

FERNANDO COSTA DE AZEVEDO

**A PARTICIPAÇÃO DOS CONSUMIDORES
BRASILEIROS NO CONTROLE DA PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

MESTRADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

FLORIANÓPOLIS - 2000

FERNANDO COSTA DE AZEVEDO

**A PARTICIPAÇÃO DOS CONSUMIDORES
BRASILEIROS NO CONTROLE DA PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação apresentada à banca examinadora do
Curso de Pós- Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito, sob a
orientação do professor doutor Fernando Noronha

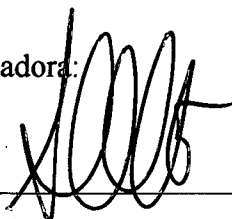
FLORIANÓPOLIS - 2000

**A PARTICIPAÇÃO DOS CONSUMIDORES BRASILEIROS NO CONTROLE DA
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

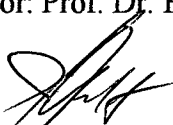
FERNANDO COSTA DE AZEVEDO

Dissertação de mestrado defendida e aprovada pela banca examinadora, constituída pelos senhores:

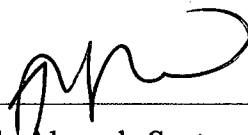
Banca examinadora:



Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori (Presidente)
(Orientador: Prof. Dr. Fernando Noronha)



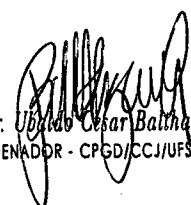
Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel (Membro)



Prof. Dr. Edvaldo Alves de Santana (Membro)

Prof. Msc. Paulo de Tarso Brandão (Suplente)

Florianópolis, 8 de agosto de 2000.



Prof. Dr. Ubaldino Cesar Balthazar
COORDENADOR - CPGD/CCJ/UFSC

AGRADECIMENTOS

Nestes dois anos e meio de caminhada, foram muitas as pessoas que, com maior ou menor intensidade, contribuíram não apenas para a realização desta dissertação, mas principalmente, para que eu me tornasse um ser humano melhor do que sou.

Gostaria muito de agradecer aos professores Itiberê de Oliveira Rodrigues, Pedro Moacyr Pérez da Silveira, Circe Cunha, Lia Palazzo Rodrigues e Marco Aurélio Romeu Fernandes pelo incentivo à realização deste mestrado.

Ao Prof. Antônio Carlos Wolkmer, meu primeiro contato com este curso de mestrado, pelas aulas de Teoria Política, por seu incentivo e pela delicadeza de sua pessoa.

Às ‘gurias’ da secretaria do CPGD (Melissa, Rose e Gilvana) pelo esforço prestado nas maiores e menores informações de que eu precisei, pela simpatia e pelo carinho.

Ao Prof. Mário Lange S. Thiago, pelo inestimável auxílio à conclusão desta dissertação e por nossos ‘papos extrajurídicos’.

Ao meu orientador, Prof. Fernando Noronha, por ter apostado no meu trabalho e pelo incentivo, sempre sincero e amigo, à defesa de minhas idéias.

Aos meus queridos amigos e colegas de mestrado, em especial à Letícia, Mônica, Ester, Joseane, Luiz Magno (extensivo à ‘galera’ do Pará), Carlos, Chico, Rogério (baiano), Rogério, Cristhian, Eduardo, Júlio, Willian, Leila, Rachele, Karina, Nina, Leonardo e Daniel, por todos os bons momentos que passamos juntos.

À querida amiga Lovane, que tão cedo partiu deste mundo, pela eterna saudade e pela lembrança de sua alegria de viver.

Aos meus queridos amigos de Pelotas (Gilnei, Luciano, Rafael, Lúcia, Lorena, Balreira, Fernando, Amadeu, Ádrio, Damé, Fabricio, Augusto, André, Paulo, Rafael ('Magrinho') e Guilherme) e àqueles que conheci em Florianópolis (Jeanette, Juan, Alessandra, Miguel, Nilcéia, Fernanda, Ana, Mariana, Adolfo, Carlos, Fábio, Iuri, Cristiano, Bob, Micheline, Tatiana, Marielza, Clarissa, Eliane, Cristine, Maurício, Bela, Malú, Orlando, Elisabeth e Sandé), pelos momentos de alegria, e pela força que me deram nas horas difíceis.

Aos primos Roni, Kátya, André e Léo, por terem me acolhido como filho e irmão nestes dois anos e meio longe de casa.

À Viviane, pelos cinco anos que passamos juntos.

Ao Ed, por nossa Grande Amizade (no mais profundo e verdadeiro sentido da expressão).

Aos meu pais, meu irmão e minha avó, que foram, são, e sempre serão o meu porto seguro de carinho, compreensão e amor.

À Deus, pelo Dom da minha vida !

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGERGS.....	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
ANATEL.....	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL.....	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP.....	Agência Nacional de Petróleo
BCB.....	Banco Central do Brasil
CADE.....	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBT.....	Código Brasileiro de Telecomunicações
CDC.....	Código de Defesa do Consumidor
CF.....	Constituição Federal
CNSP.....	Conselho Nacional de Serviço Público
COESQ.....	Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos
CTN.....	Código Tributário Nacional
CUV.....	Cadastro de Usuários Voluntários
DNAEE.....	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
DPDC.....	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
LDB.....	Lei de Diretrizes e Bases da Educação
LPDU.....	Lei de Participação e Defesa dos Usuários
PND.....	Plano Nacional de Desestatização
PNRC.....	Política Nacional de Relações de Consumo
PROCON.....	Procuradoria de Defesa do Consumidor
SEAE.....	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SDE.....	Secretaria de Direito Econômico
TCU.....	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

RESUMO.....	XI
RESUMEN.....	XII
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I - A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	04
1.1. O Direito Administrativo no Brasil e sua inserção no contexto do Estado Empresário.....	04
1.2. Os princípios do Direito Administrativo como fundamento para a prestação de serviços públicos.....	06
1.2.1. Princípio da supremacia do interesse público.....	07
1.2.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público.....	08
1.3. O conceito jurídico de serviço público a partir do sistema constitucional brasileiro.....	09
1.3.1. A interpretação conforme à Constituição e a noção de sistema constitucional.....	11
1.3.2. A interpretação lógico- sistemática do texto constitucional e o conceito jurídico de serviço público.....	12
1.3.3. Serviços públicos e funções irrenunciáveis do Estado.....	15
1.3.4. Serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito.....	18
1.3.5. Atividades consideradas como serviços públicos na Constituição de 1988.....	20
1.3.6. Serviços públicos em seu sentido técnico: atividades administrativas.....	23

1.4. Titularidade e execução: as formas de prestar serviços públicos.....	25
1.4.1. A execução direta.....	26
1.4.2. A execução indireta.....	28
1.4.3. O retorno das concessões no Brasil e o processo de privatização dos serviços públicos.....	29
1.5. A relação jurídica entre prestadores (públicos ou privados) e usuários de serviços públicos.....	36

CAPÍTULO II - A TUTELA JURÍDICA DOS CONSUMIDORES E A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS..... 38

2.1. Motivações para o surgimento da tutela consumerista.....	38
2.1.1. O fenômeno da massificação social.....	38
2.1.2. O princípio da vulnerabilidade dos consumidores.....	41
2.2. A tutela jurídica dos consumidores brasileiros: da Constituição de 1988 ao Código de Defesa do Consumidor.....	44
2.2.1. Exigência constitucional.....	44
2.2.2. Defesa do consumidor como princípio constitucional da Ordem Econômica.....	45
2.2.3. O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico.....	48
2.2.4. O conceito econômico de consumidor no CDC.....	52
2.3. A prestação de serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor.....	53
2.3.1. O conceito genérico de serviço.....	53
2.3.2. A prestação de serviços públicos como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo.....	54
2.3.3. A prestação de serviços públicos como direito básico do consumidor.....	55

2.3.4.A responsabilidade civil (objetiva) do Estado.....	56
2.3.5.Sanções administrativas sobre a prestação de serviços públicos no CDC.....	59
2.3.6.Direitos e deveres dos consumidores- usuários: a relação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n. 8.987/ 95.....	59
2.3.7.A polêmica sobre a inserção das taxas como remuneração de serviços públicos no CDC.....	61
2.3.8.O Estado como fornecedor.....	64
2.3.9.A efetividade das normas jurídicas do CDC em meio às privatizações.....	65
2.4.A privatização de serviços públicos e a possibilidade de concorrência entre os prestadores privados.....	66

CAPÍTULO III - A PARTICIPAÇÃO DOS CONSUMIDORES BRASILEIROS NO CONTROLE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS..... 70

3.1.A participação dos consumidores como forma de exercício da cidadania.....	70
3.1.1.O conceito de cidadania e sua relação com a defesa dos consumidores.....	70
3.1.2.Os consumidores e o Estado Democrático de Direito.....	74
3.1.3.Os consumidores de serviços públicos e sua relação com a nova Administração Pública.....	76
3.2.A participação dos consumidores nas agências reguladoras.....	79
3.2.1.Localizando as agências reguladoras no atual contexto jurídico- político estatal..	79
3.2.2.Agências reguladoras como espécie de agência estatal.....	82
3.2.3.Agências reguladoras e organizações sociais: distinções.....	84
3.2.4.A fiscalização a cargo dos consumidores na Lei n. 8.987/ 95.....	85
3.2.5.A ANATEL	86
3.2.6.A ANEEL.....	93
3.2.7.Prestador de serviços públicos como consumidor de energia elétrica.....	95
3.2.8.A ANP, o CADE e o Banco Central com agências reguladoras federais.....	96

3.2.9.O papel da AGERGS no Rio Grande do Sul e a criação do Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos.....	98
3.2.10.A relação entre a AGERGS e as agências reguladoras federais.....	101
3.3.A nova Lei de Participação e Defesa dos Usuários.....	102
3.3.1.Abrangência da LPDU e o conceito de serviços públicos.....	103
3.3.2.O serviço público adequado e os momentos onde se inscreve a participação dos usuários.....	105
3.3.3.Os direitos e deveres dos usuários e outras disposições.....	105
3.3.4.Os meios institucionais de participação dos usuários na LPDU.....	106
3.3.5.A LPDU e a efetividade das legislações anteriores.....	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119
ANEXOS.....	133

RESUMO

O objetivo central deste trabalho consiste em analisar as formas institucionalizadas de participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos. Para tal, busca-se apreciar o complexo sistema normativo brasileiro, considerando não apenas os critérios para a prestação de serviços públicos, como também a definição de direitos e deveres relativos a essa prestação.

Partindo de uma incursão no Direito Administrativo, a prestação de serviços públicos é apresentada como atividade administrativa, por isso subordinada a princípios jurídicos que sobrepõem o interesse público ao interesse privado. Ainda que seja um dos fundamentos da prestação de serviços públicos, o conceito de interesse público é relativizado: ele corresponde ao momento histórico de uma sociedade, cuja apreensão jurídica não ocorre senão pela letra da lei.

Por esta razão, submete-se o conceito de serviço público a uma hermenêutica constitucional, através da qual se conclui que o seu alcance fica limitado ao setor das *atividades econômicas*, submetidas a um regime jurídico de direito público. Aos serviços públicos contrapõem-se as atividades econômicas em sentido estrito e, principalmente, as *funções irrenunciáveis do Estado*.

Por outro lado, devido às transformações jurídico-políticas no campo da atuação estatal, dá-se grande importância à recente sistematização normativa em torno das formas de *delegação* da prestação de serviços públicos à iniciativa privada (as concessões e permissões), imersas no contexto atual de *privatização das atividades econômicas do Estado*.

Mostra-se também que a inserção da matéria atinente à prestação de serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor, deve-se ao fato de que a relação jurídica existente entre os prestadores (públicos ou privados) e os usuários configura-se como típica *relação de consumo*, i. é., relação de *natureza econômica*, na qual os usuários (consumidores) são a parte mais vulnerável. A presença do Código de Defesa do Consumidor se faz necessária, na medida que este sistema normativo tem a finalidade de sobrepôr o interesse público (proteção dos consumidores) ao interesse privado (poder político e econômico dos fornecedores).

Considerando a definição de serviços públicos segundo a sistemática constitucional, bem como o regime jurídico dos consumidores (usuários), examina-se a *participação* dos consumidores no controle da prestação desses serviços. Esta, entendida como uma das formas de exercício da *cidadania*, pretende auxiliar o Estado a preservar o ambiente competitivo entre as recentes prestadoras privadas (empresas), e a garantir a qualidade (adequação) dos serviços prestados.

É seguindo esse entendimento que, no atual processo jurídico-político de *reforma da Administração Pública Brasileira*, o conceito operacional de *controle* se restringe às formas de atuação dos consumidores no âmbito das recentes *agências reguladoras* (federais e estaduais). Trata-se de uma concepção que é visível, também, nos projetos já existentes sobre a Lei de Participação e Defesa dos Usuários, a qual virá a integrar o atual *regime jurídico dos consumidores de serviços públicos*.

RESUMEN

El objetivo central de este trabajo consiste en analizar las formas institucionalizadas de participación de los consumidores brasileños en el control de la prestación de los servicios públicos. Para ello, se busca apreciar el complejo sistema normativo brasileño, considerando no solo los criterios para la prestación de servicios públicos, así como también la definición de derechos y deberes relativos a esa prestación.

Partiendo de una incursión sobre el Derecho Administrativo, la prestación de servicios públicos es presentada como una actividad administrativa, por eso es subordinada a principios jurídicos que sobreponen el interés público al interés privado. Aunque sea uno de los fundamentos de la prestación de servicios públicos, el concepto de interés público *es* relativizado: el corresponde al momento histórico de una sociedad, cuya aprehensión jurídica no ocurre sino por la letra de la ley.

Por esta razón, se somete el concepto de servicio público a una hermenéutica constitucional, a través de la cual se concluye que su alcance queda limitado al sector de las *actividades económicas*, sometidas a un régimen jurídico de derecho público. A los servicios públicos se contraponen actividades económicas en sentido estricto y, principalmente, las *funciones irrenunciables del Estado*.

Por otro lado, debido a las transformaciones jurídico-políticas en el campo de la actuación estatal, se da gran importancia a la reciente sistematización normativa en torno a las formas de *delegación* de la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada (las concesiones y permisos), inmersas en el contexto actual de la *privatización de las actividades económicas del Estado*.

Se muestra también, que la inserción de la materia atinente a la prestación de servicios públicos en el Código de Defensa del Consumidor, se debe al hecho de que la relación jurídica existente entre los prestadores (públicos o privados) y los usuarios se configura como típica *relación de consumo*, esto es, relación de *naturaleza económica*, en la cual los usuarios son la parte más vulnerable. La presencia del Código de Defensa del Consumidor se hace necesaria, en la medida que este sistema normativo tiene la finalidad de sobreponer el interés público (protección de los consumidores) al interés privado (poder político y económico de los proveedores).

Considerando la definición de servicios públicos según la sistemática constitucional, bien como el régimen jurídico de los consumidores (usuarios), investigase la *participación* de los consumidores en el control de la prestación de esos servicios. Esta, entendida como una de las formas de ejercicio de la *ciudadanía*, pretende auxiliar al Estado a preservar el ambiente competitivo entre las recientes prestadoras privadas (empresas), y garantizar la cualidad (adecuación) de los servicios prestados.

Es siguiendo ese entendimiento que, en el actual proceso jurídico-político de *reforma de la Administración Pública Brasileña*, el concepto operacional de *control* se restringe a las formas de actuación de los consumidores en el ámbito de las recientes *agencias reguladoras* (federales y estatales). Se trata de una concepción que es visible, también, en los proyectos ya existentes sobre la Ley de Participación y Defensa de los Usuarios, la cual vendrá a integrar el actual *régimen jurídico de los consumidores de servicios públicos*.

*“ Ser jovem
é ousar sempre
os sonhos
de mudar o mundo.
Pra sacudir o pó
das idéias ultrapassadas,
dos que se levam muito à sério.
E não sabem
que a vida é rio que corre,
pensamento que evolui,
futuro que se arrisca.
E não se detém
na velhice dos que se negam
à participação que anima
todo anseio coletivo “*

(Joaquim Luís Duval).

INTRODUÇÃO

O objeto desta dissertação consiste no exame da *participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Busca-se analisar, com base no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, a possibilidade dos consumidores defenderem o direito a uma liberdade de escolha (art. 6º, II do CDC) e a uma adequada e eficaz prestação de serviços públicos (art. 6º, X do CDC), através da participação no âmbito das recentes agências reguladoras (federais e estaduais). Além disso, discute-se os textos dos projetos sobre a futura Lei de Participação e Defesa dos Usuários a qual poderá estimular ainda mais a participação dos consumidores de serviços públicos no âmbito da Administração Pública.

A fim de serem alcançados os objetivos específicos da dissertação, com a coerência e a lógica exigíveis na elaboração de um trabalho científico, adotou-se a seguinte divisão de capítulos: O primeiro capítulo (*A prestação de serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro*) pretende, primeiramente, demonstrar que a prestação de serviços públicos está vinculada aos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Em segundo lugar, busca definir o conceito jurídico de serviço público no texto da Constituição Federal. Em terceiro lugar, diferencia os serviços (públicos) das funções (irrenunciáveis do Estado) e das atividades econômicas em sentido estrito.

Expostas essas considerações iniciais, o capítulo passa a tratar das formas de prestação dos serviços públicos, onde busca diferenciar a titularidade da execução de serviços públicos (sendo esta subdivida em execução direta e indireta), e confirmar o processo de privatização dos serviços públicos como tendência responsável pelo retorno dos contratos de concessões no Brasil. Por fim, pretende mostrar porque a relação jurídica entre prestadores (públicos ou privados) e usuários (consumidores) configura-se como espécie de relação de consumo.

O segundo capítulo (*A tutela jurídica dos consumidores e a prestação de serviços públicos*) pretende, em linhas gerais, analisar a inserção da matéria atinente à prestação de serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, inicia com a análise dos motivos que levaram os Estados (inclusive o Brasil) a tutelar juridicamente os consumidores: o fenômeno da massificação social e o reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores nas relações de consumo.

Encerrada esta análise preliminar, passa-se ao estudo da tutela consumerista no Brasil. Inicialmente, o Código de Defesa do Consumidor é apresentado como fruto de uma exigência constitucional, expressa na forma de regras e princípios jurídicos como o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V da CF). As normas jurídicas do Código são entendidas como objeto de estudo do Direito Econômico, e representam a intervenção estatal destinada a sobrepor o interesse público (defesa do consumidor) à dinâmica das relações de consumo, a qual está baseada em uma lógica econômica privatística (lucro).

Além disso, o capítulo pretende ainda apresentar o conceito jurídico-econômico de consumidor expresso no Código para, a seguir, analisar as normas jurídicas que contemplam a matéria dos serviços públicos. Por fim, pretende demonstrar a incidência de um ambiente competitivo entre as empresas privadas prestadoras de serviços públicos, bem como a necessidade de garantir a efetivação dos princípios da livre concorrência e defesa do consumidor.

O terceiro e último capítulo (*A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação dos serviços públicos*) destina-se a apresentar o objeto central desta dissertação, com base nas considerações feitas nos capítulos anteriores. Especificamente, visa abordar as seguintes questões: o reconhecimento de que a participação dos consumidores, como parceiros do Estado (leia-se Administração Pública) no controle da prestação de serviços públicos, representa o exercício da cidadania ativa; a definição de controle, enquanto atuação junto às agências reguladoras federais ou estaduais; a contextualização jurídico-política das agências reguladoras e a distinção entre estas e outras pessoas jurídicas públicas e privadas.

Bem delimitado o conceito de agências reguladoras, o capítulo pretende apresentar a estrutura e o funcionamento das recentes agências federais – que se encontram dispostas nas legislações sobre os serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica – e verificar a possibilidade de participação dos consumidores no âmbito dessas e das agências estaduais (destacando-se a agência reguladora do Rio Grande do Sul – AGERGS – e a inovação do Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos).

Por fim, o capítulo fará uma análise dos textos normativos (projeto e anteprojeto de lei) que dispõem sobre o provável conteúdo da futura Lei de Participação e Defesa dos Usuários, privilegiando os dispositivos legais relativos: ao âmbito de validade da Lei; à abrangência dos usuários *lato sensu* (consumidores e usuários-contribuintes); às finalidades da participação dos usuários; aos direitos e deveres dos usuários; aos meios institucionais de participação dos usuários; à efetividade da Lei em relação a legislações anteriores, como as responsáveis pela regulamentação da ANATEL e da ANEEL.

Para a realização da dissertação, a metodologia de abordagem não constou apenas de um, mas de dois métodos, visto que, no decorrer do trabalho alternaram-se os métodos *indutivo e dedutivo*, motivo pelo qual é referida a utilização de ambos. Para a metodologia de procedimento, adotou-se o método *analítico-descritivo*. E sobre as técnicas de pesquisa, foram empregadas a *bibliográfica (doutrina) e documental (análise de legislação e projetos de legislação)*.

A intenção deste trabalho é, na verdade, tecer *prévias considerações* acerca do tema escolhido. Diz-se *prévias considerações*, porque não se pretende dar por encerrados os estudos sobre o assunto, tendo em vista, em primeiro lugar, as delimitações adotadas por este pesquisador. Em segundo lugar, pela atualidade do tema, aspecto importante, no qual deposita-se a esperança de que as idéias e posicionamentos aqui defendidos despertem a curiosidade e o interesse dos operadores jurídicos, estimulando a produção do debate e a realização de novas pesquisas.

CAPÍTULO I

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. O Direito Administrativo no Brasil e sua inserção no contexto do Estado Empresário

Compreender o Direito Administrativo como ramo autônomo da Ciência Jurídica requer um necessário recorte histórico. Trata-se de observar a atividade administrativa do Estado a partir do momento em que o Direito impõe limites ao poder político daquele através da existência de um texto constitucional. Em outros termos, o surgimento do Direito Administrativo, nos moldes considerados, confunde-se com o aparecimento do Estado Liberal clássico¹.

Assim, mesmo que se reconheça a existência de uma estrutura administrativa, não cabe falar em Direito Administrativo no período medieval², e nem mesmo durante o período da primeira construção do Estado Moderno, que abrigou as Monarquias Absolutistas³. Isto, porque todo poder político era *personalizado*, i. e., estava concentrado na figura do *soberano*⁴, cuja máxima pode ser expressa na afirmação do rei Luís XIV: *L'État c'est moi*.

¹ TÁCITO, 1997, p. 01.

² MOREIRA NETO, 1974, p. 57.

³ DALLARI, 19ª ed., p. 43; e ALCUAVIVA, 1994, p. 03. O Estado Moderno é entendido, aqui, como o Estado Nação. Por isso é que pode-se incluir os Estados Absolutistas neste conceito – embora muitos autores atribuam o surgimento do Estado Moderno ao Estado Constitucional de Direito (Estado Liberal clássico).

⁴ O Estado Absolutista teve, como um de seus maiores defensores, o inglês Thomas Hobbes. Considerado um dos precursores do jusnaturalismo, reconhece, em sua obra *O Leviatã*, a existência de um Direito Natural e de um Direito Positivo, sendo que este deve prevalecer sobre o primeiro. Para Hobbes, a lei natural não tem caráter jurídico, pois a vontade do soberano está fora do Direito. O soberano é quem determina a validade de seus mandamentos, estes sim, de natureza jurídica, verdadeiro direito positivo do Estado (Cf. ARGÜELLES, 1984, p. 47).

No Brasil, o Direito Administrativo desponta realmente a partir da chamada *Segunda fase da República*, iniciada após a ‘Revolução de 1930’⁵. A partir desse período, assiste-se à consagração constitucional dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como à inserção, inédita até então, de um capítulo sobre a *Ordem Econômica* na Constituição (1934)⁶. A Carta de 1934 inova em relação a anterior (1891), ao apresentar o Estado enquanto *empresário*, i. é., interventor direto na prestação de atividades que, a princípio, poderiam ser desempenhadas pela iniciativa privada⁷.

O Direito Administrativo brasileiro assume, a partir dessa Constituição, uma nova feição, devido ao crescimento da *máquina estatal* (leia-se o aumento de funcionários públicos, e a criação de *novas pessoas jurídicas públicas*, a saber, as *autarquias*⁸), no intuito de bem executar tais atividades, estranhas ao campo de atuação estatal⁹.

⁵ No período *colonial* o Brasil esteve submetido às instituições portuguesas. No *império*, em que pese a existência de uma administração pública mais organizada do que aquela do período colonial, a jurisdição administrativa era atribuída a um Conselho de Estado onde ao Imperador cabiam as decisões sendo, a estrutura administrativa, regida por regras de direito privado. Por fim, a primeira fase da *república*, inspirada no modelo norte-americano, pouco contribuiu para o desenvolvimento do Direito Administrativo que se conhece nos dias de hoje.

⁶ No início do segundo capítulo (item 2.2.2), serão feitos breves comentários acerca do que venha a ser uma ‘ordem econômica’ em relação à Constituição. Para uma análise menos dogmática sobre a transição entre a primeira e a segunda fase do regime republicano no Brasil, v. WOLKMER, 1989, p. 28-35 e p. 123-132.

⁷ O Título IV da Constituição de 1934 (que abrange os arts. 115 a 143) traz inovações históricas, como a intervenção do Estado em atividades de execução exclusiva da iniciativa privada (art. 116) e a garantia dos direitos sociais trabalhistas (art. 121, parágrafos 1º e 2º). Principalmente no que toca à ordem econômica, o Estado recebeu a denominação de *empresário*, na medida em que passou a prestar certas atividades, impulsionado por um *interesse ou motivação econômica*, quais sejam, os *serviços públicos* e as *atividades econômicas em sentido estrito*. Sobre a distinção entre estas duas espécies de atividades econômicas do Estado tratará, ainda neste capítulo, o item n. 1.3.4. De momento, resta observar que a prestação de *serviços públicos*, além da motivação econômica, encontra fundamento na satisfação, pela Administração Pública, do interesse público (do Estado) o qual, neste caso, identifica-se com a prestação de comodidades materiais *aos cidadãos* para a melhora da condição de vida dos mesmos.

⁸ Sobre as autarquias como pessoas jurídicas de direito público, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello desenvolve raciocínio que não poderia ser ignorado. Afirma, pois, o autor: “A palavra autarquia foi transplantada do grego para a língua de origem latina moderna, e, em primeiro lugar, para a língua italiana. É formada por dois elementos justapostos *autos* (próprio) e *arquia* (comando, governo, direção). Portanto, etimologicamente, significa comando próprio, governo próprio, direção própria. Cogitam essas pessoas jurídicas de direito público de levar a bom termo as atribuições que lhe são conferidas pelo Estado como próprias, e, dessa forma, correspondem a órgãos indiretos do Estado, dotadas de personalidade. Na verdade, o interesse peculiar de uma autarquia é, outrossim, interesse do Estado” (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 186).

⁹ Destaque-se, nesse período, a criação do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público). Para maiores detalhes sobre a criação e desenvolvimento deste órgão, v. GOUVÊA, 1994, p. 99- 108.

Em suma, o Direito Administrativo brasileiro, a partir das modificações jurídico-políticas ocorridas no início da segunda fase do regime republicano, identifica-se, não apenas com as normas jurídicas¹⁰ relativas às antigas atividades administrativas – como o *poder de polícia* – mas, também, com as normas jurídicas que dispõem sobre as *novas* atividades administrativas, a saber, a *prestação de atividades econômicas* (dentre as quais, os *serviços públicos*). Tais atividades não se realizarão, entretanto, sem a concordância com o conteúdo de certos *princípios jurídicos*, específicos à atividade administrativa.

1.2. Os princípios do Direito Administrativo como fundamento para a prestação de serviços públicos

Assim sendo, importa considerar que o estudo do Direito Administrativo está submetido a diversos princípios jurídicos, em especial o princípio da *legalidade*: a Administração Pública só pode agir nos limites estabelecidos pela lei. Além deste princípio, deve-se privilegiar a análise de mais dois em especial, pois além da estreita relação que mantém com o primeiro, encontram-se ainda diretamente vinculados a um conceito de vital importância para a prestação de *serviços públicos*, a saber, o conceito de *interesse público*¹¹.

¹⁰ Segundo o entendimento de Hely Lopes Meirelles o Direito Administrativo pode ser equiparado ao conjunto de regras e princípios jurídicos “... que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”. (Cf. MEIRELLES, 1994, p. 29).

¹¹ Por interesse público entende-se o interesse *do Estado*, uma vez que este é uma *pessoa jurídica de direito público*. Por esta razão, é necessário que se faça uma ressalva sobre a expressão ‘*interesse da Administração Pública*’. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração Pública exerce apenas *função administrativa*, i. é., sua existência está condicionada a um ‘*dever-poder*’ de “... *satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem*”. (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 31). A Administração Pública age no *interesse de outrem* (leia-se, *interesse do Estado*). O Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, é representado por uma de suas extensões, a saber, a *Administração Pública*. Esta, no exercício de suas *funções administrativas*, age no sentido de satisfazer os interesses da pessoa do Estado. Expostas estas observações, deve-se enfatizar que o interesse público poderá ou não estar relacionado a um interesse *social* (satisfação de necessidades sociais). É o que ocorre, p. ex., na prestação de serviços públicos: o interesse do Estado

Sendo interesse *do Estado*, o conceito de interesse público deve ser compreendido desde uma perspectiva *histórica*. Desta feita, não parece correta a afirmação de que existam interesses públicos *objetivos* (interesses *em si mesmos*). O interesse público só se torna um interesse *juridicamente relevante*, a partir do momento em que, procedendo-se a uma *valorização pelo poder público* em determinado contexto histórico, o resultado da mesma se possa exprimir através de uma *norma jurídica*. Em suma, o interesse público (interesse *subjetivo*, interesse *do Estado*) é conhecido *apenas através da lei*. É o texto legal que confere valor jurídico ao interesse público, e obriga a Administração Pública a agir conforme certos princípios jurídicos específicos.

