pois sua cobrança enseja uma relação tributária em que o Estado assume uma posição de poder em prol da coletividade, faz uso de suas prerrogativas e privilégios decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Diferente posição que ocupa um fornecedor de serviços ou produtos comerciais ou industriais. O fornecedor privado não pode impor compulsoriamente a cobrança de serviços mediante lei.

Elaine Cardoso de Matos Novaes diz *“Seguindo a opinião ora abraçada, devem ser abrangidos pelo CDC os serviços tarifados fornecidos pelo ente estatal ao consumidor, já que nesses casos não há relação jurídico-tributária e o Estado não se reveste de autoridade Estatal”*.

Sobre o assunto o Superior Tribunal de Justiça adotou posição no sentido de

considerar que os serviços públicos remunerados por taxa devem ser regulamentados pelo Código Tributário Nacional e os serviços públicos remunerados por tarifas submetam-se as regras dispostas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL – PAGAMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO (ENERGIA ELÉTRICA), PRESTADO POR CONCESSIONÁRIA. **1. Os serviços públicos prestados pelo próprio Estado e remunerados por taxa devem ser regidos pelo CTN**, sendo nítido o caráter tributário da taxa. **2. Diferentemente, os serviços públicos prestados por empresas privadas e remuneradas por tarifas ou preço público regem-se pelas normas de Direito Privado e pelo CDC.** 3. Repetição de indébito de tarifas de energia elétrica pagas "a maior", cujo prazo prescricional segue o Código Civil (art. 177 do antigo diploma). 4. Recurso especial provido

(STJ – REsp: 463331 RO 2002/0110093-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 06/05/2004, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.08.2004 p. 178).

Elaine Cardoso (2008) afirma que as atividades comerciais e industriais prestadas pelo Estado direta ou indiretamente submetem-se completamente às disposições do Código de Defesa do Consumidor, cuja remuneração se dá através do pagamento de tarifa.

Acerca do tema segue trecho do voto da Relatora Ministra Eliana Calmon, exarado nos autos do Recurso Especial 705.203/SP:

Os serviços UTI UNIVERSI, também chamados de próprios, são remunerados por espécie tributária específica, a taxa, cujo pagamento é obrigatório, porque decorre da lei, independentemente da vontade do contribuinte. A espécie tem por escopo remunerar um serviço público específico e divisível, posto à disposição do contribuinte.

Esse serviço caracteriza-se pela obrigatoriedade, pois o contribuinte não tem opção, porque, mesmo que dele não se utilize, é obrigado a remunerá-lo, e pela continuidade, mesmo ocorrendo a inadimplência. **Trava-se, então, entre o contribuinte e o Poder Público, uma relação administrativo – tributária, solucionada pelas regras do Direito Administrativo.**

Com esses serviços não se confundem os UTI SINGULI ou impróprios, prestados pelo Estado via delegação, por parceria com entes da Administração descentralizada ou da iniciativa privada.

Diferente daqueles, esses serviços são remunerados por tarifas ou preços públicos, e as relações entre o Poder Público e os usuários são de Direito Privado, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ao identificarem-se os usuários como consumidores, na dicção do art. 3º do CDC.

A tarifa é, portanto, remuneração facultativa, oriunda de relação contratual na qual impera a manifestação da vontade, podendo o particular interromper o contrato quando assim desejar.

Assim não se há confundir taxa com tarifa ou preço público, como aliás advertido está na Súmula 545/STF. Se o serviço público é remunerado por taxa, não podem as partes cessar a prestação ou a contraprestação por conta própria, característica só pertinente à relações contratuais, na esfera do Direito Civil.

Verifica-se, portanto, que, a partir do sistema de remuneração, é que se define a

natureza jurídica da relação do serviço público prestado. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 705.203/SP-2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – Brasília-11.10.2005-DJ 07.11.2005, p.224.Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.Acesso em: 15..06.2014.

