

## A suspensão da prestação do serviço público quando o utente é o Poder Público

*Flávio Mota Morais Silveira*

### 1. Introdução

O presente artigo tem o desígnio de analisar a suspensão da prestação do serviço público pelo seu não pagamento quando o usuário deste serviço é o Poder Público. Trata-se, no caso, de serviços individuais ou *uti singuli*, que tem natureza divisível e podem ser mensurados objetivamente, como, v. g., o serviço de energia elétrica. Tal questão se mostra relevante, atual e polêmica, pois há defensores, na doutrina e na jurisprudência, tanto da tese da admissibilidade, quanto da impossibilidade da interrupção da prestação do serviço público.

Ressalte-se, todavia, que quando o Estado realiza seus negócios jurídicos, ele nunca se despe totalmente de sua potestade, isto é, de uma maneira ou de outra sempre se sujeitará ao regime jurídico de direito público, que lhe garante uma série de prerrogativas [1], ou, no mais das vezes, a um regime jurídico de direito público temperado, de natureza híbrida [2]. No entanto, quando a Administração age como contratante, ela deve respeitar as normas inseridas no instrumento contratual, sob pena de subverter a equação econômico-financeira que deve nortear os contratos administrativos. As prerrogativas que lhe são conferidas não podem se configurar em privilégios, abusos de poder, no caso a possibilidade de desobrigar-se de sua contraprestação sem o pagamento, o que configuraria uma afronta ao princípio da moralidade administrativa.

Temos que ter em mente, ainda, em relação à possibilidade ou não da suspensão da prestação do serviço quando o usuário é o Estado, que esta é uma relação jurídica complexa, posto que envolve três sujeitos em duas relações jurídicas distintas, quais sejam, o Estado-Contratante e a prestadora de serviço público e o Estado-Administração e os cidadãos-administrados.

Qualquer decisão que importe a suspensão do serviço para o Estado poderá surtir efeitos na esfera jurídica dos administrados. Por isso, o juiz deve ficar atento e realizar um exercício de ponderação dos valores em jogo, valendo-se do princípio da

proporcionalidade como critério de harmonização entre os interesses da prestadora de serviço e dos administrados com os do Estado.

2. Inexecução dos contratos administrativos, o princípio da continuidade e o princípio da supremacia do poder público sobre o particular

Os contratos administrativos são regulados pela Lei nº. 8.666/93 e a doutrina, a lei e a jurisprudência reconhecem em favor da Administração Pública contratante a existência de certas cláusulas não existentes no direito comum; são, por isso, chamadas de cláusulas exorbitantes, verdadeiras prerrogativas que garantem sua supremacia sobre o particular.

A alteração unilateral do contrato, imposição de sanções, previamente estabelecidas no instrumento contratual e a rescisão, por mérito ou ilegalidade, o contrato são alguns privilégios gozados pela Administração Pública contratante, que consubstanciam as cláusulas exorbitantes.

Outra cláusula exorbitante é a impossibilidade da entidade particular prestadora de serviço público ao Estado invocar a exceção do contrato não cumprido (art. 476, do Código Civil). A *exceptio non adimpleti contractus* significa que uma parte contratante não pode exigir o cumprimento de sua obrigação sem que ela mesma tenha cumprido a sua. No campo do Direito Público, onde imperam os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o princípio da continuidade, a suspensão da prestação do serviço público ao Estado inadimplente é inconcebível.

Porém, essa prerrogativa da Administração é criticada pelos estudiosos do direito e mitigada em algumas decisões judiciais, nos casos onde a inadimplência da administração gera um ônus insuportável para a empresa prestadora do serviço, tornando impossível a continuidade da prestação do serviço pelo particular.

A Lei 8.666/93, em seu artigo 78, XV, acolhendo essa orientação da jurisprudência, prevê como causa de resolução do contrato o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração. Saliente que o particular deve recorrer ao Poder Judiciário, posto que ele não pode paralisar a execução do contrato, nem resilir o contrato unilateralmente.

A celeuma doutrinária e jurisprudencial instaura-se por conta do princípio da continuidade, o qual impõe ao serviço público um caráter contínuo, sucessivo, sem interrupções.

Segundo Diógenes Gasparini, não descaracteriza a continuidade da prestação do serviço público quando interrompido em face de falta de pagamento dos utentes, conforme estabelece o art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/95 - Lei Federal das Concessões e Permissões. Resta saber se é válida a suspensão por falta de pagamento quando o inadimplente é o Estado, pois este, na execução de seus misteres, também presta serviço público, e, por conseguinte, não pode ser descontínuo.