1.2.1. Princípio da supremacia do interesse público

Há um certo grau de desigualdade entre a Administração Pública e os administrados, decorrente de um regime jurídico de *privilégio (supremacia)* da primeira em relação aos últimos. Segundo o raciocínio de Celso Antônio Bandeira de Mello,

“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”¹²(grifamos).

identifica-se com interesses sociais, mas nem todo interesse público é interesse social. Essa opinião é defendida também por AGUILLAR, 1999, p. 120, cuja obra perpassa praticamente todo este trabalho.

¹² BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 55.

Através do mencionado princípio a Administração Pública poderá agir, no cumprimento de suas funções administrativas e *nos limites estabelecidos pela lei (princípio da legalidade)*, a fim de, p. ex., constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais (imperativos)¹³, ou de *revogar os próprios atos, quando inconvenientes ou inoportunos*, ou ainda, de *anular atos inválidos* em atitude de *autotutela administrativa*¹⁴.

É importante ressaltar que não se justifica o regime jurídico de privilégio (supremacia) da Administração Pública, senão para garantir a efetivação do interesse público. Ou seja, a *supremacia* é exercida *pela* Administração Pública para salvaguardar interesse *do Estado*. O princípio em questão é, nesse sentido, fundamento para a existência da desigualdade jurídica entre a Administração Pública – que atua para satisfazer o interesse público (*do Estado*) – e os administrados, em seus interesses individuais.

1.2.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público

Este princípio não é, senão, decorrência do primeiro. Assim, se a Administração Pública não possui interesse próprio, mas age para satisfazer o interesse do Estado, então os agentes administrativos não têm o direito de dispor desse interesse como se o mesmo estivesse livre para apropriação privada. Aos órgãos e agentes administrativos cabe, antes de mais nada, o *dever de curá-lo nos termos da finalidade a que estão adstritos*¹⁵.

Esses são, pois, os princípios jurídicos *diretamente vinculados* à noção de interesse público e que regem, juntamente com o princípio da *legalidade*, a prestação de serviços públicos no âmbito do Direito Administrativo¹⁶. A atividade prestacional de serviços

¹³ *Idem, ibidem*. Exemplo claro de um ato administrativo unilateral (imperativo), em cumprimento ao princípio da supremacia do interesse público, configura-se na intervenção estatal na propriedade privada, em especial, no ato de declaração de utilidade pública, expedido em meio ao processo de *desapropriação*.

¹⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁵ *Idem*, p. 33

¹⁶ Dos três princípios jurídicos analisados, apenas o primeiro (princípio da legalidade) encontra-se positivado na Constituição, em especial, como princípio geral da Administração Pública. Quanto aos outros dois, conforme a afirmação supracitada de Celso Antônio Bandeira de Mello, constituem-se em princípios jurídicos cuja posituação constitucional não se encontra senão implícita em outras normas jurídicas da Constituição. Sobre o rol de princípios gerais da Administração Pública dispõe o art. 37, *caput* da

públicos surge, desta maneira, como espécie de atividade *da Administração Pública*, que, como visto, não age senão em nome do interesse público.

Uma vez aclarado o conceito de *interesse público* e definidos os princípios jurídicos que lhe são peculiares, deve-se precisar o que venham a ser *serviços públicos*. Tendo em vista a vinculação entre a prestação de serviços públicos e o interesse público que, em determinada época, justifica tal prestação, tem-se, como acertada, a idéia de que, assim como não há interesse público em si mesmo ou por natureza, e sim, um interesse público *declarado normativamente*, também não existe um conceito de serviço público em si mesmo, pois este conceito será sempre o resultado do que o intérprete do Direito *descobrir* no âmbito do ordenamento jurídico, onde a Constituição deverá ser analisada em primeiro lugar¹⁷.

1.3. O conceito jurídico de serviço público a partir do sistema constitucional brasileiro

Para que se possa entender o que venha a ser *serviço público*, se faz necessário, em primeiro lugar, observar a natureza dos conceitos existentes, de longa data, na doutrina brasileira. Sobre o assunto, expõe Fernando Herren Aguillar:

Constituição Federal, sendo que no decorrer do trabalho será dado ainda menção especial ao princípio da *eficiência*.

¹⁷ A prestação de serviços públicos (*serviços do Estado*) e o conceito de interesse público (*interesse do Estado*) estão, antes de mais nada, vinculados ao *princípio da legalidade*. Como visto, a Administração Pública realiza, na prestação desses serviços, o interesse público do Estado. Entretanto, o agir administrativo, em que pese a parcela de discricionariedade presente em alguns atos da Administração, deverá estar vinculado aos limites da lei, ou seja, deverá respeitar o *princípio da legalidade*. Entende-se que a descoberta do conceito jurídico de serviço público deve partir da Constituição por ser esta a lei maior de qualquer ordenamento jurídico. Se a Constituição for esquecida, em detrimento de uma lei infraconstitucional, corre-se o risco do conteúdo desta lei não estar de acordo com os princípios e regras constitucionais que, como se sabe, devem orientar o restante do ordenamento jurídico. Se a Constituição nada dispõe sobre serviços públicos, deixando que uma lei ordinária ou complementar cuide da matéria, apenas neste caso o intérprete pode, sem riscos, buscar o conceito de que se trata fora do Texto Maior. Entretanto, o trabalho demonstra que, uma vez procedida uma leitura da Constituição de 1988, é possível extrair do seu texto não apenas o conceito de serviço público, como também as condições para que se desenvolva sua prestação.

“... as definições correntes sobre serviço público têm tido caráter meramente didático, visto que não se trata de conceitos ou definições de ordem jurídica. Remetem a generalizações daquilo que os doutrinadores têm visto ao longo do tempo como serviço público, ou filiam-se a remotas tradições que são perpetuadas sem a necessária crítica”¹⁸.

De fato, o autor critica o que denomina de *conceituações essencialistas*, as quais restringem a análise do intérprete na fixação de critérios abstratos como *bem comum*, *necessidade coletiva*, etc. Agindo assim, o intérprete corre o risco de se descuidar daquilo que é mais importante: o fato do conceito de serviço público estar vinculado – assim como o próprio conceito de interesse público – à valoração histórica do Estado, expressa *normativamente (princípio da legalidade)* na Constituição ou em uma lei infraconstitucional. Nesse sentido, afirma o autor :

“Em nossa organização social contemporânea não se pode falar em desconsideração da lei em sentido amplo sem entrar em colisão com valores tidos como fundamentalmente democráticos. Por isso, toda discussão sobre o conceito de serviço público tem como respaldo elementar em nossos dias aquilo que está previsto no ordenamento jurídico”¹⁹.

Rejeitadas assim as conceituações que expressem, em alguma medida, certas presunções de validade *universal*, conclui-se que o conceito de serviço público será o que a *lei* – em especial a Constituição – definir como tal.

¹⁸ AGUILLAR, 1999, p. 117.

1.3.1. *A interpretação conforme à Constituição e a noção de sistema constitucional*

O conceito jurídico de serviço público prende-se à interpretação do texto constitucional sobre a matéria, podendo-se afirmar sem hesitação, que a definição do conceito jurídico de serviço público é, antes de mais nada, uma questão de *hermenêutica constitucional*. A Constituição pode ser definida, segundo Streck, como o *topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico*²⁰. Como fundamento desta afirmação, o autor defende a existência do *princípio da interpretação conforme à Constituição*:

“Alçado à categoria de princípio, a interpretação conforme à Constituição é mais do que princípio, *é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela*”²¹.

Paulo Schier, adotando o mesmo raciocínio²², prefere chamar o supracitado princípio de *filtragem constitucional*:

“Utiliza-se a expressão “Filtragem Constitucional” em virtude de que ela denota a idéia de um processo em que toda ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e

¹⁹ *Idem*, p. 123.

²⁰ STRECK, 1999, p. 215.

²¹ *Idem*, p. 221.

²² A idéia de uma interpretação conforme à Constituição pressupõe, para ambos os autores, a existência do que Konrad Hesse denominou de *a força normativa da constituição*. Hesse, que não negou os processos históricos ou *fatores de poder* (Ferdinand Lassalle) que influenciam a elaboração e mesmo a modificação de uma Constituição, também sustentou a tese de que os aplicadores do Direito devem orientar suas condutas segundo a ordem normativa estabelecida no texto constitucional. A força normativa não representa a letra fria da lei, mas passa pela *vontade humana*, capaz de garantir que as forças sociais e históricas não se sobreponham à normatividade do texto constitucional. (Cf. HESSE, 1991, p. 9-32).

necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”²³.

Percebe-se, nas definições dos dois autores, a referência à Constituição enquanto *sistema constitucional*. Neste sentido, é relevante a preocupação de Paulo Bonavides em considerar o *sistema constitucional* como fórmula de conciliação entre as duas dimensões de um texto constitucional, quais sejam, a política e a jurídica²⁴.

Ou seja, o sistema constitucional é o *locus* da síntese entre o jurídico e o político. Guarda, não apenas as *regras* jurídicas, mas os valores maiores pelos quais devem estar de acordo todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, quais sejam, os *princípios*²⁵.

O princípio da *interpretação conforme à Constituição*, compreendida esta como um sistema de regras e princípios jurídicos, se presta a harmonizar o ordenamento jurídico infraconstitucional com o texto constitucional. Não cabe, entretanto, confundi-lo com a interpretação do próprio texto constitucional²⁶.

1.3.2. A interpretação lógico-sistemática do texto constitucional e o conceito jurídico de serviço público

Tratando-se de um *sistema*, a Constituição apresenta-se como um “...conjunto organizado de partes, relacionadas entre si, e postas em mútua dependência”²⁷. Existe,

²³ SCHIER, 1999, p. 104 (nota n. 05).

²⁴ BONAVIDES, 1998, p. 77. Paulo Schier, em relação à importância da Constituição enquanto sistema para a eficácia de sua *filtragem constitucional*, afirma que “... estas novas dimensões da dogmática jurídica constitucional decorrem especificamente do discurso da força normativa da Constituição e da compreensão da Constituição enquanto sistema” (Cf. SCHIER, 1999, p. 100).

²⁵ Trata-se, aqui, da classificação das normas jurídicas em *regras e princípios*. Defendida inicialmente por Ronald Dworkin (Cf. DWORKIN, 1989, p. 61-94) foi sustentada posteriormente por Robert Alexy (Cf. ALEXY, 1993, p. 81-86), o qual classificou as normas fundamentais (constitucionais) em regras e princípios, sendo estes condicionantes das primeiras.

²⁶ BONAVIDES, 1998, p. 474.

²⁷ *Idem*, p. 89.

pois, uma coerência na disposição das normas dentro deste sistema isoladamente considerado²⁸.

O princípio da *interpretação conforme à Constituição*, como demonstrado, orienta a interpretação do texto constitucional com o ordenamento jurídico infraconstitucional. Cabe, agora, apresentar outro método hermenêutico, onde o vocábulo ‘sistema’ surge como ponto de referência para a interpretação de *um* texto legal específico (no caso, a Constituição). Trata-se, segundo Bonavides, do método *lógico-sistemático*, que busca o sentido do preceito jurídico de acordo com o contexto onde o mesmo se acha inserido no sistema normativo²⁹.

Seguindo o método lógico-sistemático, e no que toca à prestação de *serviços públicos*, a interpretação não poderá fugir ao conceito de *sistema* enunciado há pouco. Na Constituição Federal a norma jurídica base para a interpretação e obtenção do conceito de serviço público é o art. 175³⁰. Assim, se esta norma jurídica não deve ser interpretada apenas de forma literal, mas tendo em vista o sistema onde a mesma está inserida³¹, chega-se à conclusão de que o seu verdadeiro sentido será descoberto pelo intérprete, segundo sua inserção no Título e Capítulo correspondentes ao texto constitucional³².

²⁸ Sobre a necessidade de um ordenamento jurídico enquanto sistema *coerente* de normas jurídicas, valem as palavras de Norberto Bobbio: “Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si” (Cf. BOBBIO, 1997, p. 71).

²⁹ BONAVIDES, 1998, p. 405. Para o Prof. Juarez Freitas a interpretação sistemática é “...o processo hermenêutico, por excelência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido, é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação” (Cf. FREITAS, 1995, p.49).

³⁰ Dispõe o art. 175 da Constituição Federal: “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”.

³¹ A interpretação literal é aquela que considera apenas o sentido das palavras contidas no texto da norma jurídica. Trata-se de um método muito restrito, pois isola a norma, objeto de análise, do seu contexto normativo. Segundo Eros Roberto Grau “A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição. Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (Cf. GRAU, 2000, p. 181-182).

³² Sobre a aplicação do método lógico- sistemático à norma jurídica contida no art. 175 da Constituição, é de se observar que a norma em questão encontra-se imediatamente inserida no Capítulo I (*Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica*) do Título VII da Constituição (*Da Ordem Econômica e Financeira*), o que não deixa dúvidas sobre a natureza econômica dos serviços públicos.

Através de uma interpretação *literal* do texto constitucional, pode-se apontar alguns elementos necessários, porém, insuficientes para o reconhecimento do conceito jurídico de serviço público³³. Reconhece-se, pois, que a titularidade dessas atividades pertencem ao Estado (“*Incumbe ao Poder Público (...) a prestação de serviços públicos*”), mas não necessariamente a execução (“*...na forma de lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão*”), que poderá ser delegada, mediante prévio procedimento administrativo (“*... sempre através de licitação...*”).

Existe, porém, um elemento implícito que só pode ser descoberto através da interpretação lógico-sistemática, qual seja, o de que *todos os serviços públicos são espécies de atividade econômica*³⁴. Por certo, esta afirmação evidencia uma postura minoritária, onde o conceito jurídico de serviço público tende a ser por demais *restrito*, se comparado às tradicionais classificações conhecidas nas obras de Direito Administrativo.

Indo mais além, não basta afirmar apenas que todo serviço público é uma atividade econômica. Por trás desta afirmação, entende-se que *toda forma de prestar um serviço (seja ele público ou privado) expressa-se mediante uma relação de natureza econômica*. Ou seja, entende-se que toda atividade *juridicamente relevante* deve ser entendida como *serviço*, caso sua prestação vise a melhoria das condições de vida dos cidadãos através do oferecimento de *comodidades materiais*, sendo esta prestação *remunerada* pelos mesmos cidadãos aos agentes prestadores.

Entre prestadores e cidadãos há uma relação *de troca* (prestação/remuneração) que exprime uma relação econômica. Sendo essa relação econômica reconhecida pelo Direito, cabe também a este caracterizar a natureza *jurídica* do serviço, i. é., definir se o serviço será

³³ FREITAS, 1995, p. 53-54.

³⁴ 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, 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 parece ser o texto constitucional. Daí sua atitude em identificar 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: a satisfação do interesse público (interesse

público ou privado, conforme a *titularidade* da prestação do mesmo recaia sobre o Estado ou sobre os particulares, respectivamente. Através da definição do *regime jurídico* (de *direito público ou privado*) sob o qual estão subordinadas as regras sobre a prestação do serviço, é que se pode saber se este serviço é *público* (do Estado), ou *privado* (dos particulares) ³⁵.

Assim, fruto desta postura, deve-se admitir que muitas atividades desempenhadas pelo Estado, e que a doutrina jurídica tradicional insiste em classificar como *serviços estatais* (serviços públicos), perdem a qualificação de serviços, por lhes faltar a natureza econômica, além dos requisitos formais exigidos pela atual Constituição (art. 175).

1.3.3. Serviços públicos e funções irrenunciáveis do Estado

Para que a postura adotada – de que *todos os serviços públicos são espécie de atividade econômica* – obtenha total compreensão, se faz necessário proceder à devida distinção entre *serviços públicos* e *funções irrenunciáveis do Estado*.

Com efeito, Paulo Modesto afirma que existem, no ordenamento jurídico constitucional, serviços que terão natureza pública *apenas quando o Estado os prestar*. Tais são os ‘serviços’ de saúde e educação que, de acordo com os arts. 199 e 209 da CF, podem ser prestados pela iniciativa privada, sem que a mesma tenha de se submeter a contratos de

do Estado, porém em prol dos cidadãos) e proporcionar vantagem econômica (*lucro*) a seus prestadores – sendo que o primeiro objetivo deve prevalecer sobre o segundo.

³⁵ Todo serviço se constitui numa atividade prestada por alguém em benefício de outrem. Na língua portuguesa, certas atividades são consideradas como serviços, sendo que *a priori*, não possuem relevância jurídica. É comum se ouvir as pessoas afirmarem que prestaram um *serviço à paróquia da Igreja*, ou um *serviço a uma comunidade carente*. Tratam-se de atividades prestadas voluntariamente, por uma causa política ou por uma crença ou ideal de vida, e não há motivo para desconsiderá-las como serviços. No entanto, quando uma atividade de prestação de comodidades materiais aos cidadãos for *relevante para o Direito*, irá assumir a feição de uma atividade econômica (um serviço) e, se a prestação estiver submetida a um regime jurídico de direito público (se a titularidade da prestação recair sobre o Estado), será um serviço *público*. Cabe observar que a Constituição, além de ter definido o conceito de serviço público, cumpriu ainda a tarefa de explicitar as condições sob as quais deverá ocorrer a prestação dos mesmos. Por fim, quanto à sujeição da prestação dos serviços públicos aos princípios da *supremacia do interesse público* e da *indisponibilidade do interesse público*, resta dizer que esta sujeição não descaracteriza o caráter econômico dos serviços públicos, mas

concessão³⁶. O autor comete, segundo o posicionamento adotado neste trabalho, o equívoco de querer interpretar o que venha a ser serviço público segundo os critérios *essencialistas* – bastante utilizados, como já demonstrado, pelos autores tradicionais de Direito Administrativo – descuidando-se do esforço em torno da hermenêutica constitucional.

Pela interpretação da Constituição é possível demonstrar que os serviços públicos são atividades econômicas. Desta feita, a prestação, pelo Estado, de *educação e saúde pública* não podem ser serviços públicos, pois não está presente a relação *econômica* entre o Estado e os cidadãos. As atividades de prestação de educação e saúde pública são, pois, *funções irrenunciáveis do Estado*³⁷. São atividades *não-econômicas* cuja prestação estatal tem, por via de regra, o condão de garantir a efetivação de direitos fundamentais consagrados no Texto Maior³⁸.

Seu traço comum com os *serviços* (públicos) diz respeito a *não-exclusividade* de sua prestação pelo Estado. Ou seja, o Estado não pode, em hipótese alguma, abster-se do dever de garantir a efetivação destas *funções* para os cidadãos, o que caracteriza a *irrenunciabilidade*³⁹.

apenas evidencia a subordinação da Administração Pública (ou dos particulares concessionários), enquanto prestadores agindo em nome do Estado, aos limites impostos para a prestação dessas atividades.

³⁶ MODESTO, 1997, p. 208.

³⁷ O posicionamento adotado neste trabalho segue a opinião do Prof. Fernando Herren Aguillar. Neste sentido, afirma o autor: “Se saúde e educação fossem serviços públicos, não poderiam ser livremente desempenhados pela iniciativa privada, ou então o art. 175 da Constituição teria de ser tomado como letra morta, o que é inadmissível. Saúde e educação são, pois, funções irrenunciáveis do Estado (...) mas que na atual sistemática constitucional podem ser desempenhadas livremente pela iniciativa privada. Não são serviços públicos em sentido estrito, mas *funções* do Estado” (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 139).

³⁸ Tratam-se, dentre outros, dos direitos fundamentais, de cunho social, consagrados no art. 6º da Constituição: “São direitos sociais a **educação**, a **saúde** (...) a **segurança**... “. Segundo os arts. 196 e 205 da Constituição, é *dever do Estado* garantir estes direitos (saúde e educação, respectivamente). É importante salientar que o *dever estatal* não se confunde apenas com o dever de *prestar*, mas com o dever de *garantir* a efetivação desses direitos. O dever de garantia refere-se, dentre outras coisas, ao dever de *regulamentar* (*criação legislativa*) e ao dever de *regular* (*fiscalizar*) tanto a sua própria prestação, desempenhada pela Administração Pública, quanto a prestação dos *serviços privados* de saúde, educação, etc.

³⁹ “Não se deve confundir *exclusividade* com *irrenunciabilidade*. As funções públicas nem sempre são desempenhadas exclusivamente, por mais essenciais que sejam aos olhos da generalidade das pessoas. O que de fato as funções públicas têm por característica fundamental é a irrenunciabilidade” (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 151).

Cumpra observar, então, que a iniciativa privada poderá, não obstante os limites legais, também prestar as atividades tendentes a efetivar os direitos fundamentais à educação e saúde públicas⁴⁰. Neste caso, porém, não incide sobre a prestação privada as condições expressas no art. 175, *caput* da Constituição (vinculação entre o prestador privado e o Estado por meio de contrato de concessão ou ato de permissão), pois a mesma não ocorre senão em virtude do princípio da *livre iniciativa* (art. 170, *caput* da CF).

Assim, é importante salientar que só haverá *função* quando a atividade for prestada *pelo Estado*, visto que não há interesse ou motivação econômica por parte do prestador, mas apenas o *dever-poder* de efetivar os direitos fundamentais da Constituição. Assim, quando educação e saúde forem prestadas por particulares, já não se pode falar em funções, mas em *serviços privados* (clínicas de saúde, escolas particulares, etc.), nos quais a natureza econômica da prestação é incontestável⁴¹.

Além da saúde e educação, também são *funções irrenunciáveis do Estado* as atividades que envolvam a efetivação do direito fundamental de *acesso à justiça* (art. 5º, XXXV da CF)⁴², do direito fundamental (social) à *segurança pública* (art. 6º da CF)⁴³, dentre outras. Claro está, portanto, que as *funções* diferem dos *serviços* na medida em que as primeiras correspondem a tarefas do Estado para a concretização de certos direitos

⁴⁰ Sobre as atividades prestacionais que incidem sobre os direitos à saúde e à educação, a Constituição deixa claramente expresso que a efetivação desses direitos pelo Estado poderá obter o auxílio da iniciativa privada. Assim, dispõe o art. 199, *caput* da Constituição: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Do mesmo modo, o art. 209: “O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições”.

⁴¹ AGUILLAR, 1999, p. 153.

⁴² Dispõe o art. 5º, XXXV da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Sobre o dever do Estado em garantir o acesso dos cidadãos ao Judiciário, expõe Fernando Aguillar: “Tomemos como exemplo o Judiciário. Sua função básica é a de dirimir conflitos entre os particulares ou entre os particulares e os entes públicos, ou ainda entre os entes públicos entre si. Está muito claro que a função judicial de dirimir conflitos de interesse não é exclusiva do Estado. Os conflitos de interesse são resolvidos em sua esmagadora maioria a despeito da existência do Judiciário. As relações humanas são plenas de conflitos de interesse e, mesmo que esses interesses estejam cobertos por normas jurídicas (o que nem sempre é o caso), tais conflitos são resolvidos, no mais das vezes, entre os próprios particulares, amigavelmente ou não. Situação mais explícita dessa hipótese é o caso da arbitragem (...) Assim determina, por exemplo, o art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O Estado desempenha a função de resolução de conflitos, em caráter não exclusivo, mas de forma irrenunciável” (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 150-51).

⁴³ Sobre os serviços de segurança, afirma Aguillar: “Eles são função do Estado, na medida em que a Polícia deve responder funcionalmente pela segurança da população. Mas a população pode recorrer, e o faz, a serviços de segurança particulares que, nos limites legais, pode exercer a atividade econômica de proteção à segurança pessoal ou patrimonial” (*Idem*, p. 153).

fundamentais e, por isso, não apresentam a natureza econômica que, por sua vez, é própria dos *serviços* (sejam eles públicos ou privados).

Por fim, deve-se atentar para o fato de que estas funções irrenunciáveis do Estado não podem ser confundidas com as chamadas *funções administrativas*. As prestações de serviços públicos e das funções irrenunciáveis constituem duas das formas pelas quais a Administração Pública, agindo em nome do Estado, exerce suas *funções administrativas*.

Assim, *todo agir administrativo* está fundamentado, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, no exercício das *funções administrativas* as quais a Administração Pública está obrigada a cumprir⁴⁴. Como foi dito, a prestação das funções irrenunciáveis do Estado é apenas uma, das diversas *funções administrativas*, i. é., constitui-se em uma das funções a ser cumprida pela Administração Pública em prol do interesse público (interesse do Estado).

Em suma: o desempenho de uma função administrativa é gênero, do qual são espécies: a) o desempenho de funções tendentes a garantir certos direitos fundamentais da Constituição (*funções irrenunciáveis do Estado*); b) o desempenho de funções tendentes a prestar atividade econômica (*serviços públicos*). Como exemplos de outras funções administrativas podem ser citadas as formas de *restrição dos direitos dos administrados*, como o exercício do *poder de polícia* (fiscalização), e a intervenção estatal no domínio privado (processo de desapropriação, p. ex.).

1.3.4. Serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito

Se os serviços públicos são espécies de *atividade econômica*, a recíproca nem sempre é verdadeira. Em outros termos, não se pode afirmar que *toda atividade econômica*

⁴⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, somente o Estado é uma *pessoa jurídica*. A Administração Pública, como expressão da pessoa do Estado, exerce apenas *função*. Para o autor: “Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las” (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 31).

é *serviço público*. De fato, existe uma clara distinção entre serviços públicos e *atividades econômicas em sentido estrito*, sustentada pacificamente na doutrina⁴⁵.

Quando a análise se debruça sobre o texto constitucional, torna-se mais fácil e preciso entender essa distinção. O art. 175 da Constituição Federal, como foi visto, regula a *titularidade* e a *execução* das atividades econômicas conhecidas como *serviços públicos*. Já o art. 173 do Texto Maior dispõe que “*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*”⁴⁶.

Clara é a interpretação segundo a qual a *execução* de atividade econômica *própria da iniciativa privada* (submetida a um regime jurídico de direito *privado*), poderá, uma vez confirmadas as condições previstas no texto constitucional, ficar a cargo do Estado. Entretanto, a *titularidade* da atividade econômica jamais será do Estado, mas *sempre* da iniciativa privada (assim como a titularidade da prestação de serviços públicos jamais será da iniciativa privada, mas *sempre* do Estado)⁴⁷.

Ao contrário da prestação de serviços públicos, o Estado não atuará sob um regime de *privilégio* (não terá a *titularidade* da prestação), mas estará submetido a um regime

⁴⁵ Dentre os autores publicistas cabe destacar Eros Roberto Grau, que utiliza a expressão *atividade econômica em sentido estrito* (Cf. GRAU, 2000 p. 132) e Celso Antônio Bandeira de Mello que utiliza a expressão *serviços governamentais* (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 494). Descartada a hipótese deste tipo de atividade econômica ser um *serviço* segundo a maneira como este é entendido, adota-se a posição do primeiro autor. É importante frisar que ambos os autores consideram fora de discussão a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito como duas espécies distintas de atividade econômica (em sentido amplo).

⁴⁶ Um bom exemplo de *atividade econômica em sentido estrito* é a exploração estatal de *atividade bancária*. Entretanto não se pode confundir a exploração da atividade bancária (feita, p. ex., pelo Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, etc.) com a *regulação* das atividades bancárias. Esta é desempenhada pelo Banco Central do Brasil (BCB). Outro erro que não se pode cometer é a afirmação segundo a qual a exploração do petróleo é atividade econômica em sentido estrito. A exploração de petróleo, pelo Estado, constitui atividade de *monopólio*, i. é., as atividades em questão são prestadas com *exclusividade*. Segundo o art. 177 da CF, apenas a *União* pode deter monopólio sobre atividades econômicas.

⁴⁷ As atividades econômicas em sentido estrito também são usualmente denominadas de *domínio econômico*. Seja qual for o nome adotado, não se pode perder de vista a distinção entre estas atividades e o serviços públicos. Nas palavras de Eros Roberto Grau não se pode deixar de considerar que a “...exploração de *atividade econômica em sentido estrito* e prestação de *serviço público* estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da CR)” (Cf. GRAU, 2000, p. 140).

jurídico de *direito privado*, vinculado aos princípios constitucionais da *livre iniciativa* (art. 170, *caput*) e da *livre concorrência* (art. 170, IV). O *regime jurídico (constitucional)* é, aliás, o único critério para a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito⁴⁸.

1.3.5. Atividades consideradas como serviços públicos na Constituição de 1988

O Brasil é, segundo o art. 1º da atual Constituição, uma República *Federativa*. O sistema federativo de governo sugere, dentre outras coisas, a autonomia político-administrativa e financeira entre União, Estados-membros e os Municípios⁴⁹, assim como um *delicado e rígido sistema de repartição de competências*⁵⁰.

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

Desta feita, o art. 21, X, XI e XII do texto constitucional traz o elenco de serviços públicos, cuja titularidade da prestação pertence à União, podendo a prestação ser delegada à iniciativa privada mediante contratos de concessão ou atos de permissão⁵¹. Da mesma

⁴⁸ Segundo Aguillar: “O que se observa da leitura da Constituição é que não há necessariamente um critério de essencialidade para separar as atividades econômicas em sentido estrito desempenhadas pelo Estado dos serviços públicos. Não é porque uma atividade é considerada essencial para a população que ela é erigida em serviço público. Uma atividade é erigida em serviço público para que seu desempenho seja condicionado às regras aplicáveis ao serviço público, importando na necessidade do particular obter concessão ou permissão do Estado para exercê-las. Já as atividades econômicas em sentido estrito são desempenhadas pelo Estado, em regra, em regime de concorrência com as demais empresas privadas. Podem não ser menos essenciais do ponto de vista da necessidade da população, tais atividades, mas o Legislador ou o Constituinte optam por dar a elas tratamento diverso do regime de serviço público” (AGUILLAR, 1999, p. 145).

⁴⁹ Segundo Bonavides “... no Brasil, com a explicitação feita na Carta de 1988, a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes” (Cf. BONAVIDES, 1998, 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 desta Constituição” (grifamos).

⁵⁰ BASTOS, 1988, p. 49.

⁵¹ 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

forma, o art. 25, parágrafos 1º e 2º estipulam as atividades econômicas cuja titularidade da prestação pertence aos Estados-membros, conferindo-se a mesma possibilidade de delegação (da prestação) à iniciativa privada⁵². Por fim, o art. 30, V estipula as atividades econômicas, cuja titularidade da prestação pertence aos Municípios, conferindo-se, mais uma vez, a mesma possibilidade de delegação (da prestação) aos particulares⁵³.