Pelo exposto, há relação jurídica de consumo entre o Estado fornecedor e o consumidor quando o primeiro estiver desenvolvendo serviços públicos remunerados por tarifa, e desde que o Estado esteja investido de Poder Estatal. (Elaine Cardoso, 2008).

Por fim, há autores que entendem não ser possível aplicar o CDC aos serviços públicos por acreditarem que a relação jurídica formada entre o prestador de um serviço público e seu usuário não pode se configurar em relação de consumo. Assim, é o pensamento de Antônio Carlos Cintra do Amaral. (Elaine Cardoso de Matos Novaes, 2008).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da grande importância dos serviços públicos para a coletividade, uma vez que estes buscam satisfazer às necessidades fundamentais dos indivíduos: saúde, a segurança pública, a energia, telefonia, educação e etc. Verificou-se a grande importância de se estudar o alcance da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às prestações de serviços públicos, como forma de proteger o consumidor, parte mais fraca da relação de consumo.

Desta forma, recorreu-se a conceitos trazidos do direito administrativo, uma vez que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor constitui um sistema jurídico multidisciplinar.

Assim, na busca em conceituar serviço público verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma concepção ampla e restrita. Entretanto, os doutrinadores têm utilizado mais o conceito restrito de serviço público.

A concepção ampla de serviço público abrange todas as atividades que o Estado exerce sob o regime de direito público, incluindo as obras públicas, políticas públicas, atividades econômicas, serviços jurisdicionais e legislativos, que são atividades desconsideradas em uma visão restrita de serviço público.

Ademais, os doutrinadores estabeleceram critérios para que a atividade fosse considerada como serviço público. São eles: o subjetivo, material e o formal, a serem observados cumulativamente. No entanto, atualmente não se exige mais o preenchimento dos três requisitos. Basta a presença de apenas um deles, ou dois.

Os defensores da corrente formalista (majoritária) concluíram que a atividade deve proporcionar uma utilidade ou comodidade a coletividade para ser considerada serviço público.

Emfim, serviço público é toda atividade que proporciona uma utilidade ou comodidade ao cidadão individualmente, prestada pelo Estado direta ou indiretamente, sob o regime de direito público.

Ao se abordar o regime de direito público, por ser elemento essencial a caracterizar serviço público, verifica-se que sob o manto deste regime, o Estado encontra-se no uso de poderes especiais exercidos a fim de cumprir a constituição e a lei, respeitando os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público.

O Estado ocupa posição privilegiada em face dos usuários do serviço público, com prerrogativas e obrigações não extensíveis aos particulares. Deve respeitar, além dos princípios expressos no art. 37, da Constituição Federal, os princípios intimamente ligados a prestação de serviços públicos, como o da continuidade, eficiência e modicidade.

No que se refere a responsabilidade civil do Estado, sua evolução histórica e desenvolvimento ao longo do tempo, constatou-se a existência das seguintes fases: irresponsabilidade civil do Estado, responsabilidade com culpa civil comum no Estado que se desdobra na teoria da culpa administrativa, na teoria do risco administrativo e na teoria do risco integral.

O nosso ordenamento jurídico adota a teoria do risco administrativo, ou seja, da responsabilidade objetiva disposta no art. 37, § 6º, da Carta Maior. Segundo está teoria o Estado responde independentemente de ter agido com dolo ou culpa. Basta haver o fato, o dano e o nexos causal entre eles. A culpa do Estado é presumida, invertendo-se o ônus da prova.

Da análise do art. 37, § 6º, verifica-se que podem ser responsabilizadas pelos atos de seus agentes nas prestações de serviços públicos tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as pessoas jurídicas de direito privado.

Objetivando analisar o alcance da aplicação da legislação consumerista às prestações de serviços públicos mostrou-se necessário analisar os elementos que caracterizam uma relação de consumo que são: o fornecedor, o consumidor e o produto ou serviço sobre o qual recai o interesse desse.

Dá análise do Consumidor definida pelo art. 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, considera-se consumidor tanto aquele que adquire o produto ou serviço, como aqueles que os utiliza como destinatário final.

