

O SERVIÇO PÚBLICO COMO ATIVIDADE ECONÔMICA E SUA INSERÇÃO NA TUTELA JURÍDICA DOS CONSUMIDORES

Fernando Costa de Azevedo

Mestrando em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC.

Sumário: Introdução. 1. Conceito jurídico de serviço público a partir da *hermenêutica constitucional*. 2. Serviços públicos, *funções públicas, monopólio e atividades econômicas em sentido estrito*: distinções. 3. Atividades econômicas consideradas serviços públicos na Constituição de 1988. 4. A relação jurídica entre prestadores (públicos ou privados) e os usuários de serviços públicos. 5. Delimitações importantes. 6. Tutela consumerista: aspectos gerais. 7. O Código de Defesa do Consumidor como norma reguladora das relações contratuais privadas. 8. O conceito de serviço no Código de Defesa do Consumidor. 9. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. 10. Serviços públicos e privatizações. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Neste trabalho, pretendemos atingir dois objetivos centrais. O primeiro, diz respeito ao rompimento com as conceituações e classificações tradicionais na doutrina de Direito Administrativo, acerca do que venha a ser *serviço público*. Na esteira da doutrina crítica sobre o tema, trabalharemos com a afirmação de que o conceito jurídico de serviço público deve rejeitar critérios *abstratos*, e se firmar na interpretação do texto constitucional, entendido este como um *sistema coerente de normas jurídicas*.

A Constituição, como *locus* do jurídico e do político, guardiã dos valores maiores pelos quais devem se orientar legisladores e aplicadores do Direito, é o único meio de se conhecer o conceito jurídico de serviço público, despido das eventuais tradições e comodismos doutrinários. Assim, através da *hermenêutica constitucional*, pretendemos mostrar que o conceito jurídico de serviço público é por demais restrito, se comparado aos conceitos tradicionais. Muitas atividades prestadas pelo Estado deixam de ser consideradas como serviço público, observando-se a interpretação constitucional.

Uma vez conhecido o conceito jurídico (constitucional) de serviço público, se faz necessário contextualizá-lo no *sistema normativo do Código de Defesa do Consumidor*. Este é, pois, o segundo objetivo que pretendemos atingir. A importância e o motivo da incidência da prestação de serviços públicos na tutela jurídica do CDC é, na verdade, uma consequência do conceito extraído da interpretação do texto constitucional.

Por fim, pretendemos analisar, nas limitações exigidas para esse trabalho, a redefinição do papel do Estado na prestação dos serviços públicos, através dos processos de privatização. O que vêm a ser as *privatizações* e quais as consequências jurídicas das mesmas para as atividades tidas como *serviços públicos*? Em que medida as privatizações influenciam na *efetividade* do Código de Defesa do Consumidor? Estas são algumas questões que pretendemos responder.

1. O conceito de serviço público a partir da hermenêutica constitucional

A busca de uma delimitação conceitual sobre serviços públicos sempre foi matéria das mais árduas para os doutrinadores. A verdade está, com toda certeza, no fato de que os serviços públicos variam conforme as contingências históricas da dada sociedade¹. Seguindo essa linha de pensamento, afirma Fernando Aguillar:

“Assim, a primeira grande dificuldade que os conceitos de serviço público oferecem é que neles há uma dupla defasagem histórica, ou, mais precisamente, tem havido uma dupla defasagem histórica, a primeira consistente na mutabilidade e pluralidade dos conceitos e, a segunda, na mutabilidade do objeto conceituado. Muda aquilo que é considerado serviço público ao longo do tempo e mudam os conceitos de serviço público ao longo do tempo”.²

Da leitura dos manuais de Direito Administrativo, constata-se, entretanto, que os autores estão ainda presos a critérios *abstratos* como *bem comum*, *necessidades essenciais da coletividade*, etc. São pois, idéias generalizadas, que expressam, muitas vezes, uma boa dose de tradição doutrinária, desacompanhada de

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 294.

² AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 114.

uma necessária crítica³.

Este erro é o responsável pela falta de um critério mais coerente com o Direito, visto como um *sistema* de normas jurídicas⁴. Assim, se o sistema – considerada a expressão de uma forma bem ampla – pode ser entendido como *o conjunto de partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência*⁵, como aceitar que o conceito jurídico de serviço público esteja baseado apenas nas lições de Direito Administrativo, apartadas da necessária análise *constitucional*?

A delimitação de um conceito jurídico de serviço público é, não só *relativa*, como deve estar absolutamente vinculada à *hermenêutica constitucional*, visto que “... a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico*”⁶.

Por mais lógico que possa parecer, é importante lembrar que existe uma distinção entre interpretar a Constituição *em relação a uma lei infraconstitucional* e interpretar o *próprio* texto constitucional⁷. No primeiro caso, e para este trabalho, privilegiamos o método de interpretação *conforme a constituição* (ou, como preferem alguns, *filtragem constitucional*)⁸. As normas jurídicas, em especial os princípios jurídicos, devem orientar o conteúdo das leis infraconstitucionais⁹.

³ *Idem*, p. 117.

⁴ Adotamos a expressão ‘normas jurídicas’ no sentido que lhes atribui Robert Alexy, qual seja, o de que existe a norma jurídica como gênero, da qual as *regras* e os *princípios jurídicos* são as espécies. (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp.80-1.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89.

⁶ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 215.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 474.

⁸ SCHIER, Paulo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 104. Este método interpretativo inspira-se por demais no pensamento de Konrad Hesse, para o qual a normatividade da Constituição deve ser preservada a qualquer custo, independentemente da influência dos *fatores reais de poder* (*Lassalle*), sendo fator determinante para esta tarefa a *vontade* ou *disposição* dos operadores do Direito (legisladores, juizes, etc.) direcionada para tal fim. (Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991).

⁹ A Constituição elenca uma série de atividades consideradas serviços públicos. É pacífica a idéia de que esse rol de serviços públicos não é exaustivo. No entanto, alguns autores sustentam que não é possível criar serviços públicos mediante lei ordinária, mas apenas por *emenda constitucional* (É o caso de AGUILLAR, Fernando Herren. *Op. cit.*, pp. 125-34). Outros, porém, aceitam a possibilidade da criação via lei ordinária. Não pretendemos omitir opinião a respeito. O que importa considerar, em ambos os casos, é a coerência da norma jurídica tendente a *qualificar* uma atividade como serviço público, com os valores da Constituição. Neste caso aplica-se, sem hesitações, o método da interpretação *conforme a Constituição*.

No segundo caso, trabalhamos com o método *lógico-sistemático* de interpretação, pelo qual uma norma jurídica não pode ser analisada, senão em vista do contexto em que está inserida¹⁰. Quanto ao conceito jurídico de serviço público, extraído *do* texto constitucional, importa a necessária análise desse segundo método hermenêutico.