A leitura desses dispositivos constitucionais apresenta duas questões que merecem especial atenção. Em primeiro lugar, os incisos XI e XII do art. 21 mencionam o instituto da *autorização* como forma de delegação da prestação dos serviços públicos, sendo que o

elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d'água...; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura 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. De fato, está tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.491/99, o qual prevê a criação de uma Agência Nacional de Serviços de Correios (ANSC), com a mesma função regulatória das já existentes ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica). As privatizações dos serviços públicos serão analisadas ainda neste capítulo, como um retorno à utilização dos contratos de concessão, previstos no art. 175 da Constituição (regime jurídico do serviço público). O papel da ANATEL e da ANEEL, será objeto de análise do terceiro e último capítulo. Voltando ao *serviço postal* (art. 21, X), entende-se que o mesmo configura-se como um serviço público, porque se trata de atividade econômica cuja prestação, não só pode ser delegada à iniciativa privada, como já se submete a um processo de delegação, através do instituto jurídico da *franquia*. Assim, muito embora não esteja havendo concessão ou permissão – conforme prevê o art. 175 da Constituição – é importante destacar o papel da *franquia* como forma de delegação dos serviços de correios, a qual é analisada por Odete Medauar (Cf. MEDAUAR, 1999, p. 359-360). Por fim, nas demais hipóteses do art. 21 (incisos XI e XII), uma vez expressa a possibilidade de delegação da prestação à iniciativa privada mediante concessões ou permissões, não resta dúvida sobre a natureza jurídica que tais atividades possuem. São, evidentemente, serviços públicos.

⁵² O parágrafo 1º do art. 25 da Constituição estabelece que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Trata-se de competência *residual*, i. é., aos Estados-membros cabem todas as competências que não sejam necessariamente da União ou dos Municípios. O parágrafo 2º, dispõe sobre a titularidade dos Estados-membros para prestar, diretamente, ou mediante concessão, os serviços de gás- canalizado. A construção do gasoduto Bolívia- Brasil, p. ex., possibilitará a prestação desses serviços, a princípio, por particulares concessionários.

⁵³ 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 as lições de 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, 1998, p. 251). O critério da *predominância do interesse do Município* tem relevância para a competência *residual* dos Estados-membros, pois caso um serviço público não seja considerado importante para o Município, a titularidade de sua prestação poderá pertencer aos primeiros, conforme interpretação do art. 25, parágrafo 1º da Constituição. Como exemplo de serviços públicos de *interesse local (interesse dos Municípios)* podem ser citados os serviços de *abastecimento e fornecimento de água*. No mesmo sentido posiciona-se Fernando Aguillar (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 141-143).

art. 175, *caput* da CF menciona apenas a concessão e a permissão, silenciando sobre a autorização.

Registre-se, então, que a autorização não é *contrato* (como o de concessão), mas assim como a permissão, um *ato administrativo*. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a autorização configura-se em espécie de ato da *administração ativa*, o qual tem o intuito de produzir uma utilidade pública, bem como, de ato *constitutivo*, i. é., de ato que faz nascer uma situação jurídica⁵⁴. Cabe entender, então, o motivo pelo qual a autorização, apesar de ser um ato administrativo como a permissão, não se configura como forma de prestar serviço público.

Ocorre que, nesta espécie de ato administrativo, os beneficiários - aqueles a quem a Administração Pública confere a autorização - e os destinatários da autorização se confundem na mesma pessoa, razão pela qual Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a autorização pode ser considerada como espécie de ato *individual singular*⁵⁵. Entende-se então, que o constituinte não procedeu corretamente ao estipular a autorização como forma de prestação de serviços públicos, pois a utilidade a ser fruída por causa desta espécie de ato administrativo não é serviço público. Neste sentido, posiciona-se também André Hiroshi Alves:

“... na autorização, o autorizado a prestar o serviço é também o único usuário do serviço prestado. Em outras palavras, delega-se a execução ao próprio usuário exclusivo (...) Portanto, entende-se que a autorização a que se refere a Constituição Federal, em seu art. 21, incisos XI e XII (...) não é regime de prestação de serviço público...”⁵⁶.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 301-303.

⁵⁵ *Idem*, p. 302.

⁵⁶ ALVES, 1999, p. 31

A segunda e última questão gravita em torno do conceito de *interesse local*, conferida pelo art. 30, V da Constituição como fundamento à competência municipal para prestar serviços públicos⁵⁷. Eros Roberto Grau faz uma observação muito importante, ao afirmar que o sobredito conceito transcende o Município isoladamente considerado, visto que se presta, também, para organizar a competência da prestação de serviços públicos em *regiões ou microregiões* (entendendo-se, aqui, a reunião de Municípios em conjunto)⁵⁸.

1.3.6. Serviços públicos em seu sentido técnico: atividades administrativas

Para este trabalho, serviços públicos são as atividades econômicas cuja titularidade da prestação pertence à pessoa do Estado, *representado pelos órgãos e agentes da Administração Pública*. Conforme Odete Medauar, esta é uma delimitação necessária, que nos remete ao *sentido técnico* do conceito de serviços públicos⁵⁹.

A delimitação não só é importante, como correta, pois não se pretende adotar a posição segundo a qual as atividades jurisdicionais e legislativas também possam ser consideradas serviços públicos. Tais atividades são, segundo a ordem constitucional atual, *funções* (atividades não- econômicas) e não *serviços públicos* (atividades econômicas).

Os serviços públicos são atividades econômicas – cuja titularidade da execução pertence à pessoa do Estado, através da atuação uma de suas extensões, qual seja, a Administração Pública – cuja prestação é diretamente fruível pelos administrados⁶⁰.

⁵⁷ Cf., *supra*, item n. 1.3.5. (nota n. 53).

⁵⁸ GRAU, 2000, p. 147.

⁵⁹ MEDAUAR, 1999, p. 345.

⁶⁰ A doutrina tradicional de Direito Administrativo costuma fazer as mais variadas classificações sobre os serviços públicos. Baseado, p. ex., no critério da divisibilidade do serviço, os autores costumam afirmar que existem serviços públicos *uti universi* (não é possível precisar o *quantum* que cada administrado utilizou do serviço) e *uti singuli* (tem-se usuários perfeitamente determinados, assim como o *quantum* que cada um deles utilizou do serviço). Entre nós, porém, não existem serviços públicos *uti universi*, pois estes são, na verdade, as *funções irrenunciáveis do Estado*. Serviços públicos, com base na interpretação do art. 175 da CF, são apenas os *uti singuli*, pois apenas estes possuem a natureza econômica e sua prestação pode ser delegada à iniciativa privada mediante *contrato de concessão ou ato de permissão*. Sobre as classificações de ‘serviços públicos’ na doutrina tradicional, v., dentre outros, Hely Lopes Meirelles (Cf. MEIRELLES, 1994, p. 295-97)

Caracterizam-se por serem atividades *positivas, prestacionais*, i. é., visam proporcionar uma *comodidade* aos administrados⁶¹.

Desta feita, não podem ser confundidas com outras atividades da Administração Pública como, p. ex., o *poder de polícia* ou a *intervenção na propriedade privada*⁶². Nestas, a finalidade do ato administrativo resume-se numa restrição aos direitos dos administrados. Os serviços públicos também não podem ser confundidos com a realização de *obra pública*⁶³, ou com atividades-meio ou de *organização dos órgãos administrativos*⁶⁴.

Em suma: segundo interpretação do atual ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, os serviços públicos podem ser definidos como:

“...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”⁶⁵.

De todo o exposto, importa considerar que o *regime jurídico* é o fator preponderante para a definição do conceito de serviço público⁶⁶. E a Constituição é o lugar onde este regime deve ser buscado e interpretado.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 484.

⁶² *Idem*, p. 482-484.

⁶³ *Idem*, p. 484.

⁶⁴ Cf. MEDAUAR, 1999, p. 346.

⁶⁵ AGUILLAR, 1999, p. 155.

⁶⁶ O regime jurídico sob o qual está regida a prestação de serviços públicos é o *regime jurídico administrativo*. Sobre este, Celso Antônio Bandeira de Mello dedicou o primeiro capítulo de seu *Curso de Direito Administrativo*, o qual, pela clareza da exposição das idéias, merece toda ênfase possível. Assim sendo, escreve o autor: “Em face do Direito as noções citadas nada mais contêm em si além do significado de entidades lógicas identificáveis por seus regimes. Entende-se, à vista disto, que pouco importa, então, se uma atividade afigura-se-nos mais ou menos relevante ou irrelevante para a coletividade. Não é isto que a qualificará como pública ou privada, mas o regime que lhe houver sido atribuído pelo sistema normativo. Perante o Direito será pública ou privada na exclusiva dependência do que houverem decidido a Constituição e a lei: portanto, unicamente em função do regime que a disciplina. Um serviço prestado pelo Estado não se torna público pelo fato de interessar a todos e estar em suas mãos, ou em mãos de pessoa sua, mas pela circunstância de se reger conformemente ao regime de Direito Administrativo, tanto que, se disciplinado pelas

1.4. Titularidade e execução: as formas de prestar serviços públicos

A importância do regime jurídico administrativo na determinação de uma atividade econômica como serviço público – e conseqüentemente, para a distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito – está no fato de que este regime jurídico, consagrado na Constituição (art 175), possibilita, também, o entendimento sobre a distinção entre dois conceitos por demais importantes no âmbito da prestação destas espécies de atividades econômicas do Estado, quais sejam, os conceitos de *titularidade e execução*.

Ao contrário da prestação das atividades econômicas em sentido estrito (art. 173 da CF), na prestação de serviços públicos (art. 175) a *titularidade*, i. é., a *legitimidade* para a prestação dos mesmos é *estatal*, não havendo possibilidade de transferi-la para a iniciativa privada, sob pena de não haver serviços de natureza pública, mas privada.

Entretanto, a *titularidade* não se confunde com a *execução* do serviço público – que é, por assim dizer, a própria prestação do serviço público. O regime jurídico administrativo (art. 175 da CF), ao mesmo tempo que não possibilita a transferência da titularidade da prestação dos serviços públicos para a iniciativa privada, permite que a *execução* dos mesmos possa ser transferida a essa, mediante contrato de concessão ou ato de permissão.

Sobre a *execução* (prestação) dos serviços públicos, importa considerar que ela poderá ocorrer de duas formas, segundo o art. 175 da Constituição: *a) diretamente*, quando os serviços públicos forem prestados pelo Estado, no desempenho das *funções administrativas* da Administração Pública; *b) indiretamente*, mediante processo de *delegação* à iniciativa privada.

1.4.1. A execução direta

Compreende-se aqui a execução dos serviços públicos a cargo da Administração Pública, em cumprimento às suas *funções administrativas* que, por sua vez, visam satisfazer o interesse da pessoa jurídica a qual representam, i. é., o *interesse do Estado* ou *interesse público*.

É importante lembrar, porém, que a própria Administração Pública não apresenta apenas uma forma de expressão, tanto que se subdivide em Administração Pública *direta* e *indireta*. A primeira, constitui-se na *estrutura orgânica mínima* à realização das tarefas estatais, sendo imprescindível à própria existência do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público⁶⁷.

Assim é que, na República Federativa do Brasil, a Administração Pública *direta* pode ser definida como o *conjunto de órgãos executivos, de chefia ou auxiliares, encontrados nos quatro entes federativos, quais sejam, União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal*⁶⁸. Em outros termos, a Administração Pública *direta* compõe-se dos órgãos relativos à Presidência da República, ao Governo dos Estados-membros, às Prefeituras Municipais e ao Governo do Distrito Federal⁶⁹.

Os órgãos da Administração Pública *direta* não são pessoas jurídicas, mas atuam, em nome da pessoa jurídica do Estado, através de *desconcentração administrativa*. Ou seja, na Administração Pública *direta* há apenas uma *distribuição* das atividades administrativas

(Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 47-48).

⁶⁷ Nas palavras de Eduardo Gualazzi "... a *Administração Direta ou Central integra o próprio conceito jurídico de Estado*, que abrange os elementos povo, território e soberania com governo constitucionalmente organizado (...) O exercício da soberania estatal depende necessariamente da existência organizada da Administração Direta, sem cuja operatividade estrutural o Estado se torna, em princípio, um conceito impossível, sob aspecto lógico e jurídico" (Cf. GUALAZZI, 1985, p. 60).

⁶⁸ Cf. o conceito de MEDAUAR, 1999, p. 64.

⁶⁹ Sobre o Distrito Federal, cabem as observações de Odete Medauar: "O art. 32 da Constituição Federal veda sua divisão em Municípios e determina que se regerá por lei orgânica, votada por sua Câmara Legislativa. (...) A chefia do Executivo do Distrito Federal é exercida pelo *Governador* que também exerce a direção geral da Administração" (*Idem*, pp. 69-70).

– as quais não poderiam ser realizadas por uma única autoridade – *no interior da mesma pessoa jurídica*, que é o Estado (representado por esta Administração *direta*)⁷⁰.

Já a Administração Pública *indireta* suscita maior atenção. É que sua existência se torna possível, não por uma *desconcentração*, mas por uma descentralização administrativa. Pela desconcentração, *criam-se, por outorga, entidades com personalidade jurídica própria, i. é., criam-se novas pessoas jurídicas*.

Situando historicamente o desenvolvimento da Administração Pública *indireta* no Brasil, cabe lembrar que, dentre as várias transformações operadas no decorrer do Governo Vargas (década de 30), pode ser destacada, num primeiro momento, a criação das autarquias⁷¹, seguida, posteriormente, da criação de fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas⁷².

Feitas as considerações necessárias acerca da distinção entre Administração Pública *direta* e *indireta*, resta observar que a execução *direta* dos serviços públicos não tem ocorrido senão por meio da Administração Pública *indireta*⁷³. Ou seja, tendo a possibilidade de prestar as atividades econômicas submetidas ao regime jurídico administrativo do art. 175 da CF⁷⁴, o Estado assim o faz, não por meio da Administração

⁷⁰ *Idem*, pp. 53-54.

⁷¹ Cabe ressaltar a observação de Almiro do Couto e Silva: “A descentralização que entre nós foi feita nas décadas de 20 e 30 operou-se quase que totalmente dentro do território do direito público. Foi essa a época áurea das autarquias” (Cf. COUTO E SILVA, 1997, p. 58).

⁷² Ao contrário das autarquias, que são pessoas jurídicas de direito público, as demais são pessoas jurídicas de direito privado, criadas, no entanto, para satisfazer o *interesse do Estado* ou *interesse público*.

⁷³ Não cabe aqui tratar da execução (prestação) das *funções irrenunciáveis do Estado*. Entretanto, conforme análise de Odete Medauar, é inegável a contribuição das *autarquias* e *fundações públicas* no desempenho das mesmas. Primeiramente, o *ensino superior*. De acordo com a antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n. 5.540, de 28.11.1968 (art. 4º) as Universidades Públicas estariam constituídas sob a forma de autarquias de regime especial ou fundações. A atual LDB (Lei n. 9.394, de 20.12.96) não dispõe sobre tais formas de constituição. Entretanto, o art. 207 da Constituição não deixa dúvidas sobre a incidência da *descentralização administrativa* nas atividades de ensino superior. Sobre a saúde pública – que da mesma forma não é *serviço*, mas *função* –, também recai a *descentralização administrativa*, como, p. ex., o Hospital das Clínicas de São Paulo, que é uma *autarquia*. (Cf. MEDAUAR, 1999, p. 81-93).

⁷⁴ As pessoas jurídicas de direito privado, em especial as empresas públicas e sociedades de economia mista, foram criadas no intuito de desempenharem atividades econômicas *em sentido amplo*. Esta ressalva é importantíssima, porque esclarece o fato de que o Banco do Brasil e a Petrobrás (sociedades de economia mista) não prestam *serviços públicos*. A atividade bancária constitui-se em *atividade econômica em sentido estrito* (art. 173 da CF) e as atividades ligadas ao petróleo, em especial o refino, constitui-se em *monopólio da União* (art. 177 da CF).

Pública *direta*, mas pelas pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública *indireta*⁷⁵.

1.4.2. A execução indireta

Do exposto, observou-se que na execução *direta*, i. é., na execução que se opera no âmbito da Administração Pública, os serviços públicos são prestados por meio de pessoas jurídicas criadas para compor a chamada Administração Pública *indireta*. A criação de tais pessoas jurídicas, como demonstrado, está associada a um processo de *descentralização administrativa*.

Entretanto, quando o Estado decide entregar a execução (prestação) dos serviços públicos à iniciativa privada, ocorre um processo distinto. Por este motivo, não cabe confundir descentralização administrativa com *delegação*. Conforme dispõe o art. 175 da CF, na execução *indireta* o Estado *delega* a execução – e apenas a execução – dos serviços públicos a empresas privadas, as quais serão escolhidas mediante *licitação pública*, sendo a delegação celebrada por meio de um *contrato de concessão* ou *ato de permissão*.

O contrato de concessão, típico contrato *administrativo* regido pelo direito público, surgiu na França ao final do século XIX, quando o Direito refletia as premissas do Liberalismo Clássico, dentre as quais pode ser destacado o princípio da não-ingerência estatal em atividades econômicas⁷⁶. Inicialmente, eram indissociáveis os contratos de concessão de obras e serviços públicos; a distinção entre ambos, ocorre nas primeiras décadas do século XX⁷⁷.

⁷⁵ Em Santa Catarina, p. ex., existe a CASAN, *sociedade de economia mista* responsável pela prestação dos serviços de abastecimento e fornecimento de água.

⁷⁶ Segundo Almiro do Couto e Silva “A noção de contrato administrativo, regido pelo direito público, só começa a esboçar-se na França no fim do século passado, consolidando-se nas primeiras décadas deste século” (Cf. COUTO E SILVA, 1997, p. 53).

⁷⁷ *Idem*, p. 56.

No Brasil, o contrato de concessão de obras/serviços públicos surge no mesmo período, seguindo o modelo francês⁷⁸. Com a *intervenção direta do Estado na prestação de atividades econômicas* – consagrada juridicamente na CF de 1934 – assiste-se ao período de declínio dos contratos de concessão, que iria perdurar até a década de setenta.

1.4.3. O retorno das concessões no Brasil e o processo de privatização dos serviços públicos

O partir da década de setenta (mais precisamente ao final da mesma) inicia-se um processo de definição acerca das diretrizes a serem adotadas para a *transferência das atividades econômicas do Estado (em sentido amplo) para o setor privado*. Surge então, para orientar esse processo, o Programa Nacional de Desburocratização (regulamentado pelo Decreto n. 83.740/ 79)⁷⁹.

Em 1985, o Decreto n. 91.991 cria o Conselho Interministerial de Privatização, aperfeiçoando o Programa⁸⁰. Mas é a partir do início da década de noventa, que o processo de *privatização das atividades econômicas do Estado* ganha maior força⁸¹. Em 1990 é criado, através da Medida Provisória n. 155, o Programa Nacional de Desestatização, sendo tal Medida convertida na Lei n. 8.031, de 12 de abril do mesmo ano⁸². Cabe salientar, no

⁷⁸ VENÂNCIO FILHO, 1968, p. 27. No mesmo sentido, v. TÁCITO, 1995(b), p. 02.

⁷⁹ TÁCITO, 1995(b), p. 06.

⁸⁰ *Idem, ibidem*. Afirma ainda o autor: "...segundo dados oficiais, no período de 1979-1985, no plano federal, 20 empresas foram privatizadas, 3 transferidas a governos estaduais, outras 3 foram objeto de fusão, 14 incorporadas e duas outras convertidas em órgãos da administração direta, no total de 42 transformações" (*Idem, ibidem*).

⁸¹ Sobre o processo de privatização das atividades econômicas do Estado cabe fazer importante observação. Ocorre que a expressão 'atividades econômicas do Estado' é aqui empregada em seu sentido amplo. Ou seja, a privatização abrange tanto os serviços públicos quanto as atividades econômicas em sentido estrito. Para este trabalho, interessa apenas a privatização dos serviços públicos. Sobre a privatização das atividades econômicas em sentido estrito, podem ser citados os exemplos das privatizações de duas empresas públicas: a Companhia Vale do Rio Doce e da Companhia Siderúrgica Nacional.

⁸² TÁCITO, 1995(b), p. 06. Baseado no relatório do Tribunal de Contas da União sobre a gestão financeira de 1994, o autor revela que "...no período de 1990 a 1994, 65 empresas estatais foram incluídas no Programa Nacional de Desestatização, sendo que 33 foram transferidas à iniciativa privada e estão em curso os processos de alienação das demais 32". Considerando que este artigo foi escrito em 1995, não é arriscado afirmar que das '32 empresas restantes' algumas, ou muitas, também já foram privatizadas.

entanto, que a Lei n. 8.031 foi revogada pela Lei n. 9.471, de julho de 1997, a qual regulamenta, atualmente, o Programa Nacional de Desestatização.

Do exposto, importa que a privatização *dos serviços públicos* não implica na transferência da *titularidade* dos mesmos, mas apenas de sua execução. *Privatização de serviços públicos* significa transferir a *execução* – e apenas a *execução* – dos mesmos, da Administração Pública indireta para uma empresa privada (ou mesmo para um consórcio de empresas)⁸³.

Desta feita, os serviços públicos *privatizados* são prestados pelas empresas privadas, sob o regime jurídico administrativo do art. 175 da CF. Ou seja, a privatização configura-se como *forma de delegação de serviços públicos à iniciativa privada*, submetida esta a *contratos de concessão* ou a *atos de permissão*⁸⁴.

Justifica-se assim a elaboração da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 no decorrer destes programas de privatização das atividades econômicas estatais⁸⁵. Destinada a disciplinar o regime jurídico das concessões e permissões de serviços públicos, constitui-se em legislação inédita no ordenamento jurídico brasileiro⁸⁶, cujos objetivos maiores são: *a) Objetivo geral - contribuir para a prestação de um serviço público adequado em favor dos usuários; b) Objetivo específico - permitir a retomada do crescimento dos sistemas de energia elétrica*⁸⁷.

⁸³ Na privatização das atividades econômicas em sentido estrito não se pode afirmar que a titularidade destas atividades passa do Estado para a iniciativa privada, porque a titularidade, neste caso, já era da iniciativa privada por determinação constitucional (art. 173 da CF). Nos serviços públicos a titularidade não é transferida com o processo privatizante, mas apenas a execução. De outro modo, os serviços perderiam a natureza pública, i. é., não poderiam mais ser chamados serviços públicos, assim como as empresas privadas não se submeteriam a contratos de concessão, ou a atos de permissão.

⁸⁴ ALVES, 1999, p. 32.

⁸⁵ SOUZA, 1995(b), p. 51. De fato, as concessões podem ser entendidas como uma forma de privatização. Esta é também a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Cf. DI PIETRO, 1999, p. 67).

⁸⁶ AGUILLAR, 1999, p. 192-193.

⁸⁷ TÁCITO, 1995(a), p. 33. A preocupação com a retomada dos serviços de energia elétrica fica ainda mais evidente com a criação da Lei n. 9.074, de 7 de junho de 1995. Esta lei, que dispõe sobre a *outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos*, possui um capítulo inteiro (Capítulo II) destinado apenas aos serviços de energia elétrica (instalações, prorrogações, reestruturações, etc.).

A contribuição da Lei das Concessões e Permissões para a *prestação de um serviço público adequado* é, dentre os objetivos supracitados, o que merece maior atenção. Pois, como bem observou Caio Tácito:

“O programa de privatização de empresas estatais não se resume à abstenção do Estado em áreas até então ocupadas que reverterem à iniciativa privada. Antes qualifica uma evolução nas relações entre o serviço público e a iniciativa privada que passam a se associar no objetivo final de prestação de serviços à comunidade”⁸⁸.

Os cidadãos (usuários) merecem a prestação de um serviço público – seja a mesma efetuada pela Administração Pública *indireta* ou pela iniciativa privada – na qual possam estar presentes os *princípios jurídicos específicos*, expressos no art. 6º, parágrafo 1º da Lei⁸⁹. A prestação adequada dos serviços públicos *aos usuários* é, antes de tudo, uma exigência constitucional, pois o parágrafo único do art. 175 da CF – que trata das matérias destinadas a compor (e que efetivamente compõem) a Lei n. 8.987/ 95 – deixa claro que, dentre essas, deve constar a *obrigação de manter serviço adequado* (inciso IV)⁹⁰.

Assim é que os princípios da *regularidade* e da *continuidade* estão estreitamente relacionados, pois significam que a prestação de *certos* serviços públicos não pode sofrer interrupções⁹¹. Entretanto, não é sem razão a opinião segundo a qual a *continuidade* na

⁸⁸ TÁCITO, 1995(b), p. 07.

⁸⁹ Dispõe o art. 6º, parágrafo 1º da Lei n. 8.987/ 95: “Serviço adequado é o que atende as condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Sobre tais princípios, cabe citar a observação de Luiz Alberto Blanchet: “Este dispositivo, na verdade, arrola os princípios do serviço público, a ele aplicáveis não apenas enquanto objeto de concessão ou permissão, mas também, obviamente, quando prestado diretamente pelo Poder Público” (Cf. BLANCHET, 1995, p. 40).

⁹⁰ Sobre o conceito de *adequação*, pronuncia-se novamente Luiz Alberto Blanchet: “A palavra *adequação* não tem sentido autônomo e pressupõe sempre uma relação entre duas coisas, pois nada é *simplex* e *isoladamente* adequado. A adequação só existe entre duas ou mais realidades. A expressão *serviço adequado* exige, portanto, um complemento que a Constituição Federal não fornece (embora esteja subentendido), mas o artigo em pauta identifica: o serviço deve ser adequado ao *pleno atendimento dos usuários*” (Cf. BLANCHET, 1995, p. 39). O *artigo em pauta* a que se refere o autor é justamente o art. 6º da Lei n. 8.987/ 95.

⁹¹ A afirmação de que a prestação de serviços públicos atende ao interesse público por se tratar de serviços que visam satisfazer necessidades *essenciais* dos cidadãos, deve ser vista com cautela. O fato é que nem todo

prestação desses serviços encontra restrição na atitude dos próprios usuários, referente à falta do pagamento devido pela prestação⁹².

Na situação dos serviços *delegados*, quando ocorrer o descumprimento das *normas contratuais (ou cláusulas econômicas)* – as quais estipulam a remuneração dos prestadores privados⁹³ – não poderá haver, por parte dos usuários, qualquer tentativa de invocar os princípios da *regularidade e continuidade* contra eventual corte ou suspensão da prestação do serviço público, objeto de inadimplência.

Após a regularidade e a continuidade, têm-se os princípios da *eficiência*⁹⁴, da *atualidade* e da *segurança*, os quais, a exemplo dos dois primeiros, podem ser analisados de forma conjunta. Serviço público *eficiente* é aquele que cumpre suas finalidades, i. é., aquele que se moderniza, se *atualiza* – através da melhoria de equipamentos ou mesmo pelo treinamento de pessoal – para melhor atender aos usuários, proporcionando-lhes, dentre outras coisas, *segurança* na sua integridade física e psíquica⁹⁵.

serviço público é *essencial*. A essencialidade não pode ser definida, senão em virtude de lei. Como o princípio da *continuidade* confronta-se com a possibilidade de paralisação dos agentes responsáveis pela prestação de serviços públicos, a Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamenta o exercício do *direito de greve* no Brasil, definiu quais são as *atividades essenciais*, i. é., aquelas que não podem sofrer interrupção na sua prestação em caso de greve. Do rol de atividades expresso no art. 10, podem ser encontrados os serviços públicos de *abastecimento de água e distribuição de energia elétrica e gás* (inciso I), *transporte coletivo* (inciso V), *telecomunicações* (inciso VII) e *tráfego aéreo* (inciso X).

⁹² Sobre essa questão, v. MATOS, 1993, p. 202-205.

⁹³ Segundo Raimunda A. de Sousa e Terezinha Moreira "... toda concessão fica subordinada a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar e as de natureza contratual. As primeiras disciplinam o modo e forma da prestação dos serviços e as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário, recebendo estas a denominação de cláusulas econômicas ou financeiras e aquelas sendo chamadas de leis do serviço, que podem ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente, sempre por interesse público justificado" (Cf. SOUSA, 1995(b), p. 41).

⁹⁴ Antes de se constituir em princípio específico da prestação de serviços públicos, a *eficiência* é princípio *geral da Administração Pública*. A atual Constituição desconsiderou, de início, o mencionado princípio. Entretanto, com o advento da atual Reforma Administrativa, consubstanciada pela Emenda Constitucional n. 19, de 14 de julho de 1998, a eficiência administrativa foi acrescida ao art. 37, *caput* da CF, juntamente aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

⁹⁵ Para ilustrar um exemplo da aplicação dos princípios correlatos da eficiência, atualidade e segurança na prestação de um serviço público adequado, tem-se o caso das concessionárias de *transporte coletivo* (art. 30, V da CF) ou mesmo, das de *transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros* (art. 21, XII, e da CF). O usuário está no interior do ônibus quando, do lado de fora do veículo, alguém arremessa uma pedra no vidro desse. O vidro se quebra e o usuário acaba ferido em consequência dos estilhaços. A questão a ser analisada diz respeito a responsabilidade da concessionária pelos ferimentos do usuário, uma vez que casos como este podem ser previstos. A empresa privada não deveria investir na qualidade dos vidros de seus veículos e, em assim procedendo, não estaria agindo conforme os princípios em pauta? Trata-se de questão da mais alta relevância, não apenas para os estudos sobre *responsabilidade civil*, como para todo o Direito.

O princípio da *generalidade* pressupõe tratamento *isonômico* entre os usuários. Ou seja, os prestadores, públicos ou privados, não podem fazer distinções entre esta ou aquela pessoa, devendo os serviços estar à disposição de todos. Trata-se, na verdade, de uma extensão ao princípio da *igualdade formal*, expresso no art. 5º, *caput* da CF⁹⁶.

O princípio da *cortesia* constitui-se, antes de tudo, em *dever funcional dos servidores da Administração Pública*⁹⁷, estendendo-se também aos prestadores de serviços públicos, segundo dispõe o art. 7º, I c/c art. 31, I, ambos da Lei n. 8.987/ 95⁹⁸.