Na busca de interpretar o termo “Destinatário Final” formou-se as seguintes correntes doutrinárias: a teoria finalista ou minimalista, a maximalista e a finalista aprofundada.

A teoria finalista apresenta uma visão restrita de consumidor, considerando a destinação fática e econômica do bem. Não considera consumidor aquele que adquire o bem para revender ou para uso profissional, ou seja, que o insere novamente na cadeia produtiva.

Por sua vez, a teoria maximalista possui uma interpretação mais ampla de consumidor, considerando apenas a destinação fática do bem, não importando se o produto será recolocado na cadeia produtiva.

Por fim, a teoria finalista aprofundada busca aplicar o conceito de consumidor definido pela teoria finalista com o conceito de vulnerabilidade. Está corrente é a que tem sido adotada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Além da figura do consumidor *standart*, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor apresenta um conceito de consumidor por equiparação, nos artigos 17, 29, e parágrafo único, do art. 2º.

O legislador inseriu a pessoa jurídica de direito público no rol dos fornecedores de produtos e serviços, não afastando, desta forma, a aplicação do código em comento sobre os serviços públicos, sejam eles prestados direta ou indiretamente.

Ademais, a legislação consumerista estabelece a remuneração como requisito essencial para caracterizar serviço público.

Pelo exposto, entende-se que a prestação de serviços públicos pode ser enquadrada em uma relação de consumo para fins de aplicação da legislação consumerista. Além disso, vários dos seus dispositivos fazem referência neste sentido: 3º, 4º, VII, 6º, X e 22. O que tem gerado posições divergentes é sobre quais serviços estariam regulados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A legislação consumerista não discrimina quais serviços públicos estariam abrangidos com sua proteção. Desta forma, buscou-se a resposta na doutrina e jurisprudência.

Partindo do princípio que a remuneração é elemento caracterizador de serviço público, há posição doutrinária no sentido de contemplar a aplicação do CDC a todos os serviços públicos, independente da remuneração ser direta (tarifa e taxa) ou indireta (impostos).

Por sua vez, existem doutrinadores que consideram serviços públicos aptos a sofrerem a incidência do CDC, apenas os que possuem uma contraprestação direta específica (taxa e tarifa), como nos serviços de telefonia, água e energia. Excluindo os serviços custeados pela arrecadação geral dos tributos (educação, saúde, segurança pública).

Outros autores elegem também a natureza do serviço como elemento caracterizador para fins de aplicação do CDC. Na visão deles, só seria aplicável a legislação consumerista aos serviços prestados singularmente.

Alguns doutrinadores entendem que os serviços remunerados por taxa não podem ser regidos pelo CDC, devido a relação tributária formada na qual o cidadão não pode se opor em que o Estado se encontra em posição de Poder Estatal. Ao contrário da tarifa ou preço público que se forma uma relação de consumo.

A taxa e tarifa não se confundem. Enquanto aquela é submetida a princípios tributários, fixada por lei e cobrada independente da vontade do indivíduo. Esta não se submete a princípios tributários, não é fixada por lei e decorre da vontade do indivíduo.

O superior Tribunal de Justiça já proferiu entendimento no sentido de considerar que os serviços remunerados por tarifa encontram-se subordinados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ao contrário dos serviços remunerados por taxa que devem ser regulamentados pelo Código Tributário Nacional.

Em face do exposto, conclui-se que para se identificar uma relação de consumo na prestação de serviços públicos com o fim de aplicar à legislação consumerista não basta analisar o requisito da remuneração, faz-se imprescindível verificar quem os fornece e quais circunstâncias.

REFERÊNCIAS

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

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**.16.ed. Rev. De acordo com a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. RDC – Lei 12.462/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 19.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2008.

NUNES, Rizatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor à Luz da Jurisprudência do STJ**. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2011.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e Relação de Consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 12.05.2014.

BRASIL, jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>> Acesso em: 12.05.2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, HELY LOPES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.