Assim, a Constituição Federal regula a *prestação de serviços públicos* no art. 175, *caput* e parágrafo único¹¹. Através de uma interpretação *literal* da norma jurídica, podemos comprovar que: a) a *titularidade* da prestação dos serviços públicos pertence somente ao Estado; b) a *execução* dessa prestação pode ser *delegada* a particulares, escolhidos mediante processo de licitação pública, mediante contrato de concessão ou permissão.

A partir desses elementos, é possível pensar que já se tem um conceito jurídico de serviço público. No entanto, resta ainda um elemento de fundamental importância, que só poderá ser conhecido do intérprete caso este utilize o método lógico-sistemático.

Resta, pois, observar que a norma do art. 175 está disposta no interior do Título VII da Constituição, que dispõe sobre a *Ordem Econômica e Financeira*. Esse, por sua vez, acolhe o Capítulo I, o qual versa sobre os *princípios gerais da atividade econômica* (arts. 170- 181). Quando o intérprete volta sua atenção para este detalhe, contextualizando a norma jurídica no interior do *sistema*, descobre o elemento que faltava à compreensão do conceito: serviço público é *atividade econômica*¹².

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 405.

¹¹ Dispõe o art. 175, *caput* da CF: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. O parágrafo único apresenta os critérios que deverão ser abordados pela lei das concessões e permissões (Lei n. 8.987/95).

¹² A expressão ‘atividade econômica’ não encontra definição clara na doutrina jurídica. Para Eros Roberto Grau, ela está entre aquelas expressões onde a linguagem jurídica apresenta uma *textura aberta*. (Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 131). Ou seja: para o autor, a expressão apresenta, em si mesma, uma amplitude conceitual. Por isso, afirma que “... o ato de interpretação é praticado, como abaixo também observo, no nível do *contexto linguístico*” (*Idem*, p. 132). O contexto ao qual se refere o autor é, claramente, o texto constitucional. Daí sua atitude em indetificar os serviços públicos como *uma das espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo*. Os serviços públicos são atividades que, prestadas diretamente pelo Estado, ou sendo delegadas à iniciativa privada, visam alcançar dois objetivos bem específicos: o interesse público da comunidade (tais serviços são benefícios que se destinam aos cidadãos) e finalidades *lucrativas* a seus prestadores.

2. Serviços públicos, funções públicas, monopólio e atividade econômica em sentido estrito: distinções

A constatação de que o serviço público é *atividade econômica* ultrapassa, por demais, os antigos conceitos da doutrina tradicional de Direito Administrativo, arraigada a idéias *abstratas*, despidas de uma análise crítica, a qual só pode ser buscada, de forma segura, através da compreensão do Direito como *sistema*, precedida da *hermenêutica constitucional*.

Através dessa constatação, é necessário compreender que muitas atividades prestadas pelo Estado *não são serviços públicos*, em que pese a insistência da doutrina em classificá-las como tal. Assim, existem atividades que o Estado presta sem *exclusividade*, mas com *irrenunciabilidade*, como, p. ex., os serviços de saúde, educação, segurança pública, etc.

Segundo Paulo Modesto, tais atividades serão serviços públicos *apenas quando o Estado as prestar*¹³. A afirmação não está correta, pois estas atividades *não são serviços públicos*, devido a ausência da natureza *econômica* e da impossibilidade de *delegação* a particulares, mediante concessão (ou permissão)¹⁴. Tratam-se de *funções públicas* ou *funções irrenunciáveis do Estado*¹⁵. A irrenunciabilidade não se confunde, no entanto, com a *exclusividade*¹⁶.

Quando a prestação de uma atividade for *exclusiva* do Estado, também não há serviços públicos, mas *monopólio do Estado*. Espécie de atividade econômica, o *monopólio* também encontra definição no texto constitucional, sendo que apenas a União poderá exercê-lo¹⁷.

¹³ MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil, in: *Revista de Direito Administrativo* n. 210, 1997, p. 208.

¹⁴ A saúde, a educação e a segurança são, antes de mais nada, *direitos fundamentais de cunho social* (art. 6º da CF) e é *dever do Estado* garantir a sua efetivação. Essa garantia, no entanto, não significa que somente o Estado deve prestar as atividades direcionadas à satisfação desses direitos. Tanto é verdade, que a própria Constituição deixou clara a possibilidade da iniciativa privada prestar os serviços de saúde e educação (arts. 199 e 209). Esta prestação, no entanto, não estará submetida a contratos de concessão ou permissão, advindo daí, outra razão para a descaracterização dessas atividades como serviços públicos. Nunca é demais lembrar, porém, que o conceito de serviço público está diretamente vinculado ao teor da Constituição, o que lhe impregna de grande *relatividade*: muda a lei (Constituição), muda o conceito.

¹⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Op. cit.*, pp. 150-55

¹⁶ *Idem*, p. 151.

¹⁷ Dispõe o art. 177 da CF: “Constituem monopólio da União: I- a pesquisa de lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II- a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III- a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores”.

Por fim, os serviços públicos distinguem-se das *atividades econômicas em sentido estrito*. Conforme Eros Roberto Grau, estamos diante de duas espécies do gênero *atividade econômica*¹⁸. A Constituição regula a prestação estatal de atividade econômica *em sentido estrito* no art. 173¹⁹ que, por sua vez – e assim como ocorre nos serviços públicos e no monopólio da União –, está inserido no Título VII e Capítulo I daquela (o que não deixa dúvidas quanto a natureza *econômica* das atividades em questão).

Quando o Estado exerce *atividade econômica em sentido estrito*, o faz segundo o regime de *concorrência*, i. é., compete com as demais empresas privadas no mercado, como um dentre outros empresários.

Existe, portanto, um divisor de águas entre serviço público, atividade econômica em sentido estrito e monopólio. O primeiro é exercido sob um regime de *privilegio*; a segunda, sob um regime de *concorrência*; e o terceiro, sob um regime de *exclusividade*. Quanto às *funções públicas*, podem ser caracterizadas como atividades que o Estado exerce com *irrenunciabilidade*. No entanto, distanciam-se das outras três pelo fato de não se caracterizarem como *atividade econômica*.

Feitas estas considerações, defendemos o conceito extraído de Fernando Aguillar, segundo o qual

“Serviços públicos, no atual regime jurídico- constitucional brasileiro, são atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado em função de reserva constitucional (...) No sentido aqui adotado, portanto, todo serviço público é suscetível de delegação a particulares, nos termos da Constituição e da lei”.²⁰

Em suma: nossa opinião sugere que toda a atividade a qual, sendo relevante para o Direito, possa ser entendida como um *serviço*, assume um caráter econômico, i. é., opera-se segundo fins lucrativos. No caso de um serviço de natureza *privada* (os planos privados de saúde, p. ex.) a afirmação supracitada é inconteste. Se, porém, a titularidade da prestação de um serviço for considerada, pela Constituição, como pertencente ao Estado, este serviço, esta atividade econômica, assume natureza *pública* e deve sujeitar-se ao *princípio da supremacia do interesse público*²¹.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 134.