A *modicidade das tarifas*, como o próprio termo sugere, implica em uma restrição a qualquer forma de *abusividade* no valor das mesmas. Pode-se afirmar que o princípio se justifica – não obstante o interesse das empresas privadas em auferir vantagem econômica sobre os investimentos feitos para efetivação da prestação⁹⁹ - na satisfação do *interesse público*, i. é., na satisfação do interesse do *Estado* em favor dos usuários¹⁰⁰.

⁹⁶ Dispõe o art. 5º, *caput* da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”

⁹⁷ No Brasil, o Decreto n. 1.171/ 94 instituiu o chamado *Código de Ética do Servidor Público* onde estão reguladas as atitudes do mesmo em relação aos administrados, bem como as sanções advindas pelo descumprimento de tais regras, configurado como *desvio ético* passível de proporcionar indenização aos administrados por *dano moral*. Sobre esse tema, v. SANDIN, 1999, p. 04.

⁹⁸ O art. 7º dispõe sobre os *direitos e obrigações dos usuários*. O inciso I dispõe sobre o direito de “*receber serviço adequado*”. O art. 31, por sua vez, trata dos *encargos da concessionária*. Dentre esses encargos, destaca-se a obrigação de *prestar serviço adequado* (inciso I). Implicitamente, pode-se interpretar a prestação adequada como aquela onde as relações entre prestador e usuário obedecem a um grau aceitável de cortesia por parte do primeiro. Em outros termos, a prestação adequada pressupõe, dentre outras coisas, que o usuário seja bem atendido. Como exemplo, pode ser citada a relação entre o usuário de transporte rodoviário interestadual ou internacional com a empresa privada, representada esta pelo funcionário responsável pela venda da passagem.

⁹⁹ A fim de justificar a motivação da iniciativa privada em participar da prestação de serviços públicos, tem-se a observação de Luiz Alberto Blanchet: “Tarifa módica é, pois, a que propicia ao concessionário condições para prestar serviço adequado e, ao mesmo tempo, lhe possibilita a justa remuneração dos recursos comprometidos na execução do objeto da concessão. Sem essa garantia, o Estado jamais contaria com a colaboração honesta da iniciativa privada” (Cf. BLANCHET, 1995, p. 46).

¹⁰⁰ Fruto da exigência constitucional (art. 175, parágrafo único, III) a Lei 8.987/ 95 instituiu as regras necessárias ao estabelecimento de uma *política tarifária*, cujo escopo maior consiste em garantir o cumprimento do princípio da *modicidade*. Como foi dito, porém, o mencionado princípio não atende apenas os interesses dos usuários, pois como bem observa João Carlos de Souza: “ao tratarmos da concessão não se pode esquecer que além de albergar uma finalidade pública em razão do exercício de uma atividade que visa ao atendimento do interesse público; há também em jogo um aspecto econômico, que transparece no direito do concessionário à remuneração, que é o motor de sua participação no negócio. Deve haver, portanto, alguma garantia ao interesse do concessionário” (Cf. SOUZA, 1995(a), p. 101). Ou seja, em favor dos usuários as tarifas não poderão ser abusivamente caras; ao passo que, em favor das concessionárias, deve-se preservar o que a doutrina denomina de *equilíbrio econômico-financeiro do contrato* (Cf., dentre outros,

No intuito de favorecer o princípio da *modicidade das tarifas*, a Lei n. 8.987/ 95 prevê a possibilidade das empresas obterem *receitas alternativas* conforme decisão da Administração Pública, ainda no momento da licitação (art. 11)¹⁰¹. Tais receitas, deve-se ressaltar, justificam-se na medida em que possibilitem uma *diminuição no custeio do serviço pelo usuário*¹⁰².

Expostas as considerações acerca do conceito de serviço público *adequado*, deve-se passar à análise sobre o art. 40 e parágrafo único da Lei n. 8.987/ 95, onde está disciplinada a matéria das *permissões*¹⁰³. Segundo Blanchet, o *contrato* a que se refere o art. 40 não influencia o conteúdo, mas apenas a forma pela qual a permissão se exterioriza. A expressão deve ser interpretada, tanto no art. 40 quanto no art. 175 da CF, “... *de forma coerente com a natureza jurídica do instituto, e não literalmente*”¹⁰⁴.

Em outros termos o ‘contrato’ de permissão é, na verdade, a confusão entre o documento de comprovação da permissão, assinado pelas partes, e o que é efetivamente um

MUKAI, 1995, p. 30-31; BLANCHET, 1995, p. 46 e 55; BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 528-533; MEDAUAR, 1999, p. 355). Na Lei n. 8.987/ 95, o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão* está previsto no art. 9º, parágrafo 1º: “Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”. Em suma: as tarifas deverão possuir valor econômico que não onere abusivamente os usuários e, ao mesmo tempo, que esteja compatível com a devida compensação das concessionárias pelos investimentos realizados, bem como pela vantagem econômica que incentiva a participação dessas no negócio com o Estado.

¹⁰¹ Dispõe o art. 11 da Lei n. 8.987/ 95: “No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observando o disposto no art. 17 desta lei”. O art. 17 trata, no procedimento licitatório, de caso onde uma proposta poderá ser desclassificada.

¹⁰² SOUZA, 1995(a), p. 103. Como exemplo de receitas alternativas, o autor cita a exploração de publicidade em ônibus (*Idem, ibidem*).

¹⁰³ Dispõe o art. 40 da Lei n. 8.987/ 95: “A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade do contrato pelo poder concedente”. Dispõe o parágrafo único: “Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei”.

¹⁰⁴ BLANCHET, 1995, p. 162. Ilustrando ainda mais sua opinião, afirma o autor: “Assim como uma estátua tem a forma exata de um ser humano, mas não é um ser humano, e o que nos permite a certeza de tal conclusão não é a forma, mas o conteúdo, também no campo do direito o que prevalece é o conteúdo. O art. 175 da Constituição Federal, como este art. 40, ao utilizarem o termo ‘contrato’, o fizeram sem os cuidados recomendáveis, e não houve qualquer preocupação com o sentido jurídico do termo *contrato*, o que permite concluir que efetivamente a palavra ‘contrato’ não se refere à natureza da permissão” (*Idem*, p. 163).

contrato: negócio jurídico *bilateral*¹⁰⁵. Assim uma leitura apressada do art. 175 da CF, e do art. 40 da Lei 8.987/ 95, pode fazer com que se descaracterize a natureza jurídica real da permissão, qual seja, a de ser ela um *ato administrativo*¹⁰⁶.

A expressão ‘contrato de adesão’ prevista no art. 40, refere-se ao procedimento obrigatório de assinatura da minuta sobre a futura permissão ou concessão, o qual é realizado ainda na fase da *licitação pública*. Não há contrato de permissão, mas a formalização da mesma mediante documento escrito que comprove a relação jurídica entre Administração Pública e os particulares. Assim, conclui-se que a expressão ‘contrato de adesão’ não tem maior utilidade no texto da norma jurídica em pauta (art. 40 de Lei n. 8.987/ 95)¹⁰⁷.

Resumindo assim o retorno das concessões (e também das permissões) no Brasil, inserido este no processo de privatização das atividades econômicas *em sentido amplo* – dentre as quais, os serviços públicos – entende-se que o *processo privatizante* não altera o regime jurídico das atividades econômicas prestadas segundo o art. 175, da CF, mas antes o intensifica, pelo recurso ao contrato de concessão e ao ato de permissão, formalizados entre as empresas privadas e a Administração Pública¹⁰⁸.

¹⁰⁵ O contrato administrativo, cujo contrato de concessão (e apenas de concessão) constitui uma de suas espécies, pode ser assim definido: “...é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado” (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 445).

¹⁰⁶ BLANCHET, 1995, p. 163. Já o ato administrativo, onde está inserida a figura da permissão, pode ser definido como: “... *declaração do Estado (...) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*” (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 271). De todo este conceito, importa destacar que os *atos administrativos* são unilaterais, i. é., não existe, como nos contratos, a *comutatividade* (direitos e obrigações recíprocas) entre a Administração e os particulares. Daí a observação de Bandeira de Mello: “O Estado, em princípio, valer-se-ia da permissão justamente quando não desejasse constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros” (*Idem*, p. 544). Aliás, este autor faz uma crítica acerca do que ele chama um *uso desnaturado* das permissões. Afirma o autor que o Estado se vale das vantagens do instituto quanto a não constituição de direitos aos particulares, para delegar a prestação de serviços públicos cujo valor de investimentos não é senão considerável (sendo recomendável, nestes casos, o *contrato* de concessão). Em contrapartida, a Administração Pública fixa prazo para a duração das permissões, descaracterizando sua natureza jurídica, pois apenas os contratos de concessões devem ter prazos obrigatórios de duração. (*Idem*, p. 545-546).

¹⁰⁷ BLANCHET, 1995, p. 163-164.

¹⁰⁸ Em que pese os argumentos favoráveis às privatizações das atividades econômicas do Estado – em especial, o de que estas atividades tendem a ser prestadas com mais eficiência e qualidade – a verdade é que este processo privatizante tem sido alvo das mais ferrenhas críticas, principalmente no que diz respeito à

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

Os serviços públicos enquanto atividade econômica têm sido prestados, a partir das transformações trazidas pela Constituição de 1934, pela Administração Pública *indireta* (leia-se autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas). Com o advento do processo de privatização e da Lei das Concessões e Permissões (Lei n. 8.987/ 95), a prestação dos serviços públicos se apresenta segundo uma nova tendência, baseada na prevalência do processo de *delegação* por contrato (concessões) ou ato administrativo (permissões), em detrimento da *descentralização administrativa*.

Sendo assim, importa considerar que a relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e os concessionários ou permissionários é distinta daquela, estabelecida entre os prestadores (a própria Administração Pública ou empresas privadas) e *os cidadãos (usuários)*. No caso das concessões entre Administração Pública e empresas privadas, p. ex., existe um contrato *administrativo*, regido pelas regras e princípios de direito público (em especial, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo). Já a relação jurídica que se estabelece entre prestadores (públicos ou privados) e *usuários* apresenta contornos mais vinculados ao direito privado. Trata-se de uma relação

maneira como as empresas públicas e sociedades de economia mista foram (e estão sendo) passadas para a iniciativa privada. Quanto a essas críticas, cabe lembrar – diga-se de passagem, com profundo pesar – que no dia 21 de julho de 2000 o país perdeu o jornalista Aloysio Biondi, um profundo conhecedor da realidade econômica brasileira. Biondi combateu – talvez como ninguém – a política econômica do governo de Fernando Henrique Cardoso. Dentre outras coisas, escrevia artigos mensais para a Revista *Caros Amigos*, e recentemente, publicou *O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado*, no qual explicitou o processo de privatização das atividades econômicas (em sentido amplo), mostrando as deformidades advindas do compra e venda das empresas estatais, e as imposições que as empresas compradoras fizeram aos governos federal e estaduais – e que estes governos cumpriram – em detrimento dos cidadãos (Cf. BIONDI, 1999, 48p). Este trabalho não pretende assumir uma posição definitiva sobre as privatizações, em especial daquelas que se realizaram nos serviços públicos. Entretanto, não se pode fechar os olhos para a realidade. A reverência feita à Aloysio Biondi explica-se justamente pelo fato de que o jornalista mostrou como o governo se sujeitou aos ‘caprichos’ das empresas privadas, e como esta sujeição pode trazer prejuízo aos cidadãos (consumidores) brasileiros. A partir das críticas de Biondi, os consumidores devem estar atentos, principalmente, à atuação das novas empresas prestadoras, a fim de evitar que prejuízos já existentes atentem contra o direito a uma *adequada e eficaz prestação de serviço público*.

obligacional entre particulares, formalizada, não poucas vezes, pelo instrumento jurídico do contrato¹⁰⁹.

Ao Estado cabe regulamentar e fiscalizar as ações dos prestadores, uma vez que há uma flagrante desigualdade de forças entre esses e os usuários. Nestes termos, existem todos os elementos necessários para que se conceba a natureza jurídica atual desse vínculo entre prestadores e usuários: trata-se de uma *relação de consumo*¹¹⁰. E quanto aos usuários de serviços públicos, não resta dúvida de que são, antes de mais nada, *consumidores*.

Do exposto, torna-se imprescindível a análise da matéria atinente à prestação de serviços públicos *inserida na tutela jurídica do Código de Defesa do Consumidor*. Este diploma legal configura-se, com o auxílio da atual Lei 8.987/ 95 e de outras leis destinadas a regulamentar a prestação de certos serviços públicos, como o atual *regime jurídico de proteção dos usuários (consumidores) de serviços públicos*.

¹⁰⁹ O contrato, é importante ressaltar, pode ser formalizado expressa ou tacitamente, assim como pode ser escrito ou verbal.

¹¹⁰ Sobre o conceito de *relação de consumo*, tratará o próximo capítulo (itens n. 2.2.3 e 2.3.1). Antes, porém, cabe deixar bem claro que a relação de consumo ocorre não apenas entre os usuários e as empresas privadas. Existe relação de consumo entre os usuários e o Estado como fornecedor (Administração Pública *indireta*).

CAPÍTULO II

A TUTELA JURÍDICA DOS CONSUMIDORES E A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1. Motivações para o surgimento da tutela consumerista¹¹¹

2.1.1. O fenômeno da massificação social

Inicialmente, importa considerar que a tutela consumerista não surgiu senão como resposta ao fenômeno conhecido como *massificação social*. De uma forma geral, pode-se afirmar o seguinte: a consolidação do poder político e econômico pela classe burguesa (leia-se Europa Ocidental e Estados Unidos) teve, como consequência mais relevante, o surgimento da Revolução Industrial no século XIX. Entretanto, contrastando com a idéia de progresso prometida pelos ideólogos do Liberalismo, o desenvolvimento do sistema capitalista de produção industrial desencadeou, conforme lembra Marshall, um enorme sistema de classes extremamente desiguais¹¹².

A transição do século XIX para o atual serviu, então, de palco para um período de intensas reivindicações sociais, fruto da crise e transição pela qual passava o sistema capitalista da época¹¹³. Surgiram, assim, as lutas dos trabalhadores fabris por melhores

¹¹¹ A tutela consumerista, ou tutela jurídica dos consumidores, considerada de uma forma global, é recente, não possui mais do que três décadas no ordenamento jurídico dos Estados. No Brasil em que pese a existência de leis esparsas dispondo sobre o funcionamento de órgãos de fiscalização (os Procons estaduais, p. ex.) entre as décadas de 70 e 80, pode-se dizer que a tutela consumerista possui efetivamente doze anos (nasceu com a CR de 1988 e ganhou toda uma sistematização normativa com a criação do Código de Defesa do Consumidor). Entretanto, a doutrina jurídica brasileira já de longa data vislumbrava não apenas as desigualdades econômicas e políticas entre consumidores e fornecedores, como entendia ser absolutamente necessário o reconhecimento e a sistematização de uma ordem jurídica de proteção àqueles. Neste sentido, Fábio Konder Comparato aparece como um dos juristas que despertou para essa questão (Cf. COMPARATO, 1976, p. 81-105).

¹¹² MARSHALL, 1967, p. 76.

¹¹³ Sobre o período de transição do sistema capitalista entre os séculos XIX e XX – capitalismo do Estado Liberal Clássico para o capitalismo do Estado Interventor – v. MOREIRA, 1978, p. 37-38.

condições de trabalho e salário, o sindicalismo foi fortalecido e, no início do século XX, o Constitucionalismo inovou na consagração de novos direitos *sócio-econômicos*¹¹⁴. Entretanto, se não se pensava ainda em uma efetiva proteção jurídica aos consumidores, já se podia vislumbrar que o Direito Constitucional recepcionava, além dos direitos individuais tradicionais, novos direitos de índole *coletiva ou grupal*¹¹⁵. E o porquê desses direitos merecerem reconhecimento constitucional prende-se, então, à constatação de que a sociedade começava a se *massificar* no âmbito do sistema econômico capitalista¹¹⁶.

Deste modo, a *massificação social* pode ser entendida como fenômeno de um tipo de *sociedade* onde não existem indivíduos, mas simplesmente *massas*. Nestas, por sua vez, existem apenas *conjuntos humanos*, i. é., um aglomerado de homens anônimos e despersonalizados¹¹⁷. Sua importância para o Direito, reside nas características seguintes: a) presença de grande número de indivíduos em situações que, via de regra, são transitórias; b) despersonalização dos indivíduos envolvidos em tais situações¹¹⁸.

A partir da segunda metade do século XX, o sistema capitalista de produção industrial sofreu uma enorme transformação e, se até então o conceito de *qualidade de vida* em uma sociedade massificada traduzia-se pelo *viver no setor urbano*, passou a ser definido em função da *capacidade para o consumo*¹¹⁹. Os fornecedores, cientes desta situação, passaram a investir em novas técnicas de venda, no aprimoramento do *marketing*, tudo para ‘seduzir’ os consumidores a adquirir os bens e serviços postos à disposição no mercado¹²⁰.

O fenômeno da *massificação social* e a emergência de uma *sociedade de produção/consumo da massa* tornou-se, então, fato inquestionável¹²¹. A importância dessa afirmação para o Direito traduziu-se, nos países desenvolvidos, em termos de políticas

¹¹⁴ BONAVIDES, 1998, p. 205-211. O autor destaca como paradigmática a Constituição da República de Weimar (1918). No Brasil, a já citada Constituição de 1934 também pode ser enquadrada na nova inspiração do Constitucionalismo *sócio-econômico*, responsável pela estruturação jurídica do novo modelo estatal (Estado de bem-estar social e interventor direto na economia – *Welfare State*).

¹¹⁵ DONATO, 1993, p. 17.

¹¹⁶ COMPARATO, 1976, p. 84.

¹¹⁷ DÍEZ- PICAZO, 1978, p. 23.

¹¹⁸ *Ídem*, p. 25.

¹¹⁹ BUARQUE, 1993, p. 157.

¹²⁰ DONATO, 1993, p. 17.

públicas¹²² e convenções internacionais¹²³, a partir da década de sessenta. O Estado foi chamado à *intervenção* que, longe de abolir a lógica do mercado e o sistema capitalista, pretendeu apenas *equilibrar* os interesses conflitantes entre consumidores e fornecedores¹²⁴.

Desta feita, se a *intervenção do Estado* procurou sanar o *desequilíbrio* nas relações de consumo, pode-se concluir que uma das partes envolvidas apresentava-se, até então, como mais *vulnerável* do que a outra. Ou, como prefere Donato:

“O consumidor, destinatário de todo esse processo altamente produtivo, deveria configurar-se como o maior beneficiário dessas transformações (...) Entretanto, em face das extraordinárias proporções alcançadas por esse processo produtivo, cada vez mais fortalecido, o consumidor, já imbuído do espírito consumerista que esse mesmo processo veio a impingir-lhe, tornava-se vulnerável”¹²⁵.

Para a ordem jurídica, não basta apenas consagrar *direitos*. É preciso fundamentá-los em *princípios jurídicos*. E o princípio jurídico que fundamenta a proteção aos consumidores é o *princípio da vulnerabilidade*. Ele é o *cerne* da tutela jurídica dos consumidores, motivo pelo qual cabe analisar a sua incidência, em especial, na ordem jurídica brasileira.

¹²¹ CAPPELLETTI, 1975, p. 365.

¹²² Nos Estados Unidos John Kennedy levantou, como ‘bandeira eleitoral’ à Presidência da República, a defesa dos consumidores. Uma vez eleito, em sua primeira mensagem ao Congresso norte-americano, reafirmou os compromissos de campanha, salientando e prometendo defender os *direitos básicos dos consumidores*. (Cf. AMARAL, 1989, p. 32).

¹²³ Trata-se da Resolução n. 39.248/85 e da 29ª sessão da Comissão de Direitos Humanos (Genebra – 1973), ambas da ONU (*Idem, ibidem.*).

¹²⁴ A intervenção estatal no sentido de proteger os consumidores se deu, a bem da verdade, na intenção de equilibrar o próprio sistema capitalista, da mesma forma como os idealizadores do *Welfare State* entenderam necessária a modificação do papel estatal diante das demandas sociais emergentes e da própria economia de mercado. Sobre a lógica do Welfare State, v. REICH, 1990, p. 265.

¹²⁵ DONATO, 1993, p. 18.

2.1.2. O princípio da vulnerabilidade dos consumidores

A tutela consumerista surgiu, assim, da constatação de que os consumidores encontravam-se num plano de inferioridade nas relações de consumo, que o Direito precisava reconhecer por meio de um princípio jurídico.

Como visto, o fenômeno da *massificação social*, iniciado com as transformações trazidas pela revolução industrial (século XIX) e reconhecido pelo Direito através da mudança no Constitucionalismo do século XX, transformou o conceito de *qualidade de vida* em *consumo de massa*. A partir de então, o sistema capitalista voltou sua atenção para as *necessidades dos consumidores*, parecendo então paradoxal afirmar que, ao invés dos mesmos se tornarem ‘os reis do sistema’ acabaram definitivamente sendo considerados o pólo fraco das relações de consumo¹²⁶. O paradoxo se desfaz, no entanto, se a realidade social for examinada desde o ponto de vista da desigualdade entre os cidadãos e os fornecedores, *privados ou públicos*, de produtos e serviços no mercado de consumo.

No Brasil, a Constituição Federal deixou *implícito* o princípio da vulnerabilidade, no lineamento do art. 5º, XXXII¹²⁷, mas o Código de Defesa do Consumidor o consagrou expressamente em seu art. 4º, I, *verbis*: “ *A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o ... I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo* “.

A leitura do artigo traz os seguintes questionamentos: de que vulnerabilidade tratou o legislador ? Existe apenas uma vulnerabilidade ? Inicialmente, pode-se dizer que a *vulnerabilidade é*

“...o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na

¹²⁶ *Idem, ibidem.*

sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação¹²⁸.

É um princípio jurídico *geral* que consagra uma *presunção*. Os consumidores (todos eles) são considerados os mais fracos, não sendo necessário provar sua vulnerabilidade perante os fornecedores de produtos e(ou) serviços. A vulnerabilidade distingue-se da *hipossuficiência*. Enquanto a primeira constitui princípio de *direito material*, e regra intrínseca a todos os consumidores, a hipossuficiência diz respeito apenas ao *direito processual*, e necessita ser provada no *caso concreto*.

“... 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 outro¹²⁹”.

A hipossuficiência, como conceito de direito *processual*, aparece, p. ex., no art. 6º, VIII do CDC, o qual faculta ao juiz à concessão da *inversão do ônus da prova* em favor dos consumidores quando o mesmo constatar, dentre outras coisas, a *hipossuficiência* do(s) consumidor(es) em juízo¹³⁰. A vulnerabilidade, ao contrário, é princípio que abrange a todos os consumidores indistintamente.

Em resposta às indagações feitas há pouco, a vulnerabilidade dos consumidores pode ocorrer de várias formas. Assim, existem: 1. a *vulnerabilidade técnica* (dentre outras coisas, pela falta de informações adequadas sobre os produtos e serviços postos no mercado

¹²⁷ ALMEIDA, 1993, p. 11 e 17.

¹²⁸ MORAES, 1999, p. 96.

¹²⁹ *Idem*, p. 122.

¹³⁰ Dispõe o art. 6º, VIII do CDC: “São direitos básicos do consumidor: VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

de consumo)¹³¹; 2. a vulnerabilidade *jurídica* (dificuldades dos consumidores para a defesa de seus direitos)¹³²; 3. a vulnerabilidade *política ou legislativa* (dificuldades na formação de associações de representação dos consumidores)¹³³; 4. a vulnerabilidade *biológica ou psíquica* (influência da mídia sobre as necessidades dos consumidores)¹³⁴; 5. A vulnerabilidade *ambiental* (produtos nocivos à saúde dos consumidores pelo mal que causam também ao meio ambiente)¹³⁵.

Além dessas cinco espécies de vulnerabilidade, há ainda mais uma que se pretende ressaltar em relação às demais: a vulnerabilidade *econômica e social*.

“ A vulnerabilidade econômica e social decorre diretamente da disparidade de forças existente entre os consumidores e os agentes econômicos, relevando que eles possuem maiores condições de impor a sua vontade àqueles, por intermédio da utilização dos mecanismos técnicos mais avançados que o poderio monetário pode conseguir ”¹³⁶.

Existem, principalmente no campo do *direito dos contratos*¹³⁷, claríssimos exemplos de como os fornecedores podem impor sua vontade, em detrimento da vontade dos consumidores, através da estipulação de cláusulas unilaterais. Os chamados *contratos de massa* são celebrados mediante a *adesão* dos consumidores à vontade dos fornecedores, verdadeiros *donos do contrato*, visto que apenas eles participam do processo de elaboração do mesmo¹³⁸.

¹³¹ MORAES, 1999, p. 116.

¹³² *Idem*, p. 120.

¹³³ *Idem*, p. 133.

¹³⁴ *Idem*, p. 144-155.

¹³⁵ *Idem*, p. 174.

¹³⁶ *Idem*, p. 155.

¹³⁷ A expressão “direito dos contratos” é utilizada por Fernando Noronha (Cf. NORONHA, 1994, 263p).

¹³⁸ Fica clara a dificuldade dos consumidores concretizarem, em seu favor, o princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais, em face do fenômeno da massificação social. Neste sentido, são precisas as palavras de Clóvis do Couto e Silva: “A subordinação dos negócios jurídicos dos particulares às diretrizes de uma planificação econômica altera, profundamente, a liberdade de contratar, entendida em sentido clássico” (Cf. COUTO E SILVA, 1976, p. 20). Sobre o tema, v. MARTINS-COSTA, 1992, p. 129.

Além do princípio jurídico da vulnerabilidade dos consumidores, existem outros princípios que fundamentam a tutela consumerista estando, no entanto, vinculados àquele. São, pois, os princípios da *norma* e das *presunções favoráveis* aos consumidores, ambos decorrentes da função eminentemente *protetiva* das normas jurídicas do CDC¹³⁹. A tutela jurídica dos consumidores, motivada pelo princípio maior da vulnerabilidade, constitui-se em conjunto de *normas de ordem pública* (art. 1º do CDC)¹⁴⁰, i. é., normas jurídicas que consagram direitos, cujo conteúdo é *irrenunciável*, tanto pelos consumidores, quanto pelo Estado – o qual tem o dever constitucional de garantir a efetivação desses direitos .

2.2. A tutela jurídica dos consumidores brasileiros: da Constituição de 1988 ao Código de Defesa do Consumidor

2.2.1. Exigência constitucional

A tutela jurídica dos consumidores brasileiros existe, efetivamente, há doze anos. E pode-se dizer que ela não foi, senão, o resultado de uma exigência constitucional. De fato, a doutrina há muito tempo alertava para o desenvolvimento de um sistema de normas tendentes a uma efetiva proteção dos consumidores brasileiros¹⁴¹, mas o mesmo só foi possível com o advento da Constituição Federal de 1988.

Assim é que o art. 5º, XXXII da CF consagrou a defesa do consumidor como *garantia constitucional*¹⁴² e o art. 48 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) obrigava o Congresso Nacional a elaborar a *lei* a que se referia o mencionado

¹³⁹ ALMEIDA, 1993, p. 34-35.

¹⁴⁰ Dispõe o art. 1º do CDC: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública...”

¹⁴¹ Cf., *supra*, item n. 2.1 (nota n. 111).

¹⁴² Adota-se aqui a distinção entre *direitos* e *garantias de direitos*. O art. 5º, XXIII da Constituição seria a garantia constitucional aos direitos dos consumidores, e não o direito fundamental dos consumidores. Segundo Sérgio Cademartori “... as *garantias* são consideradas por esta teoria [o garantismo] como técnicas de limitação da atuação do Estado no que respeita as direitos fundamentais de liberdade e técnicas de implementação daquela mesma ação no que diz respeito aos direitos sociais” (Cf. CADEMARTORI, 1999, p. 86). Afirma ainda o autor: “...quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos” (*Idem, ibidem*).

inciso do art. 5º da Constituição. Assim, em que pese alguns percalços por que passaram os legisladores responsáveis pela sua elaboração¹⁴³, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) despontou, no ordenamento jurídico pátrio, como sistema normativo tendente a concretizar a *intervenção estatal* nas atividades econômicas (públicas e privadas) que são, por sua vez, objeto das *relações de consumo*.

2.2.2. Defesa do consumidor como princípio constitucional da Ordem Econômica

Inseridos no texto constitucional os princípios, entendidos como *espécies de normas jurídicas*¹⁴⁴, enunciam os *valores* pelos quais deve se orientar todo o ordenamento jurídico *infraconstitucional*. Deste modo, cabe precisar a recepção, na CF de 1988, dos princípios norteadores da chamada *Ordem Econômica*, onde a *defesa do consumidor* surge como um desses princípios.

A expressão ‘ordem econômica’ pode ser entendida como uma ordem *não-constitucional* ou como uma ordem *constitucional*, conforme sua análise recaia sobre a ordem jurídica do Estado Liberal (séculos XVIII e XIX), ou do Estado Intervencionista (século XX), respectivamente. Entre ambas, no entanto, existe um ponto em comum, revelador do sentido mais apropriado para a análise da expressão: a ordem econômica não é outra coisa, senão uma *parcela da ordem jurídica*¹⁴⁵.

¹⁴³ Segundo Ada P. Grinover e Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, existiu uma tentativa de descaracterizar o CDC como um Código, a fim de considerá-lo como simples lei ordinária. Contrários a essa postura, afirmam os autores: “A dissimulação daquilo que era código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o *lobby* dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um *iter* legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra- argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era” (Cf. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 1997, p. 08-09).

¹⁴⁴ ALEXY, 1993, p. 88-89.