### 3. A remuneração do serviço público por tarifa/preço público e por taxas

Os serviços públicos são classificados segundo vários critérios, que variam para cada autor. Os mais relevantes para esta ocasião levam em conta os usuários a que são prestados.

Assim, quanto aos usuários, os serviços públicos podem ser gerais, *uti universi* ou indivisíveis e específicos, *uti singuli* ou divisíveis. Os primeiros são aqueles onde a Administração presta sem ter utentes determinados, para atender a coletividade administrada. São dessa natureza os serviços de segurança pública. Já os segundos, satisfazem usuários certos, cuja fruição do serviço é particularizada e pode ser mensurada objetivamente, a exemplo dos serviços de energia elétrica.

Os serviços de fruição coletiva, sem usuários determinados são suportados por impostos e, por isso, nem se cogita a sua suspensão. É de se imaginar o caos que ocorreria com a suspensão do serviço de segurança pública.

Por seu turno, Diógenes Gasparini afirma que os serviços de fruição individual, com usuários determinados são remunerados por taxa ou tarifa [3]. Serão remunerados por taxa sempre que o serviço for prestado diretamente pelo Estado, onde a utilização do serviço for obrigatória, não importando se há ou não efetiva utilização. Bastará que estejam à disposição do administrado-usuário (art. 145, II, da CF). Por tarifa ou preço público [4] são remunerados os serviços públicos facultativos, isto é, os postos à disposição dos utentes para que estes o utilizem quando e se desejarem. O que determina a forma de remuneração, se se remunera por taxa ou tarifa, é o termo de contrato ajustado entre a Administração e a delegatária de serviço público.

Destarte, a suspensão do serviço público somente será admissível se for remunerado por preço público (tarifa) [5], ainda que tenha natureza compulsória, estabelecida em lei. Normalmente, o *trespasse* da prestação do serviço público para entidades particulares recai sobre serviços não-essenciais, o que autoriza a sua suspensão.

### 4. Suspensão do serviço público e o princípio da proporcionalidade

Apesar dessa posição razoavelmente pacificada pelos tribunais, qual seja, a possibilidade da suspensão do serviço público somente ser admissível quando for remunerado por preço público ou tarifa, há decisões que entenderam inadmissível a suspensão do serviço, mesmo pago por tarifa, quando o usuário é o poder público. Em litígio entre a CEMIG [6] e determinado Município, assentou o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais que “a concessionário dos serviços de energia elétrica não pode interromper o fornecimento aos prédios público, mesmo que o município esteja

em débito, sobrelevando o interesse público ao da empresa”. (ApCiv nº 110283/9, 4ª CCiv, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, pub.no DO em 10/03/1999) [7].

Nos filiamos ao entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, ao afirmar que o Poder Público, nessas hipóteses, age como mero contratante de serviços, despidendo-se de seu *ius imperi*. Aliás, em nossos dias é outra a noção de serviço público, não consubstancia poder de império, mas sim se sujeita ao Código de Defesa do Consumidor [8]. Esta característica, juntamente com o princípio da eficiência, inserido no caput do art. 37 da Constituição Federal pela E.C. nº. 19, transmudou a qualidade de potestade de um Estado Moderno para o Estado-Empresário Contemporâneo.

Caso o Estado seja inadimplente em tais relações negociais, é porque os administradores são, no mínimo, maus gestores. Se a empresa for forçada a prestar tal obrigação, estará subvertendo o equilíbrio econômico-financeiro que deve estar presente nos contratos com a Administração Pública.

Mais acertada foi outra decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 460.271-SP, 2ª T., cuja relatora foi a eminente Ministra Eliana Calmon, em 06/05/2004 (Jurisprudência do STJ nº 20, maio de 2004), onde se procurou conciliar a situação de inadimplência e a natureza do devedor. Em sendo inadimplente o Município na obrigação do pagamento de contas de energia elétrica, ficou decidido que a suspensão do serviço poderá atingir certos órgãos, como o ginásio de esportes, o depósito, almoxarifado, paço municipal, a Câmara Municipal. Todavia não poderia alcançar os serviços essenciais como escolas, hospitais, repartições públicas.

Deveras, utilizou-se no caso o princípio da proporcionalidade [9], em virtude do prejuízo que sofreria a população. O princípio da proporcionalidade tem sede constitucional [10] e obedece a certos critérios, de modo a evitar o excessivo subjetivismo do juiz. São eles: a) a adequação entre os meios utilizados e os fins pretendidos; b) a proporcionalidade em sentido estrito, como modo de ponderação dos valores em questão; e c) o menor sacrifício possível ao bem considerado menos importante.