¹⁹ Dispõe o art. 173 da CF: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

²⁰ AGUILLAR, Fernando Herren, *Op. cit.*, p. 155.

²¹ Sobre o princípio da supremacia do interesse público, afirma Celso Antônio Bandeira de

A sujeição à efetivação do *interesse público* não descaracteriza, no entanto, o caráter *econômico* dos serviços públicos. Assim, toda atividade prestada pelo Estado que *não possui natureza econômica*, não pode ser entendida como um *serviço*, mas sim, como uma *função estatal*, ou seja, como uma *tarefa* a qual o Estado não pode, jamais, se esquivar a prestar, em que pese a liberdade de que dispõe a iniciativa privada em prestar atividades destinadas aos mesmos fins. Quando os particulares prestarem atividades que, uma vez prestadas pelo Estado são consideradas *funções*, tais atividades terão, logicamente, caráter econômico²²

O traço comum entre os *serviços* e as *funções públicas* é que a prestação de ambos *não é exclusiva do Estado*. Quando houver a *excludividade*, não haverá nem serviço, nem função, mas apenas *monopólio*.

Em síntese, os *serviços* e as *funções* do Estado podem ser, desta forma, representados:

SERVIÇOS → Econômicos → Não- exclusivos → Concessões (ou permissões)
FUNÇÕES → Não- econômicas → Não- exclusivas → Livre iniciativa

3. Atividades econômicas consideradas serviços públicos na Constituição de 1988

O Brasil é, segundo o art. 1º da atual Constituição, uma República *Federativa*. A Federação sugere, dentre outras coisas, a autonomia política entre a União, os Estados- membros e os Municípios²³, assim como um *delicado e rígido sistema*

Mello: “Dele resulta, em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura (...) O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou em tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social” (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 54-55).

²² Assim, a Constituição estipula que a assistência à saúde é *livre à iniciativa privada* (art. 199). As clínicas particulares, em que pese as limitações legais a que devem estar submetidas, prestam *serviços* de natureza *privada*. Em outros termos, prestam atividade econômica. Mas se estivermos diante dos hospitais da rede pública de saúde, não haverá um *serviço* (atividade econômica), mas a prestação de uma *função irrenunciável do Estado*.

²³ Segundo Paulo Bonavides “... no Brasil, com a explicitação feita na Carta de 1988, a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constitui-

*de repartição de competências*²⁴.

Quanto ao sistema de repartição de competências, importa considerar que a Constituição estipulou atividades econômicas cuja prestação incumbe à União, aos Estados- membros e aos Municípios, segundo a regra jurídica do art. 175. Portanto, tais atividades são consideradas como serviços públicos.

Assim, podemos encontrar, no art. 21, X, XI e XII atividades as quais a União pode prestar diretamente, ou delegar a prestação à iniciativa privada mediante contratos de concessão (ou permissão)²⁵.

Da mesma forma, o art. 25, parágrafos 1º e 2º estipulam as atividades econômicas cuja prestação incumbe aos Estados- membros, podendo a mesma ser delegada mediante concessão²⁶. Por fim, o art. 30, V estipula as atividades econômicas, cuja prestação incumbe aos Municípios, podendo as mesmas ser dele-

ções antecedentes” (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 312). O autor se refere ao art. 18 da Constituição: “A organização político- administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *todos autônomos*, nos termos dessa Constituição” (grifamos).

²⁴ BASTOS, Celso. A Federação nas Constituições Brasileiras, *in*: **Revista da PGE/SP**, junho/1988, p. 49.

²⁵ Nos termos do art. 21 da Constituição: “Compete à União: X.- manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei...; XII- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’água...; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra- estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário a aquaviário...; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres”. Sobre o serviço postal, cabe observar que a EBCT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) poderá ser privatizada brevemente, visto que está tramitando, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 1491/ 99 o qual prevê a criação de uma Agência Nacional de Serviços de Correios (ANSC), com a mesma função regulatória das já criadas ANATEL e ANEEL. Mais adiante (item n. 09), veremos que as privatizações são, na verdade, uma forma de se tratar a prestação de serviços públicos mediante concessões. Nestes termos, entendemos que o serviço postal configura-se como um serviço público, pois se tratam de atividades econômicas que, uma vez prestadas pelo Estado, poderão ser delegadas à iniciativa privada. Nas demais hipóteses (incisos XI e XII), uma vez expressa a possibilidade de delegação mediante concessões (e permissões), não resta dúvida sobre a natureza jurídica que tais atividades possuem. São, evidentemente, serviços públicos.

²⁶ O parágrafo 1º do art. 25 estabelece que “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. O parágrafo 2º estabelece a titularidade dos Estados para prestar, diretamente, ou mediante concessão, os serviços de gás- canalizado. A construção do gasoduto Brasil- Bolívia, p. ex., possibilitará a prestação desses serviços, seja pelos próprios Estados, seja pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão.

gadas mediante concessão (ou permissão)²⁷.

Por fim, existe toda uma discussão acerca dos meios legais para estipular que outras atividades econômicas sejam consideradas serviços públicos. Em outros termos, discute-se a possibilidade de lei ordinária estabelecer que dada atividade econômica será prestada segundo os critérios do art. 175 da CF, ou de tal estipulação ser possível, apenas, mediante emenda constitucional. Esta é, no entanto, uma discussão que transcende os objetivos desse trabalho.

4. A relação jurídica entre prestadores (públicos ou privados) e os usuários de serviços públicos

Segundo o art. 175 da Constituição, os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Estado – através da Administração Pública -, ou pela iniciativa privada, através de contratos de concessão (ou permissão). Suponhamos que o Estado, tendo a possibilidade de delegar a prestação de um serviço público resolva, ele próprio, prestá-lo. Tomemos, como exemplo, o serviço postal.

Os correios desempenham uma atividade que beneficia diretamente os cidadãos. Para que os mesmos possam se beneficiar dessas atividades, se faz necessário, no entanto que *remunerem* o Estado, representado pela EBCT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). Esta remuneração representa uma relação jurídica *contratual* (não importando se haja ou não um contrato escrito), de natureza privada, entre o Estado e os cidadãos. Assim, pode-se dizer que nos serviços públicos, prestados diretamente pelo Estado, existe uma *relação de consumo* e, por conseguinte, existem *consumidores*.