¹⁴⁵ GRAU, 2000, p. 43-74. De fato, afirma o autor que: “...ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser) (...) Ora, este sendo – como, de fato, é – o conteúdo do conceito de ordem econômica, dúvida não resta quanto a sua existência nas Constituições liberais (...) Assim, mesmo anteriormente ao advento das Constituições escritas, lá se encontravam, em cada sociedade, no bojo de suas

Partindo da afirmação de que a expressão ‘ordem econômica’ só foi incorporada à linguagem dos juristas no limiar do século XX, pode-se afirmar que a *transição* (que não significa *ruptura*) da ordem econômica liberal para a ordem econômica (constitucional) do Estado Intervencionista, é o momento histórico no qual se inscreve a ordem econômica enquanto parcela da ordem jurídica *constitucional*¹⁴⁶. Ou seja, a ordem econômica em questão é a parcela da ordem jurídica expressa no novo modelo constitucional – a *Constituição Econômica*¹⁴⁷ – estruturador do Estado *Social ou Intervencionista*. Ou, como prefere Luís Moncada:

“A regulação da economia pela constituição demonstra-nos que esta não contém somente a organização e actividade dos órgãos do poder político e, quando muito, o modo de ser das relações entre aquele e o indivíduo, mas verdadeiramente, além disso, um princípio estruturante do todo da vida social, com destaque, ainda que implícito, para a economia. Ao

ordens jurídicas, como parcela delas, *normas institucionalizadoras* das ordens econômicas (mundo do ser) nelas praticadas” (*Idem*, p. 55-56).

¹⁴⁶ *Idem*, p. 54. Sobre o fato da sucessão entre as ordens econômicas não ter ocorrido por meio de uma *ruptura*, pronuncia-se o autor: “A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como *intervencionista*, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo” (*Idem*, p. 58). A distinção entre a ordem econômica liberal e a ordem econômica intervencionista consiste no fato de que a primeira não necessitava estar expressa no texto de uma Constituição, pois estava implícita na realização dos princípios basilares do Liberalismo, quais sejam, a garantia dos direitos e liberdades individuais (principalmente, o direito de propriedade e a liberdade contratual), e a não- intervenção direta do Estado em atividades econômicas. Ou seja: “...bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas disposições veiculadas no nível infraconstitucional” (*Idem*, p. 56). Sobre a evolução e rompimento da ordem econômica Liberal, seguido da ordem econômica Intervencionista, v. HORTA, 1991, p. 05-19.

¹⁴⁷ Estruturalmente, a Constituição Econômica estaria subdividida em: *a) constituição estatutária (ou orgânica)*; *b) constituição diretiva (ou programática)*. Para Eros Roberto Grau, as Constituições estatutárias são aquelas “...que se bastam em definir um estatuto de poder, concebendo-se como mero ‘instrumento de governo’, enunciadoras de competências e reguladoras de processos” (Cf. GRAU, 2000, p. 60). Já as Constituições diretivas ou programáticas são aquelas “... que não se bastam em conceber como mero ‘instrumento de governo’, mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados” (*Idem*, p. 61). Na doutrina portuguesa, Luís S. Cabral de Moncada faz a seguinte distinção entre Constituição estatutária e programática: “A CE estatutária é composta pelo conjunto de normas que caracterizam uma certa e determinada forma económica, que justamente a identificam enquanto tal. É o caso por exemplo das normas que definem o conteúdo e limites dos direitos de propriedade e de livre iniciativa privadas (...). A CE programática visa estabelecer uma determinada ordem económica alterando ao mesmo passo a estrutura económica existente (...) é contudo uma consequência directa da

mesmo tempo permite-nos inferir um conjunto de princípios gerais que conferem unidade de sentido à economia, fazendo dela uma ordem normativa, e que nos possibilitam um seu estudo científico, para além do simples casuismo”¹⁴⁸.

No Brasil, quanto à ordem econômica na CF de 1988, pode-se afirmar que a sistematização da *Ordem Econômica (e Financeira)* no Título VII da Carta Magna, apresenta os *princípios gerais da atividade econômica*, indicadores de uma Constituição Econômica *Diretiva ou Programática*¹⁴⁹. E dentre os princípios da atividade econômica, a Constituição consagra a *defesa do consumidor* (art. 170, V).

Para Eros Roberto Grau, o princípio constitucional da defesa do consumidor cumpre dupla finalidade. A primeira, consiste em realizar o objetivo geral da ordem econômica, qual seja, o de *assegurar a todos uma existência digna*¹⁵⁰. A segunda finalidade do princípio diz respeito ao cumprimento do objetivo específico (defesa do consumidor)¹⁵¹. Segundo José Afonso da Silva o art. 170, V da CF possui dupla classificação: *a) de uma forma mais ampla, é norma constitucional de princípio programático*¹⁵²; *b) especificamente, é princípio político constitucional- conformador da ordem econômica*¹⁵³.

constitucionalização de uma escala de valores cuja realização se entende ser natural no modelo do Estado de Direito Social “ (Cf. MONCADA, 1988, p. 82-83).

¹⁴⁸ *Idem*, p. 83

¹⁴⁹ Segundo Eros Roberto Grau “... o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – *deverão ser (estar)* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...” (Cf. GRAU, 2000, p. 51).

¹⁵⁰ *Idem*, p. 262. A *dignidade da pessoa humana*, antes de fundamentar a ordem econômica, é fundamento para a existência do próprio Estado Brasileiro (art. 1º, III da CF).

¹⁵¹ *Idem, ibidem*.

¹⁵² “...podemos conceber como *programáticas*, aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais, e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*” (Cf. SILVA, 1998, p.138).

¹⁵³ Afirma ainda José Afonso da Silva: “É de extrema importância (...) distinguir as disposições programáticas e os princípios políticos constitucionais conformadores das ordens econômica e social. Estes princípios são programáticos, mas apenas no sentido de que definem as bases dos fins e tarefas estatais e enquanto põem os objetivos e determinações do programa a ser cumprido pelo Estado. Constituem Direito imediatamente vigente e são diretamente aplicáveis (...) Os demais princípios informadores da ordem econômica – (...) defesa do consumidor (...) – são da mesma natureza. Apenas esses princípios preordenam-se e não que

Em suma, a *defesa do consumidor* como princípio da ordem econômica é *norma constitucional de aplicação imediata*. Isso implica na afirmação de que o Estado não poderá fugir ao *compromisso* de agir no sentido de efetivar a realização do significado (valor) implícito no mencionado princípio, qual seja, o de que o consumidor, *por ser a parte mais vulnerável nas relações de consumo*, merece uma tutela jurídica especial, cujo escopo maior consiste em equilibrar essas relações econômicas que envolvem a prestação e consumo de bens (produtos) e atividades econômicas (serviços).

2.2.3. O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico

No cumprimento do princípio constitucional da *defesa do consumidor*, a tutela jurídica dos consumidores revela uma *intervenção estatal*¹⁵⁴, absolutamente necessária para concretizar este princípio que, como se viu, tem aplicação imediata na ordem econômica, entendida como *parcela da ordem jurídica*.

Uma vez analisada a *defesa do consumidor* enquanto princípio da ordem econômica constitucional brasileira, é importante salientar que as normas jurídicas de proteção aos consumidores não formam um Direito do Consumidor¹⁵⁵, mas antes, fazem parte do chamado *Direito Econômico*¹⁵⁶. Concebido teoricamente como direito de *organização da economia*¹⁵⁷, o Direito Econômico pode ser definido como um ramo autônomo da Ciência

harmonizar-se em vista do *princípio-fim* que é a realização da justiça social, a fim de assegurar a todos existência digna" (*Idem*, p. 143-144).

¹⁵⁴ Cf. ALMEIDA, 1993, p. 17-20.

¹⁵⁵ Reforçando a afirmação de que não existe um Direito do Consumidor, José Geraldo de Brito Filomeno apresenta as opiniões de Denise Baumann e Thierry Bourgoignie, sendo este um dos principais expoentes em prol da defesa dos consumidores na Europa (Cf. FILOMENO, 1991, p. 44).

¹⁵⁶ Além das normas jurídicas de proteção aos consumidores, também fazem parte do Direito Econômico as normas jurídicas de proteção ambiental. Sobre essas, posiciona-se Cristiane Derani: "Qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental. Tal implica que nem pode ser entendida como apenas o conjunto de bens e comodidades materiais, nem como a tradução do ideal da volta à natureza, expressando uma reação e indiscriminado desprezo a toda elaboração técnica e industrial (Cf. DERANI, 1997, p. 77).

¹⁵⁷ FARJAT, 1996, p. 41.

Jurídica, que não é necessariamente público ou privado¹⁵⁸. Ou seja, não existe um Direito Econômico ‘público’ ou ‘privado’, mas um conjunto entrelaçado de normas pertencentes a ambos os campos jurídicos¹⁵⁹.

Interpretando o pensamento de Raizer, entende-se que, pela ótica do Direito Econômico, há a necessidade de alguns princípios jurídicos (de natureza pública) se sobreporem às normas e institutos jurídicos típicos (ou clássicos) do direito privado, a fim de concretizarem uma intervenção estatal que produza ou garanta, em função do interesse público, uma *ordem econômica e social desejada*¹⁶⁰.

Após estas considerações sobre o que é, e sobre o que pretende o Direito Econômico, pode-se relacionar o mesmo às normas jurídicas de proteção aos consumidores. No Brasil, o CDC apresenta-se como um sistema normativo *interdisciplinar*. Ou seja, percebe-se a intersecção entre o direito público e o direito privado, já que o Código apresenta normas jurídicas afeitas ao estudo do Direito Constitucional, do Direito Civil (em especial o Direito das Obrigações Contratuais), do Direito Penal, do Direito Administrativo, dentre outros.

Em segundo lugar, as normas jurídicas do CDC – entendidas em sua acepção ampla, i. é., enquanto regras e princípios jurídicos – estão voltadas para a equilíbrio das relações de consumo, cuja natureza econômica é incontestável. A tutela jurídica dos consumidores brasileiros é fruto de uma intervenção estatal¹⁶¹, absolutamente necessária para o cumprimento de uma finalidade bem específica: *sobrepôr o interesse público ou*

¹⁵⁸ Seguindo lição de Eros Roberto Grau (Cf. GRAU, 2000, p. 162-165), cabe observar que, no Brasil, a Constituição Federal não deixa dúvidas quanto à autonomia do Direito Econômico em relação a outros ramos da Ciência Jurídica. Assim, o art. 24, I da CF dispõe que: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico” (grifamos).

¹⁵⁹ RAIZER, 1979, p. 14-15

¹⁶⁰ *Idem*, p. 25.

¹⁶¹ O princípio da vulnerabilidade deve ser entendido como um princípio jurídico de natureza pública. Mais especificamente, é um princípio de *ordem pública*, no sentido de que deve ser observado tanto pelo próprio Estado quanto pela sociedade, não havendo possibilidade, por parte dos consumidores, de uma renúncia à titularidade dos direitos que estão fundamentados neste princípio. Com o CDC, o princípio da vulnerabilidade se sobrepõe aos princípios de direito privado como o da *liberdade contratual* (liberdade para definir o conteúdo dos contratos).

interesse do Estado (que, neste caso, identifica-se com a proteção jurídica dos consumidores nas relações de consumo travadas no âmbito da economia de mercado)¹⁶² ao *interesse privado* (que identifica-se com os interesses dos fornecedores de produtos e serviços neste mesmo contexto).

Clara é, pois, a identificação das normas jurídicas do CDC com as características do Direito Econômico. Por esta razão, pode-se afirmar que o sistema normativo do Código está fundamentado na *lógica econômica do dever ser*. Ou seja, o CDC existe em função de um princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, V da CF), que pretende, acima de tudo, “...assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”¹⁶³. A esta lógica do dever ser contrapõe-se a dinâmica das relações de consumo.

Segundo Fernando Noronha, o conceito de relação de consumo pode assumir três acepções distintas: a) um conceito estrito: diz respeito as relações de consumo que têm origem predominantemente em um contrato; b) um conceito amplo: diz respeito as *relações obrigacionais de consumo*, que abrangem, inclusive, as relações contratuais; e c) um conceito amplíssimo: diz respeito a todas as relações jurídicas sobre interesses dos consumidores¹⁶⁴.

Para este trabalho, adota-se o conceito amplo de relação de consumo. Estas são, portanto, *relações obrigacionais*, i. é, relações jurídicas que decorrem: a) das relações contratuais; b) das obrigações por declaração unilateral de vontade (as quais, em geral,

¹⁶² A finalidade de trazer o *equilíbrio* às relações de consumo travadas em um mercado massificado (*mass market*) é tarefa incontestada do CDC, enfatizada por Mauro Cappelletti (Cf. CAPPELLETTI, 1993, p. 309). Sobre o conceito de *economia de mercado*, pronuncia-se José Matias Pereira: “...denomina-se *economia de mercado* aquela em que os centros de produção, oferta de bens e consumo são distintos, e a necessária ligação entre eles para o cumprimento da atividade econômica é determinada apenas pelas relações de troca” (Cf. PEREIRA, 1995, p. 115).

¹⁶³ Cf. art. 170, *caput* da CF.

¹⁶⁴ NORONHA, 1999(b), p. 148-151 Embora seja considerada uma noção restrita de relação de consumo, as relações contratuais possuem extrema relevância, em primeiro lugar, pela estreita relação do contrato com o direito de propriedade (Cf. ALMEIDA, 1982, p. 11). Em segundo lugar, pela evolução e importância dos contratos padronizados e de adesão. Frutos da massificação social, estes contratos traduzem a situação na qual os consumidores não possuem mais a chamada *liberdade contratual* (liberdade para escolher o conteúdo dos contratos), restando-lhes apenas a *liberdade para contratar* (liberdade para realizar ou não o contrato). Ocorre que a liberdade para contratar também é limitada, visto que, em muitos casos, os consumidores *precisam*

resultam de atividades preparatórias de contratos); c) da responsabilidade (objetiva) dos fornecedores pelo fato ou vício de produto ou serviço (arts. 12 a 17 e 18 a 24 do CDC)¹⁶⁵.

Bem delimitado o conceito de relação de consumo, pode-se dizer que a dinâmica da mesma submete-se a uma *lógica econômica do ser*. Ou seja, a relação de consumo não visa equilibrar a posição dos fornecedores e consumidores na economia de mercado, mas (re)alimentar esta mesma economia, segundo as normas jurídicas de direito privado (em especial, do Direito das Obrigações)¹⁶⁶. O CDC, como sistema normativo de Direito Econômico, é o resultado de uma intervenção estatal, cujo escopo maior consiste em realizar a *lógica econômica do dever ser* (princípios constitucionais da ordem econômica), sobrepondo essa à dinâmica das relações de consumo.

Do exposto, entende-se que, nas relações de consumo dos serviços públicos, a atividade dos prestadores (públicos ou privados) deverá respeitar o princípio maior da vulnerabilidade (art. 4º, I do CDC) e efetivar o direito a uma *adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral* (art. 6º, X), pois esta é a razão da proteção jurídica dos consumidores enquanto objeto do Direito Econômico.

Nas palavras de Fernando Aguillar:

“...a disciplina dos serviços públicos veiculada pelo Direito Econômico adquire feição de condicionadora da atividade dos agentes econômicos, seja por meio de normas instrumentais, seja pela ação da administração indireta”¹⁶⁷.

realizar o contrato que lhes possibilite a aquisição do produto ou a prestação de determinado serviço. (Cf. NORONHA, 1994, p. 42).

¹⁶⁵ NORONHA, 1999(b), p. 150. Sobre a responsabilidade objetiva por fato e vício dos serviços (públicos) no CDC, tratará o item n. 2.3.4.

¹⁶⁶ Esta afirmação não deixa de levar em conta a importância das relações de consumo na satisfação de necessidades muito importantes para os consumidores. A prestação de serviços públicos é, sem sombra de dúvidas, um bom exemplo desta observação.

¹⁶⁷ AGUILLAR, 1999, p. 110.

O princípio da *supremacia do interesse público*, que possui sede tradicional no Direito Administrativo, atua também como princípio geral das normas jurídicas que compõem o Direito Econômico. No caso específico do CDC, o mencionado princípio está implícito no princípio específico da *vulnerabilidade dos consumidores*.

Evidencia-se assim que a finalidade do CDC (interesse público) não pode ser equiparada à finalidade das relações de consumo em sua lógica econômica privatística, por uma razão muito simples: o interesse público visa proteger os consumidores enquanto que a dinâmica das relações de consumo instrumentaliza a economia de mercado, na qual o lucro é o objetivo principal.

2.2.4. O conceito econômico de consumidor no CDC

O Código de Defesa do Consumidor cumpre, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a clara função de equilibrar as relações de consumo – que ocorrem *segundo a lógica da economia de mercado (lógica econômica do ser)* – através da tutela jurídica da parte mais vulnerável: os consumidores. Esta afirmação é importante para que se compreenda o conceito central do Código, qual seja, o de *consumidor*, bem como o conceito de *serviço*, imprescindível para este trabalho.

O conceito de *consumidor* encontra várias interpretações, conforme o ramo científico sobre o qual se debruça sua análise. Desta feita, existem os conceitos *sociológico, psicológico, filosófico* etc.¹⁶⁸. Para o presente estudo, importa apenas o conceito *econômico*, visto que o mesmo foi considerado como adequado à elaboração do conceito *jurídico*, expresso no CDC¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, 1997, p. 25.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*. No mesmo sentido, v. PEREIRA, 1995, p. 118.

O conceito jurídico-econômico de consumidor encontra-se expresso no art. 2º, *caput* do CDC¹⁷⁰. O consumo é, para a economia de mercado, a última etapa do ciclo econômico, justificando-se a condição de *destinatário final*¹⁷¹ para a caracterização do *consumidor*.

2.3. A prestação de serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor

A matéria dos serviços públicos, inserida na tutela jurídica do CDC, está longe de um merecido tratamento doutrinário, como se tem visto em relação ao fornecimento de *produtos* e à prestação de *serviços privados*. A bem da verdade, existem pouquíssimos trabalhos sobre o tema na doutrina brasileira, o que, por um lado, torna a pesquisa mais difícil e, por outro, mais estimulante¹⁷². O motivo deste aparente ‘descaso doutrinário’ se deve, talvez, à pouca referência feita pelo legislador ordinário à matéria dos serviços públicos no CDC. Assim, são cinco os momentos em que o Código se reporta a esse assunto.

2.3.1. O conceito genérico de serviço

Embora a doutrina assuma uma postura sobre o conceito de relação de consumo, a verdade é que não há um conceito específico no CDC¹⁷³. Entretanto, ele existe de forma

¹⁷⁰ Dispõe o art. 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

¹⁷¹ O ciclo econômico é caracterizado, no caso dos bens ou produtos, como trifásico (produção/circulação/consumo). Entretanto, quando se está diante do *fornecimento e consumo de serviços*, não existe a etapa intermediária da circulabilidade. Sobre o tema, v. ANDRADE, 1995, p. 64.

¹⁷² Da pesquisa realizada na doutrina brasileira, especialmente em artigos de revistas especializadas, o tema dos serviços públicos enquanto objeto das relações de consumo pôde ser encontrado nos seguintes trabalhos: PASQUALOTO, 1992, p. 130-147; LAZZARINI, 1999, p. 21-28; MENEZELLO, 1996, p. 232-235; CAZZANIGA, 1994, p. 144-160. Da pesquisa realizada em livros sobre Direito do Consumidor, constata-se a brevidade dos autores em lidar com a matéria, visto que estes trabalhos ainda estão presos ao estudo das relações de fornecimento de produtos, e de prestação de serviços na esfera privada, i. é., no âmbito das relações contratuais entre particulares (entre pessoas jurídicas de direito privado ou entre estas e os consumidores enquanto pessoas físicas). No estudo das relações de consumo enquanto relações contratuais privadas, destacam-se os trabalhos de Cláudia Lima Marques (Cf. MARQUES, 1992, p. 91-92).

¹⁷³ No item n. 2.2.3 (nota n. 164) foi citada a posição de Fernando Noronha sobre o conceito. No âmbito do CDC, repita-se, o conceito de relação de consumo não existe de forma expressa, como ocorre com os conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço.

implícita, através da interpretação dos conceitos de *consumidor* e *fornecedor*, expressos nos arts. 2º e 3º do Código¹⁷⁴.

A definição legal de *fornecedor*¹⁷⁵, por sua vez, traz consigo as definições de *produto* (art. 3º, parágrafo 1º do CDC) e *serviço* (art. 3º, parágrafo 2º)¹⁷⁶. O art. 3º, parágrafo 2º do CDC estabelece um conceito *genérico* de serviço, no qual está implícita a prestação de serviços públicos.

A natureza econômica dos serviços públicos, bem como a relação de consumo obrigacional (muitas vezes, de natureza contratual) e a desigualdade de forças entre os usuários (consumidores) e os prestadores (públicos ou privados) nessa relação jurídica, explicam a inserção da matéria no sistema normativo do Código¹⁷⁷. A partir deste entendimento, torna-se fácil compreender a intenção dos dispositivos legais do Código que tratam da prestação de serviços públicos.

2.3.2. A prestação de serviços públicos como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo

O CDC cuidou, em seu art. 4º, dos *princípios* relativos à Política Nacional de Relações de Consumo. João Batista de Almeida destaca, dentre os objetivos da PNRC, a compatibilização e harmonização dos interesses conflitantes entre consumidores e

¹⁷⁴ TIMM, 1998, p. 64.

¹⁷⁵ Dispõe o art. 3º, *caput* do CDC: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (grifamos). As expressões grifadas apresentam os requisitos para a delimitação do fornecedor (prestador) de serviços públicos.

¹⁷⁶ Dispõe o art. 3º, parágrafo 2º do CDC: “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” (grifamos). As expressões grifadas apresentam os requisitos para a delimitação dos serviços públicos como *relação de consumo*.

¹⁷⁷ Como já foi dito anteriormente (item n. 1.3.6. (nota n. 60)), a posição adotada no trabalho rejeita a clássica distinção entre serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*. Não existem serviços públicos *uti universi*, mas *funções irrenunciáveis do Estado*. Os serviços públicos são sempre *uti singuli*, i. é., atividades econômicas cujos destinatários finais (os cidadãos- usuários, os consumidores) podem ser perfeitamente identificáveis,

fornecedores de produtos e serviços¹⁷⁸. A fim de cumprir esse e os outros objetivos da PNRC, o Código prevê a interação entre Estado e a *sociedade civil*¹⁷⁹, cujas ações estarão fundamentadas nos *princípios* elencados ao longo do art. 4º (como o reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores – art. 4º, I)¹⁸⁰.

E dentre esses princípios destaca-se o da *racionalização e melhoria dos serviços públicos* (art. 4º, VII)¹⁸¹. Ou seja, tanto o Estado quanto a sociedade civil devem pautar suas ações para que os serviços públicos sejam prestados sempre com qualidade, i. é., de forma *adequada*. Estabelece-se aqui uma relação entre o CDC e a Lei n. 8.987/ 95 que, como visto, conceitua o que venha a ser um serviço público *adequado*.

2.3.3. A prestação de serviços públicos como direito básico do consumidor

A matéria da prestação de serviços públicos também integra o rol dos *direitos básicos do consumidor*. Assim, o art. 6º, X afirma que é *direito básico do consumidor* a '*adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral*'¹⁸².

assim como o valor a ser pago por estes consumidores (a remuneração) aos prestadores (públicos ou privados), também pode ser perfeitamente mensurável.

¹⁷⁸ ALMEIDA, 1993, p. 10.

¹⁷⁹ O conceito de sociedade pode significar apenas um aglomerado de indivíduos, como sustenta, p. ex., o já citado conceito de sociedade de massas (item n. 2.1.1.). Portanto, não cabe confundir *sociedade pura e simplesmente* com *sociedade civil*, pois esta pressupõe um certo grau de consciência e organização sociais. Segundo Liszt Vieira: "A sociedade civil (...) é concebida como a esfera de interação social entre a economia e o Estado, composta principalmente pela esfera íntima (família), pela esfera associativa (especialmente associações voluntárias), movimentos sociais e formas de comunicação pública" (VIEIRA, 1998, p. 45).

¹⁸⁰ Dispõe o art. 4º, *caput* do CDC: "A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivos o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios..."

¹⁸¹ Nunca é demais lembrar o motivo pelo qual o CDC acolhe a prestação de serviços públicos como *objeto de relação de consumo*. Em que pese a prestação de serviços públicos estar sob a *titularidade* do Estado, e submetida a regras jurídicas de direito público, bem como ao princípio da *supremacia do interesse público*, o fato é que a relação jurídica que se estabelece entre prestadores (públicos ou privados) e usuários é uma relação econômica marcada pelo vínculo obrigacional (muitas vezes, contratual) regido, desta maneira, por normas jurídicas de direito privado. Para o CDC interessa o equilíbrio das *relações de consumo*. No caso do *consumo de serviços públicos*, não se leva em conta a relação jurídica entre o Estado (leia-se Administração Pública) e as empresas concessionárias ou permissionárias, mas o regime jurídico de direito privado (relação obrigacional de consumo) entre a Administração Pública *indireta* ou empresas privadas (fornecedores, segundo o art. 3º, *caput* do CDC) e os usuários de serviços públicos (art. 2º c/c art. 3º, parágrafo 2º, ambos do CDC).

¹⁸² Contrariando a antiga afirmação segundo a qual, no texto de uma norma jurídica, não existem palavras desnecessárias, é importante salientar que a expressão '*em geral*' deve ser contestada. Ao que tudo indica, ela

2.3.4. A responsabilidade civil (objetiva) do Estado

O CDC cuida também da responsabilidade dos prestadores (públicos ou privados) de serviços públicos. A responsabilidade civil do Estado é matéria de mais alta importância para o Direito e, de fato, tem sido objeto de estudo para grandes juristas brasileiros desde Amaro Cavalcanti¹⁸³. Entretanto, é matéria que transcende os objetivos deste trabalho, motivo pelo qual será abordada brevemente, à luz do que dispõe a CF e o CDC¹⁸⁴.

O CDC cuida da responsabilidade *objetiva* do Estado ou, como seria melhor afirmar, dos prestadores (públicos ou privados) de serviços públicos. O art. 22 e parágrafo único tratam da responsabilidade objetiva, que poderá assumir a forma *negocial* ou *civil em*

pode ser alvo de interpretações variadas, motivadas pela já discutida confusão doutrinária entre os conceitos de *serviços* (atividades econômicas) e *funções* (atividades não econômicas do Estado). Entre nós, interpretação correta mostra que o legislador ordinário, responsável pela elaboração do CDC, teve a preocupação exagerada de cuidar para que nenhuma *atividade econômica prestada sobre um regime jurídico de privilégio* (art. 175 da CF c/c arts. 21, XI e XII; 25, parágrafo 2º e 30, V), fosse desqualificada da tutela jurídica do Código. Ou seja, se o legislador optasse por não incluir a expressão '*em geral*' na redação do art. 6º, X do CDC, não haveria nenhuma modificação na intenção da norma jurídica, qual seja, a de consagrar o *direito básico do consumidor*.

¹⁸³ Em 1904 Amaro Cavalcanti publicou sua obra *Responsabilidade Civil do Estado*, deixando um verdadeiro legado aos juristas que lhe sucederam. No prefácio da edição publicada em 1957, José de Aguiar Dias fez questão de enfatizar que "... Amaro Cavalcanti permanece, apesar da circunstância de tempo, tão corrosiva, em geral, para as obras de direito (...) como o mais jovem, mais atual e mais completo especialista da matéria. Paul Duez, com as vantagens que representa doutrinar e escrever em francês, surgindo trinta anos mais tarde (...) não apresentou, em relação à obra de Amaro Cavalcanti, uma só novidade" (Cf. CAVALCANTI, 1957, p. VIII).

¹⁸⁴ No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que a responsabilidade objetiva do Estado surgiu na Constituição de 1946 (art. 194). Mário Masagão, que foi constituinte e o responsável pela redação do art. 194 afirmava na época que "...A Constituição, na cabeça do art. 194, adotou a teoria do risco integral. Para que a indenização seja devida pela Fazenda Pública, basta que tenha havido dano, e que exista nexa causal entre êle e ação ou omissão de funcionário público, nessa qualidade" (Cf. MASAGÃO, 1960, p. 323). Antes da CF de 1946, a responsabilidade civil do Estado passou por dois momentos. No primeiro, estava subordinada ao art. 15 do Código Civil, com base na teoria da *culpa do funcionário*. No segundo, a culpa do funcionário se transformou em *culpa (ou falta) do serviço*, através da teoria do *acidente administrativo*. Sobre o desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, v., dentre outros, PEREIRA, 1998(a), p. 127-146; e CRETELLA JR., 1980, p. 183-200. Este autor cita o famoso "Caso Agnes Blanco" (França - Bourdeaux, 1873), responsável pela derrogação da concepção privatista oriunda do Código de Napoleão, passando o Estado a responder perante os cidadãos de acordo com as regras de Direito Administrativo. Era o início da teoria do *acidente administrativo*. (Cf. CRETELLA JR., 1980, p. 28-35). Com a responsabilidade *objetiva*, elimina-se a noção de culpa. Trata-se de considerar apenas o *fato do serviço*, i. é., o simples fato do serviço existir e ter causado dano a terceiro é fator necessário para a existência do dever estatal de indenizar.

*sentido estrito*¹⁸⁵. Assim, haverá responsabilidade objetiva *negocial* nos casos de responsabilidade por *vício do serviço* (arts. 18 a 24). Entretanto, os prestadores poderão ser responsabilizados objetivamente pelo simples *fato do serviço*, incidindo, neste caso, a responsabilidade *civil em sentido estrito*¹⁸⁶.

A responsabilidade civil do Estado no CDC, respeitou – e não poderia ser de outra forma – a consagração constitucional da responsabilidade *objetiva*. O art. 37, parágrafo 6º da Carta Magna trata do direito geral da responsabilidade, que é a responsabilidade *civil em sentido estrito (extracontratual)*¹⁸⁷. Na análise de cada caso concreto, entende-se que deve prevalecer a norma constitucional em detrimento da norma jurídica do CDC, sempre que incidir a responsabilidade *civil em sentido estrito*.