É a partir do princípio da proporcionalidade que se opera o a “sopesamento” dos direitos fundamentais (livre iniciativa vs. interesse público), bem como de seus bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto solução ajustadora de coordenação e combinação dos bens em colisão.

Sylvia Marlene Castro de Figueiredo nos alerta que “por força do princípio da proporcionalidade, no controle jurisdicional do ato administrativo deve-se observar se a medida adotada não transbordou, na prática, os limites necessários para a implementação daquela necessidade administrativa, pois o sacrifício de direitos privados em excesso não é justificado para a implementação do direito público”.

Não podemos olvidar que a atual fase do desenvolvimento do direito, na qual vivemos, é o pós-positivismo, onde os princípios têm força normativa, sendo equiparados às normas constitucionais.

Nesse diapasão, convém lembrar a sempre atual lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, na qual “violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Buscando o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade, Clèmerson Merlin Clève afirma que o referido princípio deriva do Estado de Direito (art. 1º, CF), confundindo-se com o princípio do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, CF). Paulo Bonavides considera o dito princípio como “direito positivo em nosso ordenamento constitucional (...) flui do § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”.

## 5. Conclusão

Desse modo, vemos que a inadimplência do Poder Público, quando este se coloca na posição de mero contratante, não pode obrigar o prestador do serviço a arcar com o pesado ônus de prestar o serviço sem remuneração, ou com o pagamento feito em épocas escolhidas ao alvedrio da Administração. Entretanto, os cidadãos, da mesma forma, não podem sofrer com a interrupção das atividades essenciais desenvolvidas pelo Estado. Portanto, valendo-se do princípio da proporcionalidade, em sua tripla acepção, o juiz deve conceder a suspensão dos serviços não essenciais, isto é, os assim considerados por lei ou os que, pela própria natureza, são havidos como de utilidade pública, cuja execução é facultada aos particulares.

## 6. Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 15ª. Edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Disponível em <<[www.cad.ufam.edu.br](http://www.cad.ufam.edu.br)>>. Acesso em 30 de abril de 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin & FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil. Março-agosto de 2002.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade. São Paulo: RCS, 2005.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

## 7. Notas:

[1] São as chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, adiante comentadas.

[2] Em outras palavras: sujeita-se ao regime jurídico de Direito Privado, mas incidindo regras do Direito Público.

[3] Os serviços *uti singuli* remunerados por tarifa (art. 175, parágrafo único, da CF) tem por finalidade remunerar o serviço público delegado a terceiro mediante concessão ou permissão. A tarifa engloba o custo do serviço mais o lucro do prestador.

[4] Gasparini lembra que existem autores que ainda mencionam o preço privado, que é estabelecido em livre concorrência, e o semiprivado, que é estabelecido pelo mercado, com a interferência da Administração Pública.

[5] Entendemos, apesar de vozes em contrário, que o preço público é o mesmo que tarifa. Para os que fazem distinção, esta reside no fato de que a tarifa é o valor cobrado na hipótese de delegação do serviço público, enquanto o preço público é o valor cobrado pelo Estado quando da exploração econômica de seu patrimônio, quase sempre nas atividades de monopólio.

[6] Sociedade de economia mista, cujo seu maior acionista é o Estado de Minas Gerais, detentor de 50,96% das ações ordinárias da Companhia.

[7] O STJ confirmou esse entendimento, por maioria dos votos, no Resp 628.833-RS, 1ª T., cujo relator foi o Min. JOSÉ DELGADO (Informativo STJ nº 214, jun /04).

[8] O artigo 3º do CDC equipara a Administração Pública, direta e indireta, a fornecedores de serviço.

[9] Não faremos distinção entre princípio da proporcionalidade, razoabilidade ou proibição do excesso, embora exista entre eles uma relação de fungibilidade, de complementação,. Neste trabalho consideraremos estes termos como sinônimos.

[10] Mesmo não estando explícito na Carta de 1988, a doutrina constitucionalista entende que o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional. Paulo Bonavides afirma que o dito princípio existe como norma esparsa pelo texto constitucional, enquanto Sylvia Marlene de Castro Figueiredo o entende como um princípio constitucional implícito (porque não está expresso na Constituição) e pleno ou genérico (porque vincula todos os agentes públicos). O STF, em diversos julgados, como na ADI n. 1753/DF, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, D.J. de 12/06/98, também entende que este princípio encontra forças na Constituição.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2612/A-suspensao-da-prestacao-do-servico-publico-quando-o-utente-e-o-Poder-Publico>  
Acesso em: 16 jun. 2009.