Agora, tomemos a situação dos serviços públicos *delegados à iniciativa privada*. Como exemplo, citamos os serviços de transporte coletivo e de energia elétrica. A Constituição atribui ao Estado, através da Administração Pública, a pos-

²⁷ Dispõe o art. 30, V da Constituição: “Compete aos Municípios: V- organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Segundo Hely Lopes Meirelles: “A aferição, portanto, da competência municipal sobre serviços públicos locais há de ser feita em cada caso concreto, tomando-se como elemento aferidor o critério da *predominância do interesse*, e não o da *exclusividade*, em face das circunstâncias de lugar, natureza e finalidades do serviço” (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 251). Entendemos que os serviços de saneamento básico (água e tratamento de esgoto) são exemplos de serviços públicos municipais pelo interesse local. No mesmo sentido, v. AGUILLAR, Fernando Herren. *Op. cit.*, pp. 141-143.

sibilidade de delegar a prestação de serviços públicos mediante contrato de concessão ou permissão, precedido de prévia licitação pública. Uma vez procedida a delegação, é importante salientar que a *titularidade* da prestação continua sendo do Estado. Apenas a *execução* é que se transfere ao particular.

Entre o Estado (Administração Pública) e as empresas privadas prestadoras de serviços públicos, existe uma relação jurídica expressa através de um contrato administrativo: o contrato de concessão e permissão, regido pelo Direito Público, segundo a Lei n. 8.987/ 95 (Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos). Esta relação jurídica, no entanto, não interessa ao presente estudo.

Importa considerar o seguinte: entre as empresas concessionárias e os usuários, existe um vínculo contratual (não importando se o contrato é escrito), de natureza *privada*, pelo qual aquelas se comprometem a prestar serviços *adequados* em troca da remuneração dos desses usuários. Nesta situação, configura-se novamente uma *relação de consumo*, e, logicamente, a identificação destes usuários como *consumidores*.

5. Delimitações importantes

Uma vez expostas todas as considerações acerca do que sejam serviços públicos, entendemos importante precisar ainda mais o acabamos de sustentar:

a) Os serviços públicos incluem-se no gênero *serviço* o qual, entendemos, possui sempre um caráter econômico para o Direito, diferenciando-se das *funções*, que são desprovidas desse caráter.

b) O fato de um serviço ser considerado *público* decorre da opção do legislador constituinte, ao estipular que sua prestação terá o Estado como titular (art. 175 da CF). Por causa desta titularidade, o Estado poderá ou não delegar a prestação desses serviços. Se o Estado optar pela delegação, esta deverá ocorrer mediante celebração de contrato de concessão (ou permissão).

c) Se o Estado resolve prestar diretamente os serviços públicos, ocorrerá uma relação contratual privada entre o mesmo (representado pela Administração Pública) e os usuários. Tal relação configura-se como *relação de consumo*, uma vez que os usuários remuneram o prestador em troca da utilização do serviço.

d) Se o Estado delega a prestação de serviços públicos à iniciativa privada, também irá ocorrer uma relação contratual privada entre essa e os usuários. Tal relação, a

exemplo do item anterior, configura-se como *relação de consumo*.

e) Através dos itens *c* e *d*, entendemos porque as atividades econômicas do Estado, prestadas segundo as condições do art. 175 da CF, encontram-se inseridas no âmbito do Direito do Consumidor, e seu instrumento jurídico específico: O Código de Defesa do Consumidor.

6. Tutela consumerista: aspectos gerais

A preocupação do Direito com a *proteção aos consumidores* se deve, basicamente, ao fenômeno da *massificação social* que, caracterizado pela despersonalização dos indivíduos, resumidos a simples *conjuntos humanos*²⁸, traduziu o conceito de *qualidade de vida em capacidade para o consumo de bens e serviços*²⁹.

Segundo Luís Otávio Amaral, a partir dos anos sessenta, os governos dos países ditos ‘industrializados’ iniciaram uma corrida na criação de sistemas legais e na efetivação de políticas públicas sobre proteção aos consumidores³⁰. O fundamento jurídico para estas ações traduziu-se no princípio da *vulnerabilidade* dos consumidores.

No Brasil, há muito se discutia sobre a necessidade de um sistema legal de proteção aos consumidores³¹. Entretanto, somente após a Constituição de 1988 – que elevou a proteção dos consumidores às categorias de *direito fundamental* (art. 5º, XXXII) e *princípio da ordem econômica* (art. 170, V) – somada a exigência do art. 48 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) –, é que foi possível criar um sistema de normas jurídicas destinadas especialmente à proteção dos consumidores brasileiros.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu uma *Política Nacional das Relações de Consumo*, regida, dentre outros, pelo princípio da *vulnerabilidade*

²⁸ DÍEZ- PICAZO, Luís. **Derecho y masificación social**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1978, p. 23.

²⁹ BUARQUE, Cristovan. Qualidade de vida: a modernização da utopia. *in: Revista Lua Nova n. 31*, 1993, p. 157.

³⁰ AMARAL, Luís Otávio de Oliveira. História e fundamentos do direito do consumidor, *in: RT n. 648*, 1989, p. 32.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo de direito econômico, *in: Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul n. 06 (14)*, 1976, pp. 102-04.

(art. 4º, I)³². Em linhas gerais, a PNRC estipula que o Estado deve participar *diretamente* da proteção aos consumidores, bem como incentivar a participação social, desde o ponto de vista individual (educação do consumidor), até o estímulo à criação de associações voltadas para a proteção dos direitos dos consumidores.

7. O Código de Defesa do Consumidor como norma reguladora das relações contratuais privadas

Quando nos debruçamos sobre o estudo do Direito do Consumidor brasileiro, utilizando o seu instrumental legal específico (o CDC), devemos ter sempre em mente a seguinte afirmação: *o CDC cumpre, no ordenamento jurídico brasileiro, a clara função de equilibrar a economia de mercado*³³. De outro modo, não haveria explicação para a atitude do legislador constituinte, em considerar a *defesa do consumidor* como *princípio da ordem econômica* (art. 170, V da CF).

O sistema normativo do Código está fundamentado em uma *lógica econômica, privatística*. A *relação de consumo*, vinculada a essa lógica – em que pese a inexistência de um conceito específico de relação de consumo no CDC³⁴ –, pressupõe a existência do instituto jurídico do *contrato* que é, desde os remotos tempos do Liberalismo Clássico, o instrumento das relações jurídicas firmadas para garantir o direito de propriedade, segundo as regras do direito privado³⁵.