A razão da supremacia da norma constitucional se deve ao fato de que a mesma é *hierarquicamente superior* à norma jurídica do CDC, o que não impede a aplicação desta se, no mesmo caso concreto, ficar provado que a norma infraconstitucional é *mais favorável ao consumidor*. Entretanto, quando se tratar de responsabilidade *negocial*, não resta dúvidas sobre a aplicação do art. 22 do CDC¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Dispõe o art. 22, *caput* do CDC: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”; dispõe o 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”. As expressões ‘negocial’ e ‘civil em sentido estrito’ são utilizadas por Fernando Noronha em detrimento da tradicional distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, respectivamente (Cf. NORONHA, 1998, p. 21). A responsabilidade objetiva no CDC não será necessariamente *negocial*, tendo em vista o conceito *amplo* de relação de consumo (relação *obrigacional* de consumo), que abrange a relação contratual e outras, que resultem “...da mera causação de danos, independente de existência de qualquer vínculo contratual entre o lesante e o lesado...” (Cf. NORONHA, 1999(b), p. 149).

¹⁸⁶ Segundo Fernando Noronha “A responsabilidade por vício do produto ou do serviço, dizendo respeito a produtos ou serviços que são inadequados para as finalidades a que eles normalmente se destinariam e queridas pelo consumidor, ainda está ligada a um negócio jurídico. Já a responsabilidade por fato do produto ou do serviço, sendo respeitante a produtos ou serviços com defeitos que tornam estes inseguros, por isso causando danos a pessoas ou coisas, prescinde da existência de qualquer contrato ou negócio unilateral e em rigor é mesmo independente da circunstância de os lesados terem ou não a condição de consumidores” (Cf. NORONHA, 1999(b), p. 150).

¹⁸⁷ Dispõe o art. 37, parágrafo 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”.

¹⁸⁸ A fidelidade deste pesquisador às posições assumidas no trabalho, principalmente a que diz respeito à distinção entre *serviços* e *funções*, faz com que se sustente a seguinte idéia: entende-se que a CF deveria deixar claro que serviços públicos são apenas atividades administrativas econômicas, e que as atividades não

Por fim, quanto ao direito geral da responsabilidade, Noronha entende que se deve distinguir a responsabilidade objetiva *comum* da responsabilidade objetiva *agravada*. A primeira diz respeito à regra geral da responsabilidade objetiva, na qual é necessária a prova do nexo causal entre o dano sofrido e a ação ou omissão do responsável. Já a responsabilidade *agravada* diz respeito apenas a determinadas atividades – sendo, por este motivo, *excepcionalíssima* – e prescinde do nexo causal dano/ação ou omissão. Ou seja, a responsabilidade é decorrente de *danos não causados* pelo agente responsável¹⁸⁹.

Na esteira de Noronha, pode-se dizer que a responsabilidade *agravada* incide na prestação de serviços públicos. Como exemplo, cabe lembrar o caso de um usuário (consumidor) de transporte coletivo, que se fere pelos estilhaços dos vidros quebrados em decorrência de uma pedra arremessada por terceiro.

De qualquer forma, evidencia-se a possibilidade dos consumidores de serviços públicos acionarem judicialmente os prestadores (leia-se Administração Pública *indireta* ou as empresas privadas) toda vez que a má (inadequada) prestação de um serviço público acarrete algum dano aos mesmos.

econômicas do Estado (incluindo as administrativas) não são serviços, mas funções. Esta distinção deve ficar clara principalmente na matéria da responsabilidade civil pública. Neste sentido, a Constituição deve ser modificada através do acréscimo de um artigo ou inciso no Título e Capítulo correspondentes aos princípios gerais da atividade econômica. A modificação deve ser feita através de Emenda Constitucional e o artigo ou inciso em questão deve dispor apenas sobre a responsabilidade objetiva dos prestadores (públicos ou privados) pela má prestação de *serviços* (atividades econômicas) *públicos*. Já o art. 37, parágrafo 6º deve dispor apenas sobre a responsabilidade objetiva do Estado pela má prestação de *funções*. Sendo os serviços públicos verdadeiras atividades econômicas, a nova norma constitucional trataria tanto da responsabilidade *negocial* quanto da responsabilidade *civil em sentido estrito* (assim como faz o CDC). Quanto às *funções*, pode-se afirmar que incidiria apenas a responsabilidade *civil em sentido estrito*, pois a prestação das mesmas não ocorre por meio de um negócio jurídico (em especial, o contrato) entre as partes. Toda essa discussão, em que pese a sua enorme relevância, não diz respeito ao objetivo central do trabalho e, por esta razão, está sendo abordada de forma superficial.

¹⁸⁹ NORONHA, 1998, p. 27-29. O autor cita o exemplo de uma empresa transportadora que se envolve em um acidente de trânsito causado por veículo de terceiro. Neste caso, segundo Noronha, a empresa tem o dever de indenizar o dono da carga que estava sendo transportada, mesmo que a empresa não tenha sido a responsável pelo acidente.

2.3.5. Sanções administrativas sobre a prestação de serviços públicos no CDC

Por fim, o quinto e último momento em que o CDC se reporta à matéria da prestação de serviços públicos, diz respeito ao art. 56, VIII¹⁹⁰. Segundo a Lei n. 8.987/ 95, o contrato de concessão poderá ser extinto por iniciativa do poder concedente (Estado, representado pela Administração Pública), ou mesmo por iniciativa da própria concessionária¹⁹¹.

O CDC dispõe sobre a revogação da concessão ou permissão como forma de *sanção administrativa*. Isto significa que o Código prevê a possibilidade do *poder concedente* extinguir a concessão ou permissão se a *concessionária ou permissionária* agiu de modo contrário à lei, ou às cláusulas estabelecidas no contrato¹⁹². Entende-se assim, que a *revogação de concessão ou permissão* (art. 56, VII do CDC) diz respeito apenas à *caducidade* das mesmas (art. 38, parágrafos 1º a 6º da Lei n. 8.987/ 95)¹⁹³.

2.3.6. Direitos e obrigações dos consumidores-usuários: a relação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n. 8.987/ 95

A prestação de serviços públicos, submetida ao processo de *delegação*, relaciona, não poucas vezes, o CDC com a Lei n. 8.987/ 95. Neste sentido, destaca-se a existência de

¹⁹⁰ Dispõe o art. 56, VII do CDC: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: VIII- revogação de concessão ou permissão de uso”. Entre nós, a expressão ‘uso’ não está corretamente empregada no texto da norma jurídica, visto que a concessão ou permissão não têm, como objetivo, o *uso* dos serviços públicos, mas sua *prestação*, pelas empresas privadas. Quem *usa* os serviços são os usuários, os consumidores.

¹⁹¹ Trata-se do Capítulo X da Lei n. 8.987/ 95, referente às formas de *extinção da concessão* (arts. 35 a 39). O art. 35 cita tais formas: “Extingue-se a concessão por: I- advento do termo contratual; II- encampação; III- caducidade; IV- rescisão; V- anulação; e VI- falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual”. De todas as formas citadas, apenas a *rescisão* implica na extinção do contrato por iniciativa da *concessionária* (art. 39, *caput*).

¹⁹² É sempre bom lembrar que se trata do contrato de *concessão*. No entanto, a *permissão*, mesmo não sendo um contrato, também estará sujeita às formas de extinção previstas na Lei n. 8.987/ 95, conforme o entendimento do art. 40, parágrafo único: “Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei”.

¹⁹³ Dispõe o art. 38, *caput* da Lei n. 8.987/ 95: “A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes”.

uma *relação de subsidiariedade* entre o Código e a Lei das Concessões e Permissões, com base na leitura do art. 7º, *caput* da mesma¹⁹⁴.

Os direitos dos usuários estão vinculados, assim, aos *direitos básicos dos consumidores* (art. 6º e incisos do CDC), dos quais destaca-se mais uma vez o direito a uma *adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral* (art. 6º, X). Antes do Código, porém, o parágrafo único do art. 175 da Constituição, dispondo sobre o conteúdo da futura Lei das Concessões e Permissões, exigia que na sobredita Lei constasse o rol de *direitos dos usuários* (inciso II).

Pois a Lei n. 8.987/ 95 cumpriu a exigência constitucional e, reparando uma considerável omissão do legislador constituinte, acrescentou ainda um rol de *obrigações aos usuários*¹⁹⁵. Registre-se, ainda, a elaboração da Lei n. 9.791, de 24 de março de 1999, a qual acrescenta ao rol de direitos do art 7º da Lei 8.987/ 95, o direito do usuário poder escolher *o mínimo de seis datas opcionais para o vencimento de seus débitos com os prestadores*¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Dispõe o art. 7º, *caput* da Lei n. 8.987/ 95: “Sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: “.

¹⁹⁵ É importante louvar a atitude do legislador ordinário, e reprovar a atitude do legislador constituinte, quanto à inserção do rol de obrigações dos usuários de serviços públicos. Tratando-se de uma relação contratual, tanto os prestadores (públicos ou privados) quanto os usuários possuem direitos e obrigações recíprocas, decorrentes da natureza jurídica de qualquer contrato, qual seja, a de ser ele um negócio jurídico bilateral e, por isso, *comutativo*. O constituinte descuidou-se deste detalhe quando da elaboração do parágrafo único do art. 175 da CF. Desta feita, são direitos dos usuários segundo o art. 7º da Lei n. 8.987/ 95: “I- receber serviço adequado; II- receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III- obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente”; Ainda no art. 7º, são consideradas obrigações dos usuários: “IV- levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V- comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI- contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços”.

¹⁹⁶ Dispõe art. 2º da Lei 9.791/ 99: “O Capítulo III da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei das Concessões) passa a vigorar acrescido do seguinte artigo: art. 7º - As concessionárias de serviços públicos, de direito público ou privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos”. A redação do art. 2º parece um tanto imprecisa, pois ao lê-la, se tem a impressão de que o conteúdo anterior do art. 7º da Lei n. 8.987/ 95 (rol de direitos e obrigações dos usuários) não existe mais. Melhor seria, se o legislador ordinário tivesse escrito: *acrescente-se ao art. 7º da Lei n. 8.987/ 95, o seguinte inciso*”. Entre nós, a interpretação desta nova lei em relação ao texto do art. 7º da Lei das Concessões deve se dar segundo tal entendimento.

Sobre a sistematização dos direitos e obrigações dos usuários, observa-se que a privatização dos serviços públicos de *energia elétrica e telecomunicações* implicou em toda uma construção normativa específica para os mesmos, onde também estão regulamentados, dentre outras coisas, os *direitos e obrigações específicas à prestação desses serviços*¹⁹⁷.

Do exposto, observa-se uma gama considerável de legislações *gerais* (CDC, Lei n. 8.987/ 95, dentre outras) e *específicas* (as novas Leis sobre a organização dos serviços de telecomunicações, energia elétrica, etc.) as quais, atuando de forma conjunta, tendem a reforçar o regime jurídico de disposição e proteção aos direitos dos consumidores-usuários de serviços públicos.

2.3.7. A polêmica sobre a inserção das taxas como remuneração de serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor

Em que pese a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência sobre a incidência das taxas como espécie do conceito de *remuneração*, previsto no art. 3º, parágrafo 2º do CDC¹⁹⁸, o fato é que alguns autores consumeristas sustentam a impossibilidade da inserção das taxas na tutela jurídica do CDC, pela natureza jurídica das mesmas, qual seja, de *tributos*.

Dentre estes autores, destacam-se 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

¹⁹⁷ Trata-se da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, e da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, as quais regulamentam a prestação e o controle dos serviços de *telecomunicações e energia elétrica*, respectivamente. Na primeira, os direitos dos usuários estão dispostos no art. 3º, e os deveres (obrigações), no art. 4º. Já a Lei n. 9.427/ 96 não dispõe sobre os direitos e obrigações dos usuários, concluindo-se daí, que os direitos dos consumidores de energia elétrica são aqueles expressos no *regime jurídico geral* (CDC e Lei das Concessões e Permissões).

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 Consumidor¹⁹⁹.

A primeira observação a ser feita, diz respeito à natureza jurídica das taxas. Assim, se por um lado elas são espécies do gênero *tributo*²⁰⁰, por outro distinguem-se em muito dos impostos²⁰¹. A natureza *compulsória* da taxa decorre de uma *obrigação jurídica*, e não de uma *liberdade do contribuinte*²⁰². Esta afirmação justifica a posição dos autores supracitados, que sustentam a impossibilidade de haver uma *relação de consumo* se não for permitido o exercício da *liberdade de escolha*, que é *direito básico do consumidor*²⁰³.

No que diz respeito aos *impostos*, mesmo que se considere a existência da incidência *indireta* dos mesmos no custo de produtos e serviços *remunerados* pelos consumidores, ainda assim a distinção entre consumidores (que *remuneram* diretamente o fornecedor) e contribuintes (que pagam *impostos* ao Estado) é inconteste²⁰⁴.

¹⁹⁸ NORONHA, 1999(a), p. 647

¹⁹⁹ BONATO, 1998, p. 104-05.

²⁰⁰ Dispõe o art. 3º do Código Tributário Nacional: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

²⁰¹ Segundo Geraldo Ataliba: "... os fatos geradores dos impostos são sempre acontecimentos (fatos, atos ou negócios) que denotem, simplesmente, uma capacidade econômica: venda, consignação, exploração, produção, rendimento ou renda. Na taxa, o fato gerador tem que ser uma ocorrência relacionada com a utilização, provocação, ou disposição do serviço, ou atividade do Estado (...) Não há necessidade de a Constituição discriminar competências para a exigência de taxas (como há, pelo contrário, no que respeita a impostos), porque a hipótese de incidência da taxa é sempre uma atuação estatal (atividade de polícia, prestação de serviço público)" (ATALIBA, 1998, p. 156).

²⁰² MACHADO, 1987, p. 24-5.

²⁰³ Dispõe o art. 6º, II do CDC: "São direitos básicos do consumidor: a educação e divulgação sobre o consumo adequado de produtos e serviços, asseguradas a *liberdade de escolha* e a igualdade nas contratações" (grifamos).

²⁰⁴ Exemplo típico dessa situação é o ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços). Quando o fornecedor (produtor, comerciante, importador, prestador de serviços, etc.) vende um produto ou serviço ao consumidor, o valor do imposto está inserido no preço pago (remunerado) por este mesmo consumidor. A situação deste frente ao valor do imposto (no caso, ICMS), pode ser definida como a de uma tributação *indireta*; jamais, como uma relação de consumo. Quanto ao ICMS, cabe citar o disposto no art. 50, parágrafo

Sobre as *taxas*, no entanto, existe toda uma polêmica acerca de sua qualificação como *remuneração de consumo* (art. 3º, parágrafo 2º do CDC). Para se tomar partido sobre esse tema, deve-se analisar a questão sob dois pontos de vista. O primeiro, diz respeito ao Direito Tributário, responsável pelo estudo da natureza jurídica dos tributos (dentre os quais se inserem as *taxas*).

Sendo espécie de tributo, as *taxas* são contraprestações *compulsórias*, i. é., são pagas pelos cidadãos mediante atuação *impositiva* do poder público. Entretanto, ao contrário dos impostos, as *taxas* incidem sobre atividades prestacionais do Estado aos cidadãos, e o *quantum* das mesmas pode ser mensurável pelo poder público. Nesta situação, existe um ponto em comum com a *tarifa*, que é a *remuneração* sobre o consumo de serviços públicos por excelência. Tomando-se o critério da divisibilidade do valor da taxa, e desconsiderando sua natureza jurídica *compulsória*, é possível afirmar que a mesma incide como *remuneração de consumo*.

Já o segundo critério, baseado na interpretação do CDC, compreende o consumidor enquanto usuário que paga pela prestação de um serviço público no qual pôde exercer seu *direito básico de liberdade de escolha* (art. 6º, II do CDC). A análise em questão ganha relevância quando se percebe que

“... na aferição da existência da figura do consumidor, deverá estar presente a *consensualidade*, a qual não se apresenta na situação de pagamento impositivo de tributos (...) Resulta que é fundamental que ao consumidor seja reconhecido o seu direito supremo de livre escolha, pois, do contrário, de um modo geral, não será consumidor”²⁰⁵.

5º da Constituição: “A lei determinará medidas para que os *consumidores* sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” (grifamos).

²⁰⁵ BONATO, 1998, pp. 106-07.

Ou seja, havendo impossibilidade de se exercer o *direito supremo de livre escolha*, descaracteriza-se essa relação jurídica como relação de consumo. O pagamento de taxas, não obstante a existência da *divisibilidade* do valor das mesmas a usuários perfeitamente determináveis, configura-se como relação *tributária*, i. é., *compulsória*.

Assim, tomando-se partido a respeito da polêmica sobre a possível inserção das taxas como remuneração de consumo, entende-se que as mesmas *não incidem no âmbito do CDC*, visto que são contraprestações *compulsórias*, impeditivas ao exercício da *liberdade de escolha* do consumidor.

2.3.8. O Estado como fornecedor

Com razão pronuncia-se Adalberto Pasqualoto, ao afirmar que a pessoa do Estado, representado pela Administração Pública, deve atuar com *profissionalidade*²⁰⁶. Segundo a lógica do CDC o Estado enquanto fornecedor não atua como *autoridade*, mas como *um dentre os empresários privados no mercado de consumo*. Em outros termos, o Estado atua como se fosse um particular, prestando uma *espécie de atividade econômica* devidamente remunerada (art. 3º, parágrafo 2º do CDC) pelo usuário consumidor²⁰⁷.

²⁰⁶ PASQUALOTO, 1992, p. 134.

²⁰⁷ LOPES, 1996, p. 90. De fato, a prestação estatal de serviços públicos aos consumidores não pode ser equiparada a função estatal de, p. ex., cobrar tributos. Vale citar aqui a observações de Amaro Cavalcanti: "...não há no Estado duas pessoas distintas, como se tem dito, uma civil e outra política. O Estado é *uno*; exerce, apenas, como sucede com os indivíduos, funções de naturezas diversas. Quando exercita funções, cuja natureza é idêntica àquelas que exercitam os indivíduos privados, é de razão que se lhe apliquem as mesmas regras, que regulam tais funções entre os particulares, - "*ubi eadem ratio ibi idem jus*" -; quando, ao contrário, exercita funções de natureza essencialmente diferente, como são os atos de legislador, de govêrno e de juiz, é de ver que a tais atos já se não podem aplicar regras idênticas, até mesmo porque no seu estado atual, o direito privado não os compreende na sua esfera" (Cf. CAVALCANTI, 1957, p. 393-394). O Estado, apesar de ser *uno*, não se relaciona juridicamente de uma única maneira com os particulares. Na esteira de Maria Helena Diniz, pode-se afirmar que, ao participar das relações de consumo, o Estado fornecedor está envolvido nas chamadas *relações jurídicas de coordenação* - nas quais as partes se tratam de igual - que se opõem às *relações jurídicas de subordinação* - nas quais uma das partes exerce o poder de mando sobre a outra (Cf. DINIZ, 1997, p. 252). As relações jurídicas de coordenação e subordinação podem ser relacionadas à clássica distinção entre *atos de gestão* e *atos de império*, respectivamente (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 418).

Para o CDC, o sinônimo de Estado *fornecedor* é, sem dúvida, o Estado enquanto *empresário*, i. é., prestador de atividades econômicas. No que toca à prestação de *serviços públicos* o papel *empresarial* do Estado vem sofrendo um considerável declínio, com o advento das *privatizações* (concebidas, como demonstrado²⁰⁸, como a transferência da *execução* da prestação do gênero ‘atividade econômica’ – serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito – do âmbito da Administração Pública para as empresas privadas, com a ressalva de que estas continuam se sujeitando ao regime jurídico *administrativo* do art. 175 da CF).

O fato é que, com as *privatizações*, o Estado (leia-se Administração Pública *indireta*) deixa de prestar *diretamente* os serviços públicos através do processo de *descentralização administrativa*. A Administração Pública prestadora passa a *regular e fiscalizar* a prestação desses serviços, transferida esta para a iniciativa privada, mediante o processo de delegação (concessões e permissões).

Ou seja, com privatizações perde-se o conceito de Estado *prestador* em detrimento do Estado *gestor* (*regulamentador e fiscalizador*). Entretanto, não há a perda da *titularidade* do Estado sobre a prestação desses serviços públicos privatizados (delegados).

2.3.9. A efetividade das normas jurídicas do CDC em meio às privatizações

Assim, no que toca à efetividade do CDC 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

²⁰⁸ Cf., *supra*, item 1.4.3.

pagamento de tarifas. Sua transferência para a iniciativa privada não altera substancialmente este ponto²⁰⁹.

Em outras palavras: para o CDC não importa que as privatizações tenham descaracterizado o papel do Estado enquanto *prestador direto*²¹⁰ de serviços públicos. O que realmente interessa é a caracterização da atividade econômica 'serviço público' no conceito *genérico* de *serviço* (art. 3º, parágrafo 2º do CDC), situação essa que não foi alterada com as privatizações.

2.4. A privatização de serviços públicos e a possibilidade de concorrência entre os prestadores privados

No capítulo anterior, cuidou-se de precisar a importância do *regime jurídico administrativo* como fundamento para a conceituação da prestação de uma atividade econômica estatal como *serviço público*. Na ocasião, todo esforço foi empreendido no sentido de demonstrar que existem, de fato, dois regimes jurídicos na Constituição Federal, responsáveis pela distinção entre serviços públicos (art. 175) e atividade econômica em sentido estrito (art. 173).

No primeiro caso, tais atividades são prestadas sob o que se costuma chamar de *regime de privilégio*: o Estado detém a *titularidade* da prestação dos serviços públicos. No segundo, existe a transferência, por lei, da *execução* de atividades que a Constituição entendeu por bem designar como sendo *típicas da iniciativa privada*. Aqui, além da ausência de titularidade estatal, existe a presença de um *regime de concorrência* entre as empresas estatais e as demais empresas privadas, baseado no princípio da *livre concorrência*, expresso no art. 170, IV da CF.

²⁰⁹ LOPES, 1998, p. 363. No mesmo sentido, v. BONATO, 1998, p. 110.

²¹⁰ *Prestação direta* é, como foi visto no item 1.4.1., aquela exercida pela Administração Pública *direta* (órgãos da União, Estados ou Municípios) ou pela Administração Pública *indireta*. Os serviços públicos enquanto atividades econômicas eram prestados diretamente pelo Estado através da Administração Pública *indireta*.

Em outras palavras, estas constatações permitem que se faça, *a priori*, a seguinte afirmação:

“... os serviços públicos não são, nem podem ou devem ser explorados em regime de competição. Porque prestados em regime de serviço público, hão de ser exercidos sob privilégios, inclusive, em regra, o que corresponde a sua prestação. Note-se que é justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação do serviço que torna atrativo para as entidades do setor privado o seu exercício, como concessionárias ou permissionárias dele”²¹¹.

Entretanto, com o advento das privatizações sobre a prestação dos *serviços públicos*, surge uma questão interessante. De fato, o Estado *delega*, p. ex., a prestação do serviço público de *telefonia*, não a uma, mas a várias empresas privadas²¹². Neste contexto, como negar a existência de uma *atmosfera competitiva* entre estas empresas, ainda que submetidas ao regime de *privilégio*²¹³ ?

Assim é que a questão em pauta merece ser tratada, antes de tudo, através da inter-relação entre dois princípios constitucionais da ordem econômica, quais sejam, os da *livre concorrência e defesa do consumidor* (art 170, IV e V da CF). Ao contrário do que se possa imaginar, tais princípios não são conflitantes, mas *complementares*, i. é, atuam como

²¹¹ FARENA, 1998, p. 693.

²¹² No Brasil, é do conhecimento geral a existência de várias empresas operando no setor. No sul do país (mais precisamente, no Rio Grande do Sul e em Santa Catarina) existe a Embratel e a Intelig (que operam em âmbito nacional), bem como a Telesc e a CTMR, que atuam regionalmente. Tratam-se de empresas privadas, submetidas ao regime jurídico administrativo (art. 175 da CF), pois estão vinculadas ao Estado por contratos de concessão.

²¹³ FARENA, 1998, p. 694. O exemplo das empresas de telefonia não foi utilizado por acaso. Ocorre que esta atmosfera competitiva se faz muito mais presente nos serviços públicos de telecomunicações do que nos serviços públicos de energia elétrica. Nestes, a competição já não se faz sentir de um modo tão intenso, porque se houver mais de uma empresa fornecedora, este fornecimento, por estas duas ou mais empresas, contará, por via de regra, com apenas uma fonte de geração de energia (usina e seus recursos). Neste caso, pode ser forçoso falar em competição. Entretanto, o setor de energia elétrica pode ser uma exceção, se comparado a outras atividades econômicas prestadas sob o regime jurídico de Direito Administrativo. Além dos serviços de telefonia, podem ser citados também os serviços de transporte coletivo ou de transporte interestadual ou internacional de passageiros.

fundamento para o equilíbrio das relações de consumo, nas quais está inserida a prestação de serviços públicos²¹⁴.

No contexto da multiplicidade de empresas privadas (concessionárias ou permissionárias) como prestadoras de determinados serviços públicos, pode-se observar que a complementariedade dos princípios constitucionais supracitados não resulta em ameaça ao regime jurídico administrativo do art. 175 da CF.

Em outros termos, pode-se afirmar o seguinte: não importa quantas empresas privadas existam, sempre haverá o vínculo contratual entre essas e o Estado, pesando em favor do mesmo a faculdade de dispor sobre o destino do contrato, i. é., sobre a prestação dos serviços públicos – respeitados os direitos das concessionárias – em função do *interesse público*.

É importante ressaltar que a exploração das *atividades econômicas em sentido estrito* (art. 173 da CF) se dá mediante uma realidade efetiva de livre concorrência, pois um novo competidor pode surgir a qualquer momento²¹⁵. Entretanto, quando a análise recai sobre a prestação de serviços públicos, observa-se que não há a mesma intensidade na concorrência entre as empresas concessionárias, justamente por causa da submissão dessas ao *regime jurídico administrativo*, o qual está vinculado aos princípios da *supremacia e indisponibilidade do interesse público*.

Desta feita, uma vez refutada a descaracterização do *regime jurídico administrativo* pelo reconhecimento da complementariedade entre os princípios constitucionais da *livre concorrência e defesa do consumidor*, há que se reconhecer, na prestação dos serviços públicos *privatizados*, a incidência de uma atmosfera competitiva²¹⁶, onde a atuação do

²¹⁴ “Se, de um lado, o Princípio da Livre Concorrência, concebido como defesa da competição, autoriza o Estado a promover a defesa da concorrência entre os concessionários, por outro, o Princípio da Defesa do Consumidor torna a possibilidade de escolha um direito fundamental, que só excepcionalmente pode ser suprimido, e não sem que sejam reforçadas outras formas idôneas de proteção ao consumidor. Assim, complementam-se mutuamente os princípios constitucionais da Defesa do Consumidor e da Livre Concorrência” (*Idem*, p. 701).

²¹⁵ *Idem*, p. 696.

²¹⁶ *Idem. Ibidem*.

Estado e dos consumidores se torna imprescindível no que respeita à regulação e fiscalização desses serviços.

Estado e consumidores devem, pois, zelar pela permanência da concorrência entre as empresas. Quanto aos consumidores, o princípio da *livre concorrência* é uma das formas de se garantir a *liberdade de escolha* do serviço, segundo os critérios que os mesmos julgarem convenientes (tarifas mais baixas, maior rapidez na prestação, etc.). A permanência de um ambiente competitivo entre as empresas privadas prestadoras de serviços públicos, também contribui para investimentos das mesmas na *qualidade* da prestação, com a intenção de atrair mais consumidores. E é o aspecto da *qualidade* que desperta maior atenção neste trabalho, pois está relacionado à efetivação dos direitos dos consumidores- usuários de serviços públicos.

Assim, da mesma forma que Estado e consumidores devem ser *parceiros* na defesa da concorrência entre as empresas privadas, também o devem ser no *controle da prestação* dos serviços públicos, voltado para a permanência ou melhora na *qualidade* dos mesmos. Ao Estado, no exercício de sua função legislativa, cabe ainda regulamentar os meios institucionais para que esta ‘parceria regulatória’ seja efetivada. Quanto aos consumidores, devem se conscientizar de que não são apenas titulares de direitos, mas *agentes participantes* na efetivação dos mesmos.

CAPÍTULO III

A PARTICIPAÇÃO DOS CONSUMIDORES BRASILEIROS NO CONTROLE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1. A participação dos consumidores como forma de exercício da cidadania

3.1.1. *Evolução do conceito de cidadania e sua relação com a defesa dos consumidores*

O presente capítulo pretende analisar as formas pelas quais os *consumidores* de serviços públicos – uma vez delimitados o conceito jurídico de serviço público (cap. I) e o regime jurídico de seus usuários (consumidores) no Brasil (cap. II) – podem *participar* do processo de *controle* sobre a prestação destes mesmos serviços, a fim de verem efetivado o direito à *liberdade de escolha* (art. 6º, II do CDC) – garantido através da defesa dos princípios da *livre concorrência* (art. 170, IV da CF) e da *defesa do consumidor* (art. 170, V da CF) – e, principalmente, o direito a uma *adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral* (art. 6º, X do CDC).

Tal esforço implica, entretanto, que se faça uma breve incursão sobre um tema por demais abrangente para os objetivos deste trabalho, mas que merece, com as limitações necessárias, toda a atenção: o *exercício da cidadania*. Segundo Vera Andrade, o discurso jurídico sobre o conceito de cidadania no Brasil esteve sempre associado às noções de *nacionalidade e exercício dos direitos políticos* – através das obras de Direito

Constitucional – bem como aos *elementos constitutivos do Estado (povo, população, território e soberania)*, quando do estudo das obras de Teoria Geral do Estado²¹⁷.

Para a autora, entretanto, tal discurso concebe a cidadania como uma *categoria estática e cristalizada*, i. é., apenas como um atributo conferido pelo Estado, desprovido de qualquer dimensão política²¹⁸. Ou seja, segundo a concepção tradicional, entende-se a cidadania como um *status permanente*, concedido ao indivíduo no exercício dos seus *direitos políticos* e de *nacionalidade*, e não como um *processo social dinâmico e instituinte*²¹⁹.

Por certo, se o *ser cidadão* está relacionado apenas ao direito de *pertencer a algum lugar* (direito à nacionalidade) e à possibilidade de *eleger e/ou de ser eleito para a representação política estatal* (exercício dos direitos políticos), tem-se a sensação de que o Estado cuidará da efetivação de todos os demais direitos a que este mesmo cidadão é titular, sem que seja necessária a sua luta pessoal ou coletiva (sob forma de sociedade civil)²²⁰.