Segundo Fernando Noronha, há que se distinguir a *liberdade contratual* (liberdade para escolher o conteúdo do contrato) da *liberdade para contratar* (liberdade para realizar ou não o contrato)³⁶. Nos tempos idos do Liberalismo Clás-

³² Sobre a vulnerabilidade dos consumidores, dois aspectos merecem destaque. O primeiro, diz respeito ao fato de que o conceito de *vulnerabilidade* é muito amplo. Existe a vulnerabilidade desde os pontos de vista *econômico, jurídico e técnico* (falta de informação), até o ponto de vista *ambiental*. O segundo aspecto está relacionado à distinção entre vulnerabilidade e *hipossuficiência*: “... a hipossuficiência é um conceito relacionado ao processo e à possibilidade de custeá-lo, enquanto a vulnerabilidade é um conceito que relaciona as forças em geral dos dois pólos da relação de consumo, verificando se um é mais fraco que o outro” (Cf. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 122.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à justiça, *in*: **As garantias do cidadão na justiça** (Coord. Min. Sálvio de F. Teixeira), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 309.

³⁴ TIMM, Luciano Benetti, **Da prestação de serviços**, Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 63.

³⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**, Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 11.

³⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42.

sico, os consumidores possuíam ambas as liberdades, mas com as modificações ocorridas na sociedade capitalista de produção - dentre as quais, o surgimento do chamado *contrato de adesão*³⁷ -, pode-se dizer que os consumidores possuem apenas a *liberdade para contratar*, sujeita, entretanto, a um grande desequilíbrio econômico em relação aos fornecedores³⁸. Segundo João Batista Amaral:

“A intervenção estatal fez-se presente nessa área, procurando compensar o desequilíbrio existente entre as partes contratantes, a dizer, entre o fornecedor, economicamente melhor aquinhado, e o consumidor, mais fraco econômica e socialmente, no intuito de superar a inferioridade deste último com uma superioridade jurídica. A principal manifestação da intervenção estatal é o *dirigismo contratual*, que vem a ser a imposição de limitações à liberdade contratual (...) mediante a promulgação de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de contratos”.³⁹

O CDC pretende contribuir para o equilíbrio contratual, p. ex., na *interpretação das cláusulas contratuais de forma favorável ao consumidor* (art. 47), na *nulidade das cláusulas abusivas* (art. 51), dentre outros dispositivos.

8. O conceito de serviço no Código de Defesa do Consumidor

Há pouco afirmamos que não há um conceito específico de *relação de consumo* no CDC. Entretanto, ele existe de forma *implícita*, através da interpretação dos conceitos de *consumidor* e *fornecedor*, estes sim, expressos nos arts. 2º e 3º do Código⁴⁰. Como bem observa Timm: “Uma das grandes inovações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor é a utilização da técnica da definição legal, especialmente no que concerne ao binômio fornecedor-consumidor”⁴¹.

Assim é que a definição legal de *fornecedor* traz, consigo, as definições de *produto* (art. 3º, parágrafo 1º) e *serviço* (parágrafo 2º). Para efeito de tutela consumerista, considera-se serviço como “...*qualquer atividade fornecida no*

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro, *in: Revista Direito do Consumidor* n. 03, 1992, pp. 136 e ss.

³⁸ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 42.

³⁹ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 101.

⁴⁰ TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 64.

⁴¹ *Idem*, p. 63.

mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Em que pese a aparente omissão do legislador sobre a existência do instrumento jurídico do contrato, o fato é que ele está presente, de forma *implícita*, na condição expressa de que todo serviço deve ser *remunerado*. Tomemos a observação de Filomeno: “o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então **contrata** a prestação de serviços...”⁴² (grifamos).

Em suma: o instrumento jurídico do contrato está presente nas *relações de consumo*, objeto da tutela jurídica do CDC. No que toca à prestação de *serviço público*, entendido como *atividade econômica do Estado, sujeita a delegação à iniciativa privada*, a incidência do contrato, regido pelo direito privado, é, do mesmo modo, inconteste.

9. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor

Assim é que a matéria dos serviços públicos recebeu alguma atenção no sistema normativo do CDC. São em número de cinco, os momentos em que o Código se reporta a esse tema.

Em primeiro lugar, o art. 3º, parágrafo 2º estabelece o conceito *genérico* de serviço, no qual está implícita a prestação de serviços públicos. Aqui, cabe fazer uma grande ressalva. A doutrina de Direito Administrativo, e mesmo a de Direito do Consumidor, adota a distinção, errônea no nosso entender, entre serviços públicos *uti singuli* e serviços públicos *uti universi*⁴³. Os serviços *uti universi* seriam aquelas atividades prestadas *somente pelo Estado*, cujos usuários não poderiam ser determinados, assim como o *quantum* que cada um utilizou do serviço, Seriam

⁴² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 25. Cabe aqui lembrar algo de extrema importância. O contrato, numa relação de consumo de serviços públicos, não necessita – e não deve ser entendido – apenas como um contrato *escrito*. De outro modo, não poderíamos afirmar que, numa relação de consumo entre um consumidor de transporte coletivo e a empresa de ônibus, existe vínculo contratual, o que é um erro. No exemplo citado (transporte coletivo) existe, ainda que de forma tácita, a relação jurídica *contratual* que se deduz no momento em que o passageiro efetua o pagamento da tarifa (passagem) ao cobrador do ônibus.

⁴³ Quanto à doutrina de Direito Administrativo, v., dentre outros MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 297.

estes serviços, por fim, *custeados* mediante *impostos gerais*.

Já os serviços públicos *uti singuli* são aquelas atividades, cuja prestação pode ser *delegada* a particulares, cujos usuários são perfeitamente identificáveis, assim como o *quantum* que cada um utilizou do serviço é perfeitamente mensurável, sendo eles, por fim, *remunerados* mediante tarifas⁴⁴.

A doutrina dominante sobre Direito do Consumidor sustenta que apenas os serviços públicos *uti singuli* são abrangidos pela tutela do CDC⁴⁵. A afirmação procede, mas os autores *consumeristas* cometem o mesmo erro dos autores *administrativistas*: *aceitam a idéia de que existam serviços públicos uti universi quando, na verdade, não se tratam de serviços públicos, mas de funções públicas, irrenunciáveis pelo Estado*.

Assim, e sob a supremacia da *interpretação constitucional* do art. 175 da Constituição Federal de 1988, os serviços públicos são *apenas* o que a doutrina classifica como *uti singuli*. E sinônimo dos serviços *uti singuli* na doutrina de Direito Administrativo, são os serviços *comerciais e industriais*, os quais não se confundem com as *atividades econômicas em sentido estrito*⁴⁶.

Em suma: *todo serviço público possui natureza econômica, comercial ou industrial, bem como usuários (consumidores) e o quantum da utilização do serviço por cada um deles, perfeitamente determináveis*. O CDC acolhe

⁴⁴ Segundo Fernando Noronha: “A jurisprudência e a doutrina pronunciam-se majoritariamente no sentido de que mesmo os serviços públicos remunerados por taxas são abrangidos pela tutela consumerista, mas há autores que desenvolvem argumentos ponderosos em sentido contrário” NORONHA (apostila da graduação), p. 647. Dentre os autores que sustentam posição contrária à posição dominante, citamos Cláudio Bonato e Paulo Valério Dal Pai Moraes: “... podemos afirmar que o preço público ou tarifa envolve relação com contornos de direito privado, ao passo que a taxa, como qualquer outro tributo, por ser compulsória, envolve relação típica de direito público (...) não se pode confundir o conceito de cidadão, que paga impostos, taxas e contribuições de melhoria, com o conceito de consumidor (...) o que não concordamos é que seja considerado consumidor de um serviço público remunerado por taxa, uma pessoa que sequer pode escolher este mesmo serviço ou sequer necessita dele, pois isto atenta contra a teleologia e à própria sistemática do Código de Defesa do Consumidor” (Cf. BONATO, Cláudio; e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 104-05). Nossa posição segue a doutrina majoritária, i. é., entendemos que as taxas, enquanto tributos de natureza compulsória, estão fora do âmbito do CDC.

⁴⁵ Cf., dentre outros, PASQUALOTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor, *in*: **Revista Direito do Consumidor n. 01**, 1992, pp. 134-35; BONATO, Cláudio; e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Op. cit.*, p. 101.

⁴⁶ MUKAI, Toshio. **Administração Pública na Constituição de 1988**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 137.

este conceito de serviço público, devido à natureza econômica e privatística da relação jurídica (relação de consumo) entre os consumidores *vulneráveis* e os prestadores (públicos ou privados) com maior poder técnico e econômico.

Com razão pronuncia-se Adalberto Pasqualoto, ao afirmar que o Estado (leia-se Administração Pública) deve atuar com *profissionalidade*. Ele está prestando uma espécie de *atividade econômica* devidamente *remunerada* pelo usuário-consumidor⁴⁷. Quanto aos prestadores privados (empresas concessionárias) a *profissionalidade* é um dado mais evidente, pela própria razão de ser das empresas. O *agir empresarial* é, logicamente, um *agir profissional*.

A partir dessas considerações, torna-se fácil a compreensão dos dispositivos legais que seguem. Assim, o art. 4º, VII, dispondo sobre os *princípios da Política Nacional das Relações de Consumo*, consagra, dentre esses, a *racionalização e melhoria dos serviços públicos*⁴⁸. Em seguida, o art. 6º, X, afirma que é *direito básico* do consumidor a *adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral*⁴⁹.

Prosseguindo, o art. 22 corresponde à *responsabilidade civil pela má prestação de serviços públicos*⁵⁰. Trata-se de responsabilidade civil *objetiva*, i. é., sem a necessária prova de culpa ou falha do serviço público, mas apenas, da

⁴⁷ PASQUALOTO, Adalberto. *Op. cit.*, p. 134.

⁴⁸ Sem nos estendermos sobre a matéria, é importante salientar que a Lei n. 8.987/95, em seu art. 6º, conceitua o que venha a ser um serviço público *adequado*. No parágrafo 1º, dispõe que “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Estes são os princípios que regem a prestação dos serviços públicos, seja essa realizada pelos prestadores privados ou pela própria Administração Pública. Dentre todos os princípios, a *eficiência* e a *atualidade* significam exatamente uma *racionalidade e melhoria na prestação dos serviços públicos*.

⁴⁹ Considerando a antiga afirmação segundo a qual no texto de uma norma jurídica não existem palavras desnecessárias, é importante compreendermos o motivo pelo qual o legislador ordinário utilizou a expressão ‘em geral’ ao fim do art. 6º, X do CDC. Entre nós, à existência dessa expressão cabem três interpretações possíveis: ou o legislador jogou a conceito de serviço público ‘em vala comum’, atribuindo-lhe a mesma significação da atividade econômica em sentido estrito; ou considerou como serviço público as atividades ligadas aos demais poderes estatais (atividades jurisdicional e legislativa), descaracterizando o conceito de serviço público como atividade *administrativa*; ou, simplesmente, pretendeu salientar que o CDC não exclui nenhuma atividade econômica tida como serviço público, segundo a interpretação do art. 175 da CF. Nossa interpretação recai, logicamente, na terceira opção.

⁵⁰ Dispõe o art. 22: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços públicos adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”

constatação do *fato do serviço*⁵¹.

O artigo fala em serviços públicos *essenciais*, os quais devem ser prestados segundo o princípio da *continuidade*. A *essencialidade* das atividades tidas como serviços públicos não pode ser declarada senão pela lei. Assim, a Lei n. 7.783/ 89, que regulamenta o exercício do direito *constitucional* de greve (art. 9º, § 1º da CF), apresenta, em seu art. 10, um rol de atividades consideradas essenciais, i. é., cuja paralisação se torna impossível no caso de uma greve.

Considerando que nem todas as atividades elencadas são *serviços públicos*, é possível constatar, como tais, o *tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis* (inciso I); o *transporte coletivo* (inciso V); as *telecomunicações* (inciso VII) e o *controle do tráfego aéreo* (inciso X). Estes são os serviços públicos *essenciais* a que se refere o art. 22 do CDC⁵².

Sem a intenção de analisar profundamente o tema da responsabilidade civil do Estado, importa que interpretemos o alcance da norma jurídica disposta no art. 37, parágrafo 6º da Constituição⁵³. O texto constitucional é genérico, i. é., abrange tanto a responsabilidade civil *extracontratual* (que ocorre pela má prestação das *funções*), quanto na responsabilidade civil *contratual* (que ocorre pela má prestação dos *serviços*). Trata-se da *responsabilidade civil (objetiva) do Estado*, que

⁵¹ No Brasil, a responsabilidade civil do Estado passou por três momentos bem distintos: o primeiro está relacionado a chamada *fase civilista*. O Estado respondia perante os administrados pelos atos *comprovadamente culposos* de seus agentes, i. é., se fazia necessária a prova de culpa com base no art. 15 do Código Civil. O segundo momento corresponde a teoria do *acidente administrativo*. Para que o Estado respondesse perante os administrados, era preciso, não mais a prova da culpa do agente, mas a prova de que da *falta do serviço* (*serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente*). Por fim, a partir da Constituição de 1946 (art. 194), o Estado passou a responder *objetivamente* perante os administrados, sendo necessário apenas a constatação do nexo causal entre a atuação do Estado e o dano sofrido pelo administrado. O Direito recepcionou, assim, a teoria do *risco administrativo*, baseada no *fato do serviço*: o Estado responde pelo simples *fato* de que deve prestar os serviços públicos.