Assim, ao contrário do que dispõe o discurso jurídico tradicional, o conceito de cidadania é *dinâmico*, e seu exercício deve se dar de forma *permanente*, através da interação dos indivíduos e grupos sociais, movida pelos mais variados interesses

²¹⁷ No primeiro capítulo de sua dissertação de mestrado, a autora se debruça sobre a *fala jurídicista da cidadania*, i. é., faz uma síntese de diversas obras sobre Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado, onde o discurso jurídico tradicional se inscreve (Cf. ANDRADE, 1993, p. 18-26).

²¹⁸ *Idem*, pp. 28-29.

²¹⁹ *Idem, ibidem*. A noção reducionista de cidadania como exercício dos direitos políticos é combatida também por André Franco Montoro, que afirma: “O regime representativo tradicional reduz a participação do cidadão à formalidade do voto. Mas as novas condições de vida coletiva exigem novas soluções. Camadas cada vez mais amplas da população tomam consciência do caráter meramente formal e aparente de antigas formas democráticas, em que a participação do povo é mais simbólica do que real” (Cf. MONTORO, 1995, p. 17).

²²⁰ No Brasil do século XX, marcado por dois períodos de regime *autoritário* bastante significativos – a chamada ‘Era Vargas’ e a ditadura militar (1964-1985) – apresenta a face do Estado como o ‘grande pai’ (o próprio Getúlio Vargas era considerado o ‘pai dos pobres’), responsável pela tutela dos direitos individuais e coletivos consagrados constitucionalmente. Neste sentido, cabe a observação de Maria Benevides “... nunca tivemos reformas sociais visando à cidadania efetivamente democrática. Nossa festejada modernização conservadora empreendeu reformas institucionais (ampliação de direitos políticos e liberdades de associação partidária), reformas econômicas (no setor financeiro) e reformas sociais (leis trabalhistas impostas pela ditadura Vargas). Mas não se mudou, no sentido democrático, o acesso à justiça e à segurança, a distribuição de rendas, a estrutura agrária, a previdência social, educação, saúde, habitação, etc. A cidadania permaneceu parcial, desequilibrada, excludente. Direitos ainda entendidos como privilégios – só para alguns, e sob determinadas condições” (Cf. BENEVIDES, 1994, p. 07-08).

individuais ou coletivos, públicos ou privados, os quais correspondem, ou aspiram corresponder, a direitos consagrados normativamente.

Seguindo esta linha de raciocínio, afirma Maria Benevides:

“A cidadania exige instituições, mediações e comportamentos próprios, constituindo-se na criação de espaços sociais de lutas, (movimentos sociais, sindicais e populares) e na definição de instituições permanentes para a expressão política, como partidos, legislação e órgãos do poder público”²²¹.

A afirmação da autora sugere que o exercício da cidadania – entendida esta para além do exercício dos direitos políticos – pode ocorrer de duas formas: *1ª) pela criação de espaços sociais de lutas*: a sociedade organiza-se espontaneamente na busca da efetivação de seus direitos. *2ª) pela definição de instituições permanentes para a expressão política*: a sociedade, com o auxílio do Estado, define meios de garantir a efetivação dos direitos, como, p. ex., a criação normativa acompanhada de um incentivo estatal à participação popular.

A tutela jurídica dos consumidores brasileiros – através de consagração constitucional, sucedida da elaboração do CDC – pode ser considerada como um bom exemplo desta segunda forma de expressão da cidadania²²². O Código, em vários momentos, deixou claro que a atuação estatal para a garantia dos direitos dos consumidores não excluirá a *participação da sociedade civil*²²³.

²²¹ *Idem*, p. 09. Sobre os movimentos sociais no Brasil, v. COSTA, 1994, p. 38-52.

²²² Sobre a consideração de que a proteção dos direitos dos consumidores seja considerada uma expressão do exercício da cidadania, existem algumas opiniões divergentes, como a do prof. Milton Santos. Para o autor, o consumidor, e até mesmo o eleitor, não podem ser considerados cidadãos, pois “O consumidor (e mesmo o eleitor não- cidadão) alimenta-se de parcialidades, contenta-se com respostas setoriais, alcança satisfações limitadas, não tem direito ao debate sobre os objetivos de suas ações, públicas ou privadas” (Cf. SANTOS, 1998, p. 42).

²²³ Como exemplos, podem ser citados o incentivo estatal à formação de *associações representativas dos consumidores* (art. 4º, II, b), e o direito de *acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais* (art. 6º, VII).

O *ser consumidor* é um dado histórico, ao qual o Direito atribuiu valor jurídico, transformando este consumidor- histórico num *sujeito de direitos*²²⁴. Decorre da existência, incontestada e absoluta, de um sistema econômico do tipo capitalista²²⁵. O indivíduo, inserido neste sistema econômico, não pode senão adaptar-se às regras que o próprio sistema lhe impõe. Neste sentido, é interessante a reflexão de Miguel Reale:

“... a sobrevivência do capitalismo, com todas as alterações que nele ocorrerem e continuam a ocorrer, deve-se ao fato de não ser ele um ‘sistema de opções ou aspirações ideológicas abstratas’, mas sim a expressão de uma exigência conatural ao ser humano, que é o desejo de ‘ser alguém’ e de ‘ter algo’ como próprio, no seio de uma ‘sociedade civil’, isto é, de uma sociedade que resulte do mútuo entendimento dos que compõem uma comunidade”²²⁶.

Na hegemonia do sistema econômico capitalista, o *ser consumidor* é uma das formas de expressão do *ser cidadão*²²⁷. Num primeiro momento, pela qualificação de *sujeito de direito* através de estipulação constitucional (arts. 5º, XXXII e 170, V da CF) e infraconstitucional (elaboração do CDC). Num estágio superior, pela *atuação efetiva (participação)* na defesa de seus direitos²²⁸.

²²⁴ Como sujeito de direitos, o consumidor pode ser entendido como a pessoa (física ou jurídica) que possua tanto a *capacidade de direito (direito objetivo)* – que diz respeito aos direitos e obrigações do sujeito em potência – quanto a capacidade de fato (*direito subjetivo*) – que diz respeito aos direitos e obrigações do sujeito em ato. A distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato, da forma como foi exposta, pode ser encontrada na obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 15).

²²⁵ As relações de consumo, já se afirmou, ocorrem segundo a lógica de uma economia de mercado. Esta, por sua vez, está intimamente relacionada à estrutura do sistema capitalista. Segundo Vital Moreira: “A questão deve-se ao facto de o capitalismo ser, pela sua natureza, fundamentalmente uma economia de produção mercantil – foi o capitalismo que generalizou a forma mercantil, transformando todos os elementos económicos, inclusive o trabalho, em mercadoria” (Cf. MOREIRA, 1978, p. 32).

²²⁶ REALE, 1996, p. 19.

²²⁷ O consumo, nesta linha de raciocínio, não pode ser entendido apenas como a atividade de *consumir por consumir*. Ou seja, não se trata apenas do consumo de *supérfluo*, mas de consumo de (e para satisfazer) *necessidades materiais*, indispensáveis à qualidade de vida dos indivíduos que encontram-se submetidos às regras do sistema econômico capitalista.

²²⁸ A cultura de consumo não necessita, necessariamente, estar ligada a um processo de alienação (*consumir por consumir*), mas, antes deste viés, deve estar voltada para uma preocupação com a organização dos

3.1.2. Os consumidores e o Estado Democrático de Direito

A atual Constituição da República, em seu art. 1º, define o Brasil como um *Estado Democrático de Direito*, onde a *cidadania* aparece como um dos fundamentos para a efetivação do mesmo (art. 1º, II).

O exercício da cidadania – entendido como *participação social*, para além do mero exercício dos direitos políticos – é *uma das condições* para que o chamado *Estado de Direito* assumam um caráter *democrático*. De uma forma muito simples, pode-se dizer que o Estado de Direito é aquele onde os atos dos governantes e dos governados encontram-se submetidos aos limites da lei²²⁹. Qual será, entretanto, o *conceito de democracia* que se insere neste mesmo Estado de Direito para que seja possível o *exercício da cidadania*²³⁰ ?

consumidores na defesa de seus direitos. Esta é, também, a opinião da socióloga Gisela Black Taschner, a qual, ampliando ainda mais a discussão, afirma que: "... uma tendência que se registra nos anos noventa, ao menos no 'primeiro mundo', é de o consumidor utilizar sua força política, através do boicote econômico, em defesa de causas que dizem respeito menos aos direitos do consumidor, no seu sentido estrito, do que a questões ligadas à cidadania, em sua acepção mais ampla. Exemplos disso são o boicote econômico contra o racismo na África do Sul, e o boicote a produtos de consumo vendidos por empresas que empregam o trabalho infantil em sua fabricação. Em outras palavras, em vez de ser inibida por uma cultura do consumo, a cidadania parece ter chances de ser melhorada ou ao menos ampliada por ela" (Cf. TASCHNER, 1997, p. 197-198).

²²⁹ Para Jorge Reis Novais o Estado de Direito é o Estado racionalizado, fundado e limitado pelo Direito. Situando historicamente o Estado de Direito, afirma o autor: "O Estado limitado juridicamente aparece, como vimos, indissociavelmente ligado à luta da burguesia contra o Estado de Polícia e à sua racionalização integral da vida da sociedade e do Estado. Antes mesmo da sua teorização como tal, o Estado de Direito surge moldado praticamente pelo liberalismo 'vivido' na Inglaterra a partir do século XVIII e, sobretudo, pelas instituições saídas das Revoluções liberais vitoriosas em França e na América" (Cf. NOVAIS, 1987, p. 37). Do exposto, percebe-se que o princípio da legalidade é o elemento-chave para a compreensão do conceito de Estado de Direito. Ele permeia as relações entre o Estado e os particulares, bem como as relações que se dão somente entre os últimos. O art. 5º, II da Constituição Federal sintetiza o princípio, dispondo que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma senão em virtude de lei".

²³⁰ Os conceitos de cidadania e democracia estiveram sempre muito relacionados. Para o filósofo grego Aristóteles o exercício da cidadania política fundamentava a chamada democracia *direta*: a participação nos assuntos de interesse da *polis* "Portanto, o que constitui propriamente o cidadão, sua qualidade verdadeiramente característica, é o direito de voto nas Assembléias e de participação no exercício do poder público em sua pátria" (Cf. ARISTÓTELES, 1991, p. 36). Séculos mais tarde, com o surgimento dos Estados Nacionais, a democracia *direta* não seria mais possível, sendo necessário ocorrer o fenômeno da *representação política*. Sobre o mesmo, é interessante citar a reflexão de Kelsen: "A democracia do Estado moderno é a democracia indireta, parlamentar, em que a vontade geral diretiva só é formada por uma maioria de eleitos pela maioria dos titulares dos direitos políticos. Os direitos políticos – isto é, a liberdade – reduzem-se a um simples direito de voto" (Cf. KELSEN, 1993, p. 43). Em ambos os autores, percebe-se que a noção de democracia (e, portanto, de cidadania) está relacionada apenas ao *exercício dos direitos políticos*. Configura-se a cidadania *estática, periódica*, em contradição com a cidadania *dinâmica, permanente*, a qual serve de fundamento constitucional para o conceito de Estado *Democrático de Direito* que se pretende buscar.

Segundo José Luís Bolzan de Moraes, o gênero *Estado de Direito* passou por duas formas de expressão, decorrentes da dimensão axiológica expressa no conteúdo dos *direitos fundamentais* que as representaram²³¹. Estas formas foram, sucessivamente, a *Liberal*²³² e a *Social*²³³.

A época atual, segundo Bolzan de Moraes, caracteriza-se por um aumento na quantidade e nos graus de complexidade e conflituosidade das demandas sociais, as quais apresentam, não poucas vezes, uma natureza difusa (*transindividual*)²³⁴. O Estado e o Direito não são capazes de resolvê-las sem o auxílio de uma *sociedade civil participativa*.

Neste sentido, o conceito de Estado *Democrático* de Direito adotado neste trabalho, sugere que este Estado deve ser *promotor* da participação social na defesa dos tradicionais direitos individuais e, principalmente, daqueles que expressam uma potencialidade *coletiva* ou *difusa*, como os direitos dos consumidores²³⁵. O conceito de cidadania, como

²³¹ “Assim, o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção de ordem jurídica mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição” (Cf. BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.68).

²³² “A nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico- legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos- cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua ação cotidiana” (*Idem*, p. 72).

²³³ “A adjetivação pelo *social* pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem estar- social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós- IIª Guerra Mundial” (*Idem*, p. 74).

²³⁴ *Idem*, p.149- 155. Bolzan de Moraes sustenta a afirmação de que os interesses transindividuais (especialmente os interesses de natureza *difusa*) rompem com a tradicional noção de *direito subjetivo individual*. (*Idem*, p. 125). Sobre este rompimento, principalmente na *Teoria Geral do Processo*, cabe citar as observações de Mauro Cappelletti: “La nostra epoca, lo abbiamo già visto, porta prepotentemente alla ribalta nuovi interessi ‘difusi’, nuovi diritti e doveri che, senza essere pubblici nel senso tradizionale della parola, sono però ‘collettivi’: di essi nessuno è ‘titolare’, allo stesso tempo che tuttui, o tutti i membri di un dato gruppo, classe, o categoria, ne sono titolari. A chi appartiene l’aria che respiro ? L’antico ideale dell’iniziativa processuale monopolisticamente accentrada nelle mani del solo soggetto a cui il diritto soggettivo ‘appartiene’, si rivela impotente di fronte a diritti che appartengono, allo stesso tempo, a tutti e a nessuno” (Cf. CAPPELLETTI, 1975, p. 372).

²³⁵ “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo (...) passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública (...) São princípios do Estado Democrático de Direito: (...) B. *Organização Democrática da Sociedade* onde estão presentes os mecanismos tradicionais à democracia política, somados às possibilidades novas de participação social através de atores sociais emergentes, tais como: sindicatos, associações, etc.” (Cf. BOLZAN DE MORAIS, 1996, p. 74-75).

fundamento desse Estado *Democrático* de Direito, pode ser então resumido na afirmação de Fábio Konder Comparato:

“A idéia- mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a idéia da **participação**”²³⁶.

Conforme observou Boaventura de Sousa Santos, a participação social não significa um movimento da *retração estatal*, mas, antes, uma expansão do Estado *por meio da sociedade civil*²³⁷. Em outros termos, o Estado Democrático de Direito pressupõe uma *parceria* com a *sociedade civil* na resolução das demandas sociais emergentes, como é o caso da *tutela dos consumidores*²³⁸.

3.1.3. Os consumidores de serviços públicos e sua relação com a Administração Pública

Assim é que os consumidores, enquanto usuários das atividades econômicas prestadas segundo o regime jurídico do art. 175 da CF (serviços públicos), devem ser considerados sob o ponto de vista de sua *interação* com o Estado – representado pela Administração Pública – na busca da efetivação de seu *direito a uma adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral* (art. 6º, X do CDC). O reconhecimento, pela ordem jurídica, dos *direitos dos consumidores em relação aos deveres do Estado-*

²³⁶ COMPARATO, 1992, p. 26. No mesmo sentido, pronuncia-se André Franco Montoro: “A substituição do ‘paternalismo’ pela ‘participação’, é um imperativo da moderna política social. Na medida em que se queira respeitar a dignidade da pessoa humana, é preciso assegurar-lhe o direito de participar ativamente na solução dos problemas que lhe dizem respeito” (Cf. MONTORO, 1995, p. 16).

²³⁷ SOUSA SANTOS, 1990, p. 24-25.

²³⁸ Referindo-se especificamente ao *controle social de serviços públicos*, afirma Fernando Aguillar: “Na sociedade democrática, nem o controle estatal pleno, nem o controle social absoluto são desejáveis. É preciso que haja uma permeabilidade entre a sociedade e o Estado (...) É importante ressaltar que o controle social exercido através da participação popular deve ter espaço institucional para que cumpra seus objetivos. Trata-se de uma participação popular albergada pelo aparelho jurídico estatal e não meramente a manifestação espontânea dos interesses da população” (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 293).

fornecedor, pode ser considerado um fator extremamente relevante na reformulação das relações entre a Administração Pública e os *administrados*.

E o Direito Administrativo, por certo, não ficou alheio a essa realidade, conforme se percebe na observação de Almiro do Couto e Silva:

“A relação de Direito Administrativo tornou-se, pois, muito freqüentemente, uma relação pluripessoal, mudança que está obviamente ligada (...) a novas formas de democracia participativa na tomada de decisões pelo Estado, quando no exercício da função administrativa”²³⁹.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, expõe Caio Tácito:

“A moderna tendência do direito público marca (...) a transição do Direito Administrativo que, absorvendo a ação participativa dos administrados, valoriza o princípio da cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público”²⁴⁰.

Se o processo de privatização das atividades econômicas, fez ressurgir, no campo da prestação de serviços públicos, a prática dos contratos de concessão (e permissão) com empresas privadas²⁴¹, então já não cabe ao Estado prestar tais serviços, mas apenas desempenhar uma maior postura *fiscalizatória ou controladora*, a qual deverá ocorrer *com a cooperação dos usuários*, que são os consumidores (art. 3º c/c art. 30 da Lei n. 8.987/95)²⁴². Ou seja: a tendência atual na prestação de serviços públicos pressupõe *uma espécie*

²³⁹ COUTO E SILVA, 1997, p. 70.

²⁴⁰ TÁCITO, 1997, p. 06.

²⁴¹ SOUZA, 1995(b), p. 51.

²⁴² Dispõe o art. 3º da Lei n. 8.987/95: “As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”. Dispõe o art. 30, parágrafo único: “A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade

de agente prestador (as empresas privadas), e *duas espécies de agentes controladores ou fiscalizadores* do primeiro (a Administração Pública e os consumidores).

A necessidade da participação dos consumidores no controle da prestação dos serviços públicos, principalmente quando prestados pela iniciativa privada, implica o abandono, pela Administração Pública, da antiga prática de enxergar o *administrado* – no caso, o consumidor – como sujeito *passivo* à espera da atuação daquela²⁴³. Ao invés disso, busca-se a conscientização deste consumidor, acerca do seu papel de cidadão, exercido na prática *fiscalizatória* das relações de consumo nas quais é parte interessada²⁴⁴.

O exercício da cidadania na defesa dos direitos dos consumidores pode ocorrer de várias formas, desde as reclamações frente aos órgãos especializados (como os PROCONS estaduais)²⁴⁵, até a utilização do *processo administrativo*²⁴⁶ ou da via judicial em ações individuais ou mesmo coletivas²⁴⁷. Nestes casos, pode-se dizer que os consumidores estão

com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”. Importa lembrar que a Lei das Concessões e Permissões constitui-se, ao lado do CDC, como regime jurídico *geral* de proteção dos direitos dos usuários, ao qual vem se somar o regime jurídico *específico*, formado por recentes legislações regulamentadoras de serviços públicos como telecomunicações e energia elétrica.

²⁴³ CLÈVE, 1990, p. 94.

²⁴⁴ Cabe aqui citar as observações de Luíza Helena Malta Moll: “Atualmente, a Sociedade Civil se conscientiza de que a mudança não se restringe a uma definição formal de direitos e liberdades, mas passa necessariamente pela dinâmica da inter-relação existente entre ela e o Estado, mediatizada pela Administração Pública” (Cf. MOLL, 1986, p. 143).

²⁴⁵ Os PROCONS estão ligados ao SNDC (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) regulamentado atualmente pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 105 e 106) e pelo Decreto n. 2.181/ 97. A bem da verdade, eles já existiam em regulamentações estaduais, como a Lei n. 1.903, de 29 de dezembro de 1978, que instituiu, em São Paulo, o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor. Atualmente, é fato que cada Estado-membro possui seu PROCON dotado de uma maior ou menor estrutura, conforme a realidade do Estado-membro ao qual este PROCON esteja vinculado. Exemplos disso, são os PROCONS do Paraná e de Santa Catarina, cuja estrutura se dá, respectivamente, sob a forma de uma *secretaria de Estado* e de uma *gerência, subordinada a uma secretaria*. Em que pese estas considerações, é inegável a importância desses órgãos no esclarecimento de dúvidas e no auxílio à resolução das mais simples às mais complexas espécies de relações de consumo (como o caso dos consumidores dos serviços públicos de *telefonia*).

²⁴⁶ Recentemente, foi editada a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que passa a regulamentar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Assim, nas relações de consumo que tenham como objeto a prestação de serviços públicos prestados sob a competência daquela, os usuários- consumidores têm, juntamente com o CDC, um reforço a mais na *proteção dos seus direitos*, além de auxiliar a própria Administração Pública a *melhor cumprir seus fins* (art. 1º da Lei n. 9.784/ 99).

²⁴⁷ Além do direito de acesso aos órgãos administrativos, os consumidores também têm o direito de acesso aos órgãos judiciários (art. 6º, VII do CDC). Nem poderia ser de outra forma, pois a todo cidadão deve ser garantido o *acesso à justiça* (art. 5º, XXXV da CF). Assim é que o CDC, em seu *Título III*, cuida da *defesa do consumidor em juízo*. A análise deste tema transcende os objetivos propostos pelo trabalho. Para uma análise detalhada do assunto v. MANCUSO, 1994, 128p; e GRINOVER, 1993, p. 293- 307.

exercendo, de certa forma, um *controle* sobre a qualidade da prestação dos serviços públicos, pois serão tomadas medidas capazes de proporcionar a efetivação do direito expresso no art. 6º, X do CDC. Entretanto, estas formas de atuação estão fora da análise deste trabalho.

O *controle da prestação de serviços públicos*, para os objetivos aqui considerados, diz respeito às possibilidades que estes mesmos consumidores têm, de atuarem como *agentes fiscalizadores* de uma adequada e eficaz prestação desses serviços. A fiscalização, por sua vez, é entendida como *o poder de interferir nas decisões provenientes de órgãos reguladores* – as chamadas Agências Reguladoras –, podendo, este poder, estar relacionado à *composição* desses órgãos, ou a *consultas* feitas pelos mesmos aos consumidores-usuários.

3.2. A participação dos consumidores nas agências reguladoras

3.2.1. Localizando as agências reguladoras no atual contexto jurídico-político estatal

Antes de se precisar o que venham a ser as *agências reguladoras*, se faz necessário situá-las no contexto jurídico-político pelo qual passa o Estado brasileiro. Sem a intenção de tratar com profundidade o tema, pela complexidade que o mesmo apresenta, pode-se afirmar, sem hesitações, que o Estado brasileiro está passando por um complexo processo de *reforma*²⁴⁸.

Este complexo processo de reforma do aparelho estatal deriva, como não poderia deixar de ser, da constatação de que o Estado *está em crise*. Segundo Bresser Pereira, a *crise do Estado brasileiro*, que atingiu seu ápice na década de 80, possui três formas de

²⁴⁸ O contexto jurídico-político de *reforma do aparelho estatal* não se restringe apenas ao Brasil. Muito pelo contrário, nosso país vem adotando modelos de reforma já experienciados em outros países, como Inglaterra, Nova Zelândia, Austrália, Estados Unidos, Suécia, França e Itália. Tais experiências são descritas por Luiz Carlos Bresser Pereira (Cf. PEREIRA, 1998(c), p. 52-68).

compreensão: *crise fiscal, crise do papel interventor do Estado no econômico e no social*, e, por fim, a *crise na forma de administrar o Estado*²⁴⁹. Associado a essas constatações, o autor acrescenta ainda a influência do processo de *globalização* na autonomia das políticas econômicas e sociais dos estados nacionais²⁵⁰.

Quanto à *crise do papel interventor do Estado no econômico e no social*, o processo de reforma aponta para um Estado *mais regulamentador e controlador*, em detrimento do Estado *prestador*²⁵¹. As privatizações das atividades econômicas do Estado (dentre elas, os serviços públicos) confirmam esta tendência²⁵².

Quanto à *crise na forma de administrar o Estado*, busca-se romper com a chamada *Administração Pública burocrática*, caracterizada pela rígida hierarquia funcional e pela centralização do controle e da *prestação* das atividades administrativas²⁵³, em prol de um modelo *gerencial* baseado na descentralização e voltado para os *resultados* (*eficiência e*

²⁴⁹ *Idem*, p. 34. Para o presente estudo são consideradas apenas as duas últimas formas de crise estatal.

²⁵⁰ *Idem*, p. 35. É importante que se registre a existência de opiniões divergentes à influência do processo globalizante na capacidade dos Estados nacionais realizarem suas políticas públicas e sociais. Neste sentido, o economista Paulo Nogueira Batista Jr. critica o idéia de que a globalização seja a responsável pelas políticas econômicas e sociais, adotadas pelos governos brasileiros nas últimas duas décadas. Afirma, pois, o autor: “Globalização’ vira uma espécie de desculpa para tudo, uma explicação fácil para o que acontece de negativo no país. Governos fracos e omissos servem-se dessa retórica para isentar-se de responsabilidade (...) Problemas provocados por decisões ou omissões do governo nacional têm sido sumariamente descarregados em cima da ‘globalização’ (...) Em suma: problemas como desemprego e o subemprego, a desnacionalização da economia e a dependência de capitais externos, longe de constituírem a consequência irrecorrível de um processo global, resultam essencialmente de políticas adotadas no âmbito nacional, convenientemente dissimuladas pelo apelo à retórica da ‘globalização’” (Cf. BATISTA JR., 1998, p.127-29).

²⁵¹ “À luz dessa realidade, o governo brasileiro está consciente de que a consolidação dessa ampla reforma do Estado- iniciada em 1990 – é cada vez mais premente e fundamental para torná-lo mais atuante em suas funções típicas de regulador e fiscalizador, delegando a execução dos serviços públicos à iniciativa privada” (Cf. SOUSA, 1995(b) p. 42).

²⁵² Na esteira de Fernando Aguillar, pode-se dizer que, quanto á prestação de serviços públicos, está ocorrendo uma *desconcentração regulatória operacional* (Estado desempenha com menor intensidade atividades econômicas), e uma *concentração regulatória normativa* (Estado impõe normas jurídicas aos particulares no desempenho de atividades econômicas). (Cf. AGUILLAR, 1999, p.211- 213).

²⁵³ PEREIRA, 1998(c), p. 164. É importante ressaltar o contexto histórico e político da implantação da Administração Pública burocrática, qual seja, o contexto do governo autoritário de Getúlio Vargas (*Idem*, p. 163). Este fato explica a característica *centralizadora* do controle sobre a prestação das atividades administrativas que, por via de regra, ficavam a cargo da União. Assim cabe citar, como complemento a essas considerações, a observação de Marcelino Gileno: “Essa *reforma* [reforma que implantou a Administração Pública burocrática] obedecia a uma orientação autocrática e impositiva por ocorrer num período ditatorial, o que contribuiu para que a administração assumisse características de um sistema fechado” (Cf. GILENO, 1988, p. 38).

qualidade) das ações administrativas, em benefício dos então chamados *clientes do Estado*²⁵⁴.

Após essas breves considerações, importa salientar que a marca da *descentralização* – que se presta a resolver as duas *crises* do Estado, salientadas neste trabalho – se faz sentir em quase todas as áreas de atuação estatal²⁵⁵. Em outros termos, se quer dizer que, excetuando as atividades onde a presença do Estado é imprescindível a sua própria sobrevivência²⁵⁶, o processo de reforma pretende deixar que as pessoas da *administração pública indireta* cuidem, dentre outras coisas, da *fiscalização* daquelas *atividades econômicas* (no caso, os serviços públicos) que, uma vez prestadas por esta mesma *administração pública indireta* (autarquias, empresas públicas, etc.), passam a ser desempenhadas por *empresas privadas*.

²⁵⁴ Em linhas gerais, pode-se dizer que o modelo *gerencial* pretende introduzir, no setor público, a concepção de administrar segundo a lógica da iniciativa privada. Ou seja, deve-se ter presente que “...o princípio da legalidade é uma das pré- condições para a boa gestão pública, mas há que se prestigiar, no mínimo com a mesma ênfase, os aspectos da eficiência, eficácia, economicidade, qualidade e efetividade da gestão. Afinal, o Estado existe primordialmente para cumprir seu papel social que é o de responder às demandas legítimas da sociedade. De nada ou quase nada adianta uma gestão irreparável do ponto de vista do cumprimento de todas as normas exigidas se o resultado de sua ação concreta é pífia, nula ou desprezível no que concerne ao atendimento do cidadão e na resposta às suas demandas e necessidades” (Cf. PESSOA, 1997, p. 52-53). A *descentralização administrativa voltada para os resultados* tem, como objetivo maior, a qualidade de vida dos cidadãos, que são, segundo Bresser Pereira, *clientes* do Estado (Cf. PEREIRA, 1998(c) p. 21). Tratando do cidadão- cliente no Brasil, Cláudia Costin publicou artigo no Site do Ministério da Administração e Reforma do Estado (Cf. COSTIN, 1999). O conceito de cliente, adotado pelos articuladores da reforma, provém de obras norte- americanas, como o trabalho de Devid Osborne e Ted Gaebler (Cf. OSBORNE, 1994, p. 181-203). Em Bresser Pereira, os clientes podem ser internos à Administração Pública (servidores públicos) ou externos (consumidores e contribuintes) (Cf. PEREIRA, 1998(c), p. 219). De fato, não se pode deixar de notar que, entre o conceito de cliente e o conceito de consumidor, no caso dos *serviços públicos*, existe uma estreita relação. Entretanto, quando se trata de um contribuinte, que recebe a prestação das *funções irrenunciáveis do Estado* (educação, saúde pública, etc.) o conceito de cliente parece totalmente descabido, já que não se está diante de atividades econômicas.

²⁵⁵ A expressão ‘*descentralização*’ é empregada aqui com o mesmo significado já exposto no primeiro capítulo, acerca da execução direta da prestação de serviços públicos através da Administração Pública *indireta*. Ou seja, o Estado tende a criar pessoas jurídicas novas, ou a atribuir maiores tarefas àquelas já existentes no âmbito das três esferas da Administração Pública (federal, estadual e municipal).