⁵² Entendemos que o princípio da continuidade têm um limite, pois se o usuário possui direitos, também é verdade que tem obrigações perante o prestador. Assim, nos casos de concessão ou permissão, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a continuidade da prestação não se aplica no caso do *inadimplemento da tarifa* pelo usuário. Sobre o a questão, v. MATOS, Eduardo Lima de. Suspensão de serviço público (energia elétrica) por falta de pagamento. Não violação do CDC, in: **Revista Direito do Consumidor n. 05**, 1993, pp. 202-205.

⁵³ Dispõe o art. 37, § 6º da CF: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

abrange a prestação de *funções públicas* e de *serviços públicos*.

No que toca a um possível conflito entre o art. 37, parágrafo 6º e o art. 22 do CDC, entendemos que, no caso de uma ação judicial de responsabilidade civil *objetiva* pela má prestação de *serviço público*, deve-se, uma vez constatada a existência de uma relação de consumo, privilegiar o art. 22 do CDC, como norma especial sobre a matéria, em detrimento da norma geral (art. 37, parágrafo 6º da Constituição).

Por fim, o último momento em que a matéria dos serviços públicos é tratada no CDC diz respeito ao art. 56, VIII o qual elenca, dentre as várias *sanções administrativas* a que podem se submeter os fornecedores, *a revogação de concessão ou permissão de uso*⁵⁴.

10. Serviços públicos e privatizações

A discussão sobre os serviços públicos enquanto atividade econômica, inserida na tutela jurídica do CDC, ganha novo fôlego graças a conceitos que estão surgindo no cenário econômico e político, não só do país, como em todo o mundo. A chamada *crise do Estado* trouxe, principalmente nos anos noventa, uma proposta de redefinição do papel do mesmo enquanto *prestador* de atividades administrativas, dentre as quais destacamos os *serviços públicos*.

“Em termos contemporâneos o direito público passa a refletir – e são modelo desta tendência as novas constituições do final de século – duas vertentes específicas: a política de privatização e de desburocratização da máquina estatal e o fortalecimento da associação entre a iniciativa privada e o setor público”.⁵⁵

O atual discurso sobre o papel do Estado, assegura que ele deve ser *mais regulador e menos prestador*. Deve deixar de ser o *agente responsável pelo oferecimento de serviços à comunidade*⁵⁶. Assim, quanto ao processo de *desburocratização da máquina estatal*, pode-se afirmar que a Emenda Constitu-

⁵⁴ Este dispositivo do CDC está relacionado às formas de *extinção da concessão e permissão*, dispostas nos arts. 35 a 40 da Lei n. 8.987/95.

⁵⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas, *in: Revista de Direito Administrativo* n. 209, 1997, p. 07.

⁵⁶ TÁCTIO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *in: Revista de Direito Administrativo* n. 202, 1995, p. 05.

cional n. 19/98 consolidou o processo de Reforma Administrativa no Brasil, a qual pretende ser uma reforma *gerencial*, i. é., baseada nos princípios da *eficiência e administração voltada para resultados*⁵⁷.

Como foco destas mudanças, têm-se os administrados. Estes, por sua vez, compreendem tanto os servidores públicos quanto os cidadãos comuns, e a ambos é atribuída a qualificação de *clientes*, numa clara mostra de ‘importação’ de conceitos da iniciativa privada para dentro do setor público⁵⁸.

Entretanto, quando a análise se volta ao processo de *privatização*, devemos atentar para o fato de que, antes da Emenda Constitucional 19/98, o país passou por sucessivos passos no sentido de *desestatizar* a prestação de *atividades econômicas*. Segundo Caio Tácito:

“O primeiro passo, ainda que modesto, de inversão da tendência expansionista da administração pública brasileira se manifesta, em junho de 1979, quando o Decreto n. 83.740 adota o Programa Nacional de Desburocratização (...) Em 1985, o Decreto n. 91.991 aperfeiçoa o Programa (...) Uma terceira etapa se instaura com o advento do Governo Collor, que regula o Programa Nacional de Desestatização mediante Medida Provisória n. 155/90, convertida na Lei n. 8.031, de 12 de abril do mesmo ano”.⁵⁹

Atualmente, a Lei 8.031 foi revogada pela Lei 9.491/97. E, segundo André Hiroshi Alves

“o processo de privatização desencadeado já se encontra em estágio avançado: os serviços de telecomunicações e de geração de energia, por exemplo, antes prestados por entidades da administração indireta, são agora executados por empresas privadas em todo o território nacional, **sob regime de concessão**”.⁶⁰ (grifamos)

A afirmação supracitada (em especial a expressão grifada), é de suma im-

⁵⁷ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**, São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 17-8.

⁵⁸ OSBORNE, David; e GAEBLER, Ted. **Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. Brasília: MH comunicação, 1994, pp. 181-212.

⁵⁹ TÁCITO, Caio. *Op. cit.*, p. 06.

⁶⁰ ALVES, André H. Hayashi. **O direito do administrado ao serviço público adequado e os meios de defesa desse direito**. Monografia de conclusão do curso de graduação (CCJ/UFSC), 1999, p. 32.

portância para entendermos o que está acontecendo com as atividades econômicas privatizadas. Em primeiro lugar, em que pese nosso respeito ao prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, não nos parece correta sua afirmação segundo a qual os *serviços públicos não podem ser privatizados*⁶¹. As atividades econômicas de telecomunicações e energia elétrica são, segundo o art. 21, XI e XII, *b c/c* art. 175, ambos da CF, *serviços públicos* e, de fato, sofreram a influência do processo privatizante.

Contudo, a permanência do *regime de concessão* nas atividades privatizadas, assegura que elas *continuam sendo prestadas conforme o regime jurídico do art. 175*. Em outros termos: a privatização não descaracteriza as atividades econômicas (telecomunicações e energia elétrica) como *serviços públicos*. A única diferença é que, antes das privatizações, essas atividades eram prestadas por empresas *públicas* e, agora, passam a ser prestadas por empresas *privadas*, sujeitas a contratos de *concessão ou permissão*, conforme o caso.

No que toca à efetividade do Código de Defesa do Consumidor em relação aos serviços públicos privatizados, afirma José Reinaldo de Lima Lopes:

“A privatização ou desestatização (...) atinge serviços públicos que, do ponto de vista do Direito do Consumidor, já se encontravam na disciplina da Lei n. 8.078/90 (CDC, art. 22), visto que prestados individualmente, mediante pagamento de tarifas. Sua transferência para a iniciativa privada não altera substancialmente este ponto”.⁶²

Em suma: a privatização não altera o regime jurídico das atividades econômicas prestadas segundo o art. 175 da CF, mas antes o intensifica, pelo recurso ao instrumento jurídico do contrato de concessão entre as empresas privadas e o Estado.

Considerações finais

Do exposto, fica claro que:

a) O conceito jurídico de serviço público deve ser descoberto através da

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Privatização e serviços públicos. *in: Revista Trimestral de Direito Público* n. 22, p. 173.

⁶² LIMA LOPES, José Reinaldo de. Direito do consumidor e privatização, *in: Revista da AJURIS* (edição especial), v. II, 1998, p. 363. No mesmo sentido. BONATO, Cláudio; e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Op. Cit.*, p. 110.

hermenêutica constitucional, entendendo-se a Constituição como um sistema. Tal entendimento faz com que as normas constitucionais sejam interpretadas segundo o lugar onde estão dispostas no texto constitucional.

b) O serviço público é *atividade econômica prestada pelo Estado, ou por particulares, mediante regime de privilégio concedido ao primeiro, através das diretrizes fixadas na Constituição (art. 175)*. Distingue-se das *funções públicas* (atividades não- econômicas, prestadas não- exclusivamente pelo Estado, mas com *irrenunciabilidade* por parte do mesmo); das atividades econômicas *em sentido estrito* (atividades prestadas pelo Estado em regime de *concorrência* com a iniciativa privada, conforme o art. 173 da CF); e do *monopólio* (atividades econômicas prestadas sob um regime de *exclusividade da União*, conforme o art. 177 da CF).

c) Uma vez compreendido que o serviço público é *atividade econômica, cuja prestação está, na maioria das vezes, sujeita a delegação à iniciativa privada*, percebe-se que a relação jurídica que se estabelece entre os usuários e os prestadores (Estado ou as empresas concessionárias ou permissionárias) é uma relação *de consumo*. Assim, os usuários de serviços públicos podem ser equiparados aos *consumidores*.

d) O Código de Defesa do Consumidor regula as relações de consumo que se operam mediante o instrumento jurídico do contrato. Assim, a incidência dos serviços públicos no CDC se justifica pela natureza *econômica* dos mesmos, e pela existência do vínculo contratual (privado) entre os usuários- consumidores e os concessionários ou permissionários.

e) Inserida no sistema normativo do CDC, a adequada prestação dos serviços públicos é considerada como *princípio da Política Nacional das Relações de Consumo* (art. 4º, VII) e como *direito básico do consumidor* (art. 6º, X).

f) Não existe um conceito específico de serviço público no CDC, estando o mesmo implicitamente considerado no conceito *genérico* de serviço (art. 3º, § 2º), onde o prestador de serviço deve atuar com *profissionalidade* e o usuário deverá *remunerar* diretamente o prestador, mediante o pagamento de tarifa.

g) O CDC adotou a *responsabilidade civil objetiva pela má prestação de serviços públicos* (art. 22), baseada na teoria do *risco administrativo* que tem, como fundamento, o *fato do serviço*. Quanto ao conteúdo do art. 22, deve-se observar que:

1. Os serviços *essenciais*, que devem ser prestados com continuidade, estão previstos no art. 10 da Lei n. 7.783/ 89 (incisos I, V, VII e X);
2. Antes do CDC, a própria Constituição já consagrou a responsabilidade civil objetiva no art. 37, parágrafo 6º. Trata-se, porém, de norma genérica sobre a responsabilidade civil do Estado, a qual abrange os serviços públicos e as funções públicas. Assim sendo, ocorrendo o ajuizamento de uma ação de responsabilidade civil do Estado pela má prestação de *serviços públicos*, entendemos que o fundamento desta ação deve estar no Código do Consumidor (art. 22), como norma especial sobre a matéria (responsabilidade civil *contratual* do Estado).

h) O Programa Nacional de Desestatização, hoje em vigor segundo a Lei n. 9.491/ 97, regula o processo de *privatização* das atividades econômicas prestadas pelo Estado, dentre as quais, os serviços públicos. A privatização nada mais é do que a transferência da prestação desses serviços, que passam das empresas públicas às empresas privadas, submetidas, estas, aos contratos de concessão ou permissão estipulados no art. 175 da CF. Configura-se, desta forma, a permanência do regime jurídico de *privilégio* do Estado, segundo as regras do art. 175 da CF. Ou seja: a privatização não descaracteriza as atividades econômicas como serviços públicos.

i) As privatizações também não atingem a efetividade do CDC quanto à matéria dos serviços públicos, visto que a relação de consumo subsiste nos moldes aludidos no art. 3º, parágrafo 2º do CDC, quais sejam, os que dizem respeito aos serviços *remunerados*.

Referências bibliográficas

- AGUILLAR, Fernando. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ALVES, André Hiroshi Hayashi. **O direito do administrado ao serviço público adequado e os meios de defesa desse direito**. Monografia de conclusão do curso de graduação (CCJ/UFSC), 1999.
- AMARAL, Luis Otávio de Oliveira. História e fundamentos do direito do consumidor. *In: RT n. 648*, outubro/ 89. pp. 31-45.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Privatização e serviços públicos. *In: Revista Trimestral de Direito Público n. 22*, pp. 172-180.
- BASTOS, Celso. A Federação nas Constituições Brasileiras, *in: Revista da PGE/ SP*, junho/1988, pp. 45-77.
- BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.
- BUARQUE, Cristovam. Qualidade de vida: a modernização da utopia. *In: Revista Lua Nova n. 31*, 1993. pp. 157-165.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à justiça. *In: As Garantias do cidadão na justiça* (Coord. Min. Sálvio de F. Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 309-325.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo de direito econômico. *In: Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul n. 06 (14)*, 1976. pp. 81-105.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *In: Revista de Direito Administrativo n. 209*, 1997. pp.
- DÍEZ- PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1987.

- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. pp. 25-42.
- GASPARINI, Diógenes. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. Direito do Consumidor e privatização. *In: Revista da AJURIS* (edição especial), v. II, março/98. pp. 361-368.
- MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *In: Revista Direito do Consumidor n. 03*, 1992. pp. 127-154.
- MATOS, Eduardo Lima de. Suspensão de serviço público (energia elétrica) por falta de pagamento. Não violação do CDC. *In: Revista Direito do Consumidor n. 05*, 1993. pp. 202-205.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. *In: Revista de Direito Administrativo n. 210*, 1997. pp. 195-212.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MUKAI, Toshio. **Administração Pública na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. Brasília: MH comunicação, 1994.
- PASQUALOTO, Adalberto. **Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor**. *In: Revista Direito do Consumidor n. 01*, 1992. pp. 130-147.
- SCHIER, Paulo. **Filragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo n. 202*, 1995. pp.
- TIMM, Luciano Benetti. **Da prestação de serviços**. Porto Alegre: Síntese, 1998.