²⁵⁶ Trata-se de um setor do Estado, denominado *núcleo estratégico*. A nível federal, ele é composto pelo Presidente da República e seus Ministérios, bem como pelos órgãos máximos dos outros dois Poderes de Estado (Congresso e Tribunais Superiores). Nos níveis estadual e municipal existem, segundo Bresser Pereira, correspondentes *núcleos estratégicos* (Cf. PEREIRA, 1998(b), p. 24). Nesta mesma publicação (p. 25) existe um quadro esquemático, onde é possível entender como o processo de reforma do Estado pretende dividir as áreas de atuação estatal. Nele, se pode encontrar as empresas privadas como prestadoras e as *agências reguladoras*, no controle das atividades econômicas, dentre as quais, os serviços públicos.

Como o atual ordenamento jurídico tem proporcionado (ou pode proporcionar) uma maior atuação dos consumidores junto a essas pessoas da administração pública indireta, com atribuições *fiscalizatórias*, é a questão que mais interesse desperta no momento.

3.2.2. *Agências reguladoras como espécie de agência estatal*

A Reforma Administrativa em curso no Brasil está fundamentada, dentre outras coisas, na *eficiência* do setor público. Não é à toa que a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, consagrou a *eficiência* como *princípio constitucional da Administração Pública*, ao lado dos princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade* (art. 37, *caput* da CF)²⁵⁷.

Inspirada no modelo norte americano das *Commissions*, as agências estatais brasileiras despontam como mecanismo apto a realizar as *tarefas exclusivas do Estado* segundo o princípio da eficiência, i. é., com maior agilidade e qualidade nos resultados dessas²⁵⁸. Dentre tais tarefas estatais, cabe destacar especificamente a *regulação ou controle das atividades econômicas*, dentre as quais estão os *serviços públicos*.

As agências estatais são pessoas jurídicas que integram a chamada Administração Pública *indireta*. Não são *órgãos públicos*, mas *pessoas jurídicas*, i. é., possuem autonomia político-administrativa, financeira e orçamentária em relação à pessoa jurídica do Estado²⁵⁹.

²⁵⁷ A EC n. 19, de 4 de junho de 1998 estabeleceu modificações no texto constitucional com a intenção de garantir e efetivar ainda mais a transformação da AP burocrática em AP gerencial (voltada para resultados eficientes e com qualidade).

²⁵⁸ AGUILLAR, 1999, p. 227; No mesmo sentido, v. MEDAUAR, 1999, p. 83. Dentre as atividades consideradas como *exclusivas do Estado*, e onde se inserem as agências estatais, podem ser citadas a *polícia*, a *fiscalização*, a atividade *regulamentadora*, o *fomento da área social e científica* e a *seguridade social* (Cf. PEREIRA, 1998(c), p. 103).

²⁵⁹ Segundo lição de Odete Medauar, a expressão 'órgão público' deve ser entendida ou utilizada "... para designar unidade de atuação integrante de uma pessoa jurídica". Assim, a pessoa jurídica do Estado é composta pelos mais variados órgãos. Na Administração Pública *indireta*, onde o processo de *descentralização administrativa* cria pessoas jurídicas distintas da pessoa jurídica estatal, também existem órgãos próprios. Exemplos: os órgãos de uma Prefeitura – Administração Pública *direta* (Estado) – e os órgãos de uma autarquia – Administração Pública *indireta*. (Cf. MEDAUAR, 1999, p. 54-58).

A expressão *agência estatal* é, pois, o gênero do qual existem duas espécies: a) *agências executivas*; b) *agências reguladoras*.

As chamadas *agências executivas*, regulamentadas na Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998 (arts. 51 e 52)²⁶⁰, são *autarquias ou fundações públicas*, cuja qualificação “*agência*” é atribuída por *decreto presidencial específico*²⁶¹, a fim de que as mesmas cumpram as metas estabelecidas no *contrato de gestão*²⁶² celebrado entre a agência e o Ministério ligado à respectiva atividade de atuação da mesma.

Essas *agências* desempenham o que Bresser Pereira denominou de *políticas de governo*²⁶³. Isto significa que elas trabalham de acordo com as prioridades estabelecidas pelo partido (ou coalizão partidária) que estiver no poder. No que toca à composição dessas *agências*, cabe destacar que seus dirigentes serão sempre nomeados, e poderão ser livremente exonerados dos cargos, *pelo Presidente da República*²⁶⁴.

Já as *agências reguladoras* – que têm assumido preferencialmente a forma de *autarquias*²⁶⁵ – se prestam a desempenhar *políticas permanentes de Estado*, i. é., suas diretrizes não devem se sujeitar a alterações, oriundas de eventuais mudanças nas políticas governamentais²⁶⁶. Por esta razão, afirma-se que possuem maior autonomia em relação ao governo do que as *agências executivas*, não sendo necessária a figura do contrato de

²⁶⁰ Os artigos em questão prevêm: a qualificação das autarquias ou fundações como *Agências Executivas* por ato presidencial (art. 51, parágrafo 1º), a autonomia das *agências executivas* (art. 51, parágrafo 2º); a periodicidade dos contratos de gestão (art. 52, parágrafo 1º), dentre outras coisas.

²⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 160; No mesmo sentido, v. PEREIRA, 1998(c), p. 228.

²⁶² O contrato de gestão é instrumento jurídico celebrado entre a agência executiva e o Ministério Supervisor da atividade a qual a primeira se presta a desempenhar. Nele estarão dispostas as metas a serem atingidas pela agência no exercício de suas tarefas, cujo controle será exercido pelo respectivo Ministério. Exemplo: institui-se uma agência executiva no setor da seguridade social (previdência). O contrato de gestão deverá ser celebrado entre a agência e o Ministério da Previdência Social, a assim por diante. Na CF, o contrato de gestão está previsto no art. 37, parágrafo 8º: “A Administração Pública (...) obedecerá aos princípios (...) e também ao seguinte: (8º) A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade...”. O mencionado dispositivo legal é fruto da Emenda Constitucional n. 19/ 98.

²⁶³ PEREIRA, 1998(c), p. 225.

²⁶⁴ *Idem*, p. 225-226.

²⁶⁵ AGUILLAR, 1999, p. 232.

²⁶⁶ PEREIRA, 1998(c), p. 225.

gestão²⁶⁷. Quanto à sua composição, há também uma diferença marcante com relação às agências executivas, visto que a indicação de seus dirigentes deve ser aprovada pelo Congresso e, uma vez aprovada, os mesmos deverão exercer mandato previsto na lei de criação da respectiva agência²⁶⁸.

As agências reguladoras possuem campo de atuação mais específico, se comparadas às agências executivas. Enquanto as primeiras se prestam a atividades como arrecadação de impostos, promoção de seguridade social, garantia de segurança pública, dentre outras²⁶⁹, as agências reguladoras são responsáveis pelo controle dos preços de atividades econômicas no mercado – como vem ocorrendo com os serviços públicos – e, além dessa tarefa, se prestam a fiscalizar também a qualidade, i. é., a adequação das mesmas em prol dos usuários-consumidores.

Em suma, as agências executivas, como o próprio nome sugere, desempenham atividades relacionadas à *execução de políticas públicas*, i. e., políticas de *governo*. Já as agências reguladoras se prestam ao desempenho de tarefa específica e permanente, consistente na *regulação de atividades econômicas* (no caso, os serviços públicos).

3.2.3. Agências reguladoras e organizações sociais: distinções

As agências reguladoras também não devem ser confundidas com as chamadas *organizações sociais*. A começar pela natureza jurídica, as organizações sociais, ao contrário das agências reguladoras, são pessoas jurídicas de direito *privado* – em geral, associações ou fundações privadas – que desempenham atividades *sem fins lucrativos, voltadas especialmente para a área social*²⁷⁰. Constituem-se na chamada *esfera pública*

²⁶⁷ *Idem*, p. 226. Quanto às agências reguladoras já existentes existe uma forte exceção a essa regra. Nada mais, nada menos do que a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica). De fato, a Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a mencionada agência, prevê o contrato de gestão a ser celebrado '*entre a Diretoria e o Poder Executivo*' (art. 7º).

²⁶⁸ *Idem, ibidem*. Ao contrário das agências reguladoras, os dirigentes das agências executivas, como visto, podem ser exonerados de seus cargos a qualquer tempo por vontade do Presidente da República.

²⁶⁹ *Idem*, p. 226.

²⁷⁰ MODESTO, 1997, p. 199.

não-estatal²⁷¹ a qual, não poucas vezes, está relacionada ao conceito *anglo-saxônico* de *terceiro setor*²⁷².

As organizações sociais estão relacionadas ao processo de transferência da prestação de certas *funções irrenunciáveis do Estado* (como a saúde, p. ex.) para fora das pessoas jurídicas de *direito público* (Administração Pública direta e indireta). A participação destas tende a ficar adstrita ao mero *dever-poder* de fiscalização, mediante o instrumento do *contrato de gestão*. Não obstante sua relevância incontestada, a discussão acerca da validade ou efetividade do processo de transferência sobre a prestação de *funções* que *a priori* devem ser prestadas pelo Estado, transcende os objetivos deste trabalho.

Importa, isso sim, salientar a distinção entre *pessoas jurídicas de direito público*, que desempenham o controle sobre a prestação de *atividades econômicas* (agências reguladoras), e *pessoas jurídicas de direito privado*, que prestam *atividades sem fins lucrativos na área social* (esfera pública não-estatal ou organizações sociais).

3.2.4. A fiscalização a cargo dos consumidores na Lei n. 8.987/95

Não obstante as novas legislações a respeito do controle da prestação dos serviços públicos pelas agências reguladoras, cabe lembrar as disposições, expressas na Lei n. 8.987/95, sobre a *fiscalização a cargo dos consumidores*. Assim, o art. 3º deixou claro que

²⁷¹ PEREIRA, 1998(c), p. 235-250. As Organizações Sociais fazem parte do chamado processo de *publicização das atividades não-exclusivas do Estado* (*Idem*, pp. 247-250). Sem aprofundar o assunto, cabe destacar que muitas delas são *funções irrenunciáveis do Estado* (como as Universidades, a saúde, etc.), mas nenhuma delas corresponde a prestação de serviços públicos, pois não há exploração de atividade econômica, e sim, de atividades *sem fins lucrativos*. Além disso, como sucede com as agências executivas, as organizações sociais estão vinculadas ao Estado mediante *contrato de gestão* (e não de concessão), segundo o art. 37, parágrafo 8º da CR. Sobre o contrato de gestão nas organizações sociais, v. BARBOZA, 1997, p. 23-30; e BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 154-160.

²⁷² A relação entre *esfera pública não-estatal* e *terceiro setor* explica-se pela posição intermédia que ambos os conceitos assumem, diante da esfera pública estatal (Estado propriamente dito, Administração Pública, Legislativo e Judiciário) e da esfera privada (mercado). Daí a razão pela qual estes conceitos estão relacionados ao próprio conceito de sociedade civil como espaço de interação entre Estado e mercado. O conceito de sociedade civil sob este ponto de vista é analisado por Leonardo Avritzer (Cf. AVRITZER, 1994, p. 23-40). Por fim, sobre o conceito de *terceiro setor*, v. SALAMON, 1998, p. 05-11.

a fiscalização da prestação dos serviços públicos concedidos ou permitidos, realizada pelo poder concedente (Administração Pública), deverá contar com a *cooperação dos usuários*.

O parágrafo único do art. 30, complementando a disposição anterior, dispõe que a fiscalização da prestação dos serviços públicos deverá ocorrer, segundo norma regulamentar, por intermédio de uma *comissão*, composta por membros do poder concedente, do poder concessionário, e *dos usuários*.

Segundo Blanchet, deve-se destacar o fato de que esta fiscalização ocorrerá de forma *periódica*, e não permanentemente²⁷³. Para Aguillar, no entanto, a *periodicidade* da fiscalização é um equívoco, pois não existe efetivo poder fiscalizatório se não estiver presente o fator surpresa, i. é., se a fiscalização não ocorrer *sem hora marcada*²⁷⁴. Os dispositivos legais da Lei n. 8.987/ 95, segundo a análise de Aguillar, não apresentam a mesma relevância do que as disposições contidas nas legislações específicas sobre os serviços públicos *privatizados*, as quais, dentre outras coisas, instituíram e regulamentaram o exercício das agências reguladoras federais²⁷⁵.

3.2.5. A ANATEL

3.2.5.1. Considerações gerais sobre os serviços de telecomunicações

As transformações sentidas no Brasil quanto ao setor de telecomunicações refletem, em muito, as conseqüências das metas definidas, em nível internacional, pelo Acordo sobre Telecomunicações firmado no âmbito da OMC (Organização Mundial do Comércio)²⁷⁶.

²⁷³ BLANCHET, 1995, p. 142.

²⁷⁴ “... o direito de fiscalização supõe o elemento surpresa. Fiscalização com hora marcada é tão inútil quanto a falta de fiscalização, de modo que ou o poder de fiscalizar é permanente ou inexiste. Embora seja possível estabelecer obrigação de prestações de contas periódicas, em alguns tipos de serviços, na maior parte dos casos, a periodicidade é nociva ao poder fiscalizatório” (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 249).

²⁷⁵ *Idem*, p. 250.

²⁷⁶ CELLÍ JR., 1998, p. 151.

Pelo Acordo, cada Estado-membro deverá, dentre outras coisas, indicar uma lista com os compromissos específicos por ele assumidos²⁷⁷.

Não obstante, o caso brasileiro registra, antes da existência desse Acordo Internacional, a clara intenção de passar a execução desses serviços para as empresas privadas, utilizando-se, em muitos casos, do instrumento contratual da concessão. Tal registro pôde ser sentido, no âmbito jurídico, pela edição da Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, a qual foi a responsável pela atual redação do art. 21, XI da CF²⁷⁸.

Após a EC n. 8/95 e a adesão ao Acordo da OMC, o próximo passo foi a criação da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, a qual veio a modificar o antigo CBT (Código Brasileiro de Telecomunicações), a regulamentar o novo modelo de prestação dos serviços de telecomunicações – através das empresas privadas – e, o que interessa de momento, a instituir e dispor sobre o funcionamento de *órgão controlador da prestação desses serviços*²⁷⁹. Por oportuno, cabe observar que os serviços de telecomunicações não podem ser identificados apenas com os serviços de *telefonia*. Assim, o art. 60, parágrafo 1º c/c art. 69, parágrafo único, ambos da Lei n. 9.472/ 97, encarregam-se de definir o que venham a ser os *serviços de telecomunicações*²⁸⁰.

²⁷⁷ *Idem*, pp. 151-152. Sobre a participação do Brasil no Acordo sobre Telecomunicações, afirma o autor: “O Brasil assinou recentemente essa lista (Protocolo n. 4/97), que consolida as ofertas dos setenta países que concordaram com a abertura de seus mercados de telecomunicações. A oferta consolidada do Brasil, que tem eficácia em face do Direito Internacional, mas que depende ainda de ratificação pelo Congresso Nacional, será operacional a partir de 1º de janeiro de 1998 em todos os serviços que a legislação brasileira já contempla” (*Idem*, p. 152).

²⁷⁸ *Idem*, pp. 152-153.

²⁷⁹ *Idem*, pp. 153-154.

²⁸⁰ Dispõe o art. 60, parágrafo 1º da Lei n. 9.472/ 97: “Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”; Dispõe o art. 69, parágrafo único da Lei n. 9.472/ 97: “Forma de comunicação é o modo específico de transmitir informação (...) considerando-se formas de comunicação, entre outras, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens”. Para este trabalho, devido á abrangência das formas de serviços de telecomunicações, estes serão analisados apenas pelo serviço de *telefonia*. Cabe salientar, entretanto, a existência da Lei n. 8.977, de 6 de janeiro de 1995, a qual dispõe sobre o serviço de *TV a cabo*, sem dúvida alguma, uma espécie do gênero serviço de *telecomunicações*.

Ainda dignas de observação, são as distinções, feitas pela lei em questão, entre *serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito* (art. 62 e parágrafo único)²⁸¹, e, mais importante ainda, entre *serviços prestados no regime jurídico público e serviços prestados no regime jurídico privado* (art. 63 e parágrafo único, e art. 64)²⁸². Ou seja, os serviços de telecomunicações, que se tratam verdadeiramente de *atividades econômicas*, poderão ser prestados como *serviços públicos* – obedecendo aos critérios dispostos no art. 175 da CF²⁸³ – ou como *serviços privados*. Os chamados *serviços de interesse coletivo* serão prestados incondicionalmente como *serviços públicos* (art. 64 da Lei n. 9.472/97)²⁸⁴, e os *serviços de interesse restrito*, como *serviços privados* (art. 67)²⁸⁵.

3.2.5.2. A regulamentação da ANATEL e o controle da prestação dos serviços públicos de telecomunicações pelos consumidores

Quanto ao controle da prestação dos serviços de telecomunicações, tanto públicos quanto privados, ficará o mesmo a cargo da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), verdadeira *agência reguladora*, cuja natureza jurídica corresponde à análise genérica procedida há pouco²⁸⁶. Para os objetivos deste trabalho, a Agência será

²⁸¹ Dispõe o art. 62 da Lei n. 9.472/ 97: “Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito”; Dispõe o parágrafo único: “Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo”.

²⁸² Dispõe o art. 63 da Lei n. 9.472/97: “Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados”; Dispõe o parágrafo único: “Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”.

²⁸³ O Título II da Lei n. 9.472/ 97 dispõe sobre os *serviços prestados em regime público*. Assim, digno de menção são os arts. 83 e 84, os quais tratam da obrigatoriedade de uma *concessão*, que será procedida entre as empresas privadas e a ANATEL (art. 83), e da sujeição, por tais empresas, ao *plano geral de outorgas*, o qual *dividirá o País em áreas, especificará o número de prestadoras privadas para cada uma destas áreas, e especificará os prazos de vigência e admissão de novas prestadoras* (art. 84).

²⁸⁴ Dispõe o art. 64 da Lei n. 9.472/97: “Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar”. Importante para este trabalho é a disposição do parágrafo único deste artigo: “Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”.

²⁸⁵ Dispõe o art. 67 da Lei n. 9.472/97: “Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito”.

²⁸⁶ Cf. *supra*, item n. 3.2.2. Sobre a criação da ANATEL, dispõe o art. 8º da Lei n. 9.472/ 97: “Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta,

analisada enquanto órgão regulador da prestação dos *serviços públicos*, em especial, os serviços de *telefonia*²⁸⁷.

Importa considerar, primeiramente, a *estrutura* da Agência. Preliminarmente, o art. 8º, parágrafo 1º da Lei n. 9.472/ 97 define os órgãos que irão compor a mesma²⁸⁸. No que toca à *participação dos consumidores nas decisões da ANATEL*, deve-se voltar a atenção para a estrutura de dois órgãos em especial, a saber, o *Conselho Consultivo* e a *Ouvidoria*.

O *Conselho Consultivo*, dispõe o art. 33 da Lei n. 9.472/ 97, é o *órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência*. Segundo Aguillar, representa a maior inovação jurídica em matéria de controle da prestação de serviços públicos, desempenhado pelos próprios usuários²⁸⁹.

Dentre os membros do Conselho, que não atuam com remuneração alguma e possuem mandato de três anos (art. 36 da Lei n. 9.872/97)²⁹⁰, estão as *entidades representativas dos usuários* e as *entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento* (art. 34 da Lei n. 9.872/ 97)²⁹¹. O '*regulamento*' citado no art. 34, é aquele que irá disciplinar o *funcionamento da ANATEL* (art. 37 da Lei n. 9.472/ 97)²⁹², tendo sido instituído pelo Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997.

submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais”.

²⁸⁷ Sobre a divisão do antigo sistema estatal TELEBRÁS em empresas privadas de operação regional (como a TELESC p. ex.) e empresas privadas de operação nacional (como a EMBRATEL), v. MALUF, 1999.

²⁸⁸ Dispõe o art. 8º, parágrafo 1º da Lei n. 9.472/97: “A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções”.

²⁸⁹ AGUILLAR, 1999 p. 252.

²⁹⁰ Dispõe o art. 36 da Lei n. 9.472/ 97: “Os membros do Conselho Consultivo, que não serão remunerados, terão mandato de três anos, vedada a recondução”.

²⁹¹ Dispõe o art. 34 da Lei n. 9.472/ 97: “O Conselho será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento”.

²⁹² Dispõe o art. 37 da Lei n. 9.472/ 97: “O regulamento disporá sobre o funcionamento do Conselho Consultivo”.

Assim, o art. 36 do Decreto define o número de conselheiros²⁹³, e o parágrafo 1º do mesmo artigo, as atribuições do Conselho já expressas, a bem da verdade, no art. 35 da Lei n. 9.472/ 97²⁹⁴.

Após a definição do número de conselheiros, cabe destacar a definição da forma pela qual os mesmos ingressarão no Conselho, tarefa atribuída ao art. 37 do Decreto n. 2.338/ 97²⁹⁵. A análise desta norma jurídica revela, ao menos do ponto de vista legal, um equilíbrio na *composição* do Conselho Consultivo²⁹⁶. Ou seja, em que pese a ação decisória do Poder Executivo (designação por decreto do Presidente da República), cada setor envolvido com a prestação dos serviços de telecomunicações indicará o *mesmo número de representantes*, interpretando-se de forma positiva a intenção do legislador no intuito de *equilibrar interesses conflitantes*.

Sobre o Conselho Consultivo, por fim, é digno de atenção a distinção entre a representação da *sociedade* e representação dos *usuários*. Ao que parece, o legislador

²⁹³ Dispõe o art. 36 do Decreto n. 2.338/ 97: “O Conselho Consultivo, órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência, será integrado por doze conselheiros e decidirá por maioria simples, cabendo ao seu Presidente o voto de desempate”. Cabe ressaltar que a o Presidente do Conselho será escolhido segundo dispõe o parágrafo único do art. 34, da Lei n. 9.472/ 97: “O Presidente do Conselho Consultivo será eleito pelos seus membros e terá mandato de um ano”. O *voto de desempate* do Presidente é critério da mais alta importância, já que sempre estarão em jogo interesses que, *a priori*, são conflitantes, como o caso das prestadoras privadas e dos consumidores. Assim, não se pode negar a importância de um representante dos usuários (consumidores) compor a presidência do Conselho Consultivo, a fim de que possa prevalecer a proteção aos direitos dos consumidores, caso seja necessário o critério do *desempate*.

²⁹⁴ Dispõe o parágrafo 1º do art. 36, do Decreto n. 2.338/ 97: “Cabe ao Conselho Consultivo: a) opinar, antes do seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para a universalização dos serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações; b) aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; c) apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor; d) requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art. 35”. Com efeito, quanto ao item c, tais *ações* são, na verdade, as *atribuições do Conselho Diretor*, enumeradas ao longo do art. 35 do Decreto.

²⁹⁵ Dispõe o art. 37 do Decreto n. 2.338/ 97: “Os integrantes do Conselho Consultivo, cuja qualificação deverá ser compatível com as matérias afetas ao colegiado, serão designados por decreto do Presidente da República, mediante indicação: I- do Senado Federal: dois conselheiros; II- da Câmara dos Deputados: dois conselheiros; III- do Poder Executivo: dois conselheiros; IV- das entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações: dois conselheiros; V- das entidades representativas dos usuários: dois conselheiros; VI- das entidades representativas da sociedade: dois conselheiros”.

²⁹⁶ Se há ou não um *desequilíbrio implícito*, que possa ser sentido nos distintos graus de poder político e econômico entre as respectivas representações no Conselho, é tema por demais abrangente para receber uma análise dentro das limitações apresentadas pelo trabalho, sem que tal análise não seja feita senão superficialmente, o que seria inapropriado. Pelo contrário, uma análise mais ampla merece ser alvo de trabalhos futuros, devido a sua manifesta importância, não só para o Direito, como também para a Economia e outros ramos científicos afetos a este tema.

considerou, de forma absolutamente correta, a eminente *falta de conhecimento técnico* dos usuários, no que diz respeito ao funcionamento dos próprios serviços de telecomunicações²⁹⁷. Assim, a representação desta ‘sociedade’ – a qual difere da sociedade de usuários – tem a tarefa de exercer uma representação, não apenas política, mas principalmente *técnica*, no intuito de fortalecer a qualidade desses serviços, e garantir, ainda mais, a efetivação do direito à prestação de um serviço público *adequado* aos consumidores²⁹⁸.

Além do Conselho Consultivo, existe ainda outro órgão componente da ANATEL, merecedor de especial atenção. A *Ouvidoria*, a bem da verdade, não é propriamente um órgão, mas uma função, atribuída, em dois anos de mandato, a um indivíduo – o *Ouvidor* – mediante nomeação do Presidente da República (art. 50 do Decreto n. 2.338/ 97)²⁹⁹.

O ouvidor deverá fazer *apreciações críticas* (baseadas em sugestões ou reclamações feitas pelos consumidores), sobre a atuação da Agência no controle da qualidade dos serviços prestados (públicos e privados). Tais apreciações deverão ser repassadas aos principais órgãos da ANATEL (Conselho Diretor e Conselho Consultivo), bem como ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional. Devem ser, por fim, *publicadas no Diário Oficial da União* (art. 52 do Decreto n. 2.338/ 97)³⁰⁰. A publicação das apreciações recebidas pelo Ouvidor no DOU, seguida do

²⁹⁷ Segundo Fernando Aguillar: “A prestação de serviços públicos nas sociedades de massas implica na realização de investimentos grandiosos e envolvem a consideração de inúmeras questões de ordem técnica, seja na estratégia de implementação desses serviços, seja na escolha da forma da infra-estrutura destinada a sustentar sua continuidade (...) O usuário dos serviços de telecomunicações ou energia elétrica, por exemplo, que envolvem sofisticadas questões tecnológicas, não tem elementos técnicos para opinar sobre a conveniência e adequação das decisões administrativas envolvendo esse serviço” (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 221-222).

²⁹⁸ Neste sentido, prossegue Aguillar: “A representatividade meramente política é distinta da representatividade técnica com fundo político” (*Idem*, p. 221). Os usuários desempenham a primeira, mas dificilmente irão desempenhar a segunda, visto que, por via de regra, lhes falta o conhecimento técnico necessário. De posse do mesmo estão profissionais especializados como engenheiros, economistas, etc. Sobre a postura política de tais profissionais, deverá a mesma ser favorável aos interesses dos consumidores, embora não haja garantia alguma para que isso ocorra.

²⁹⁹ Dispõe o art. 50 do Decreto n. 2.338/ 97: “A Agência terá um Ouvidor nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida a recondução”.

³⁰⁰ Dispõe o art. 52 do Decreto n. 2.338/ 97: “Compete ao Ouvidor produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso

arquivamento na Biblioteca da Agência, são fatos de mais alta importância, pois possibilitam, através da *consulta pública*, uma forma de garantir aos consumidores o direito à *informação adequada sobre a qualidade dos serviços prestados* (art. 6º, III do CDC).

Cabe ressaltar, também, que a atuação do Ouvidor se dá com total *independência*, i. é., sem vinculação hierárquica alguma com o Conselho Diretor, principal órgão da ANATEL (art. 53 do Decreto n. 2.338/ 97)³⁰¹. Digna de nota é a vedação expressa ao Ouvidor – como a todos os Conselheiros (art. 29 do Decreto n. 2.338/ 97)³⁰² – de ter qualquer tipo de relação com empresa prestadora de serviços de telecomunicações (art. 55 do Decreto n. 2.338/ 97)³⁰³.

Por fim, sobre a atuação dos consumidores na ANATEL, ressalte-se ainda: a) a previsão legal de atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)³⁰⁴ como órgão auxiliar ao desempenho das tarefas regulatórias da Agência (art. 18, parágrafo único do Decreto n. 2.338/ 97)³⁰⁵; b) a articulação da ANATEL com os preceitos da Lei n. 8.078/ 90 – o Código de Defesa do Consumidor – e com as disposições do Decreto n. 2.181/ 97 – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 19 do Decreto n. 2.338/ 97)³⁰⁶; c) a supremacia da ANATEL sobre outras entidades ou órgãos de defesa do consumidor, os quais atuarão de forma supletiva à Agência, cabendo à ANATEL a

Nacional, fazendo-as publicar no Diário Oficial da União, e mantendo-as em arquivo na Biblioteca para conhecimento geral”.

³⁰¹ Dispõe o art. 53 do Decreto n. 2.338/ 97: “O Ouvidor atuará com independência, não tendo vinculação hierárquica com o Conselho Diretor ou seus integrantes”.

³⁰² Dispõe o art. 29 do Decreto n. 2.338/ 97: “É vedado aos conselheiros ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações”. A norma em questão diz respeito aos membros do Conselho Diretor. Na composição do Conselho Consultivo, entretanto, a representação dos usuários deverá, logicamente, ocorrer de modo idêntico, i. é., sem que os usuários representados tenham qualquer vínculo com empresa relacionada aos serviços de telecomunicações.

³⁰³ Dispõe o art. 55 do Decreto n. 2.338/ 97: “É vedado ao Ouvidor ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações, nos termos do art. 29”.

³⁰⁴ Sobre o CADE, deve-se ter presente que este órgão não é verdadeiramente um conselho, mas sim, uma *autarquia*: “O principal órgão de defesa da concorrência no Brasil, o CADE é uma autarquia federal (...) vinculada ao Ministério da Justiça (Lei 8.884/ 94)” (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 282).

³⁰⁵ Dispõe o parágrafo único do art 18, do Decreto n. 2.338/ 97: “Os expedientes instaurados e que devam ser conhecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ser-lhe-ão diretamente encaminhados pela Agência”.

³⁰⁶ Dispõe o art. 19 do Decreto n. 2.338/ 97: “A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e n. 9.472, de 1997”.

aplicação das respectivas *sanções administrativas* previstas no CDC (art. 19, parágrafo único do Decreto n. 2.338/ 97)³⁰⁷.

3.2.6. A ANEEL

Assim como ocorreu com as telecomunicações, o setor de energia elétrica sofreu a influência do processo privatizante, confirmando-se este como tendência atual nos países desenvolvidos e, principalmente, naqueles em desenvolvimento. No Brasil, a sistematização normativa sobre as concessões e permissões de serviços públicos, realizada através da Lei n. 8.987/ 95, propiciou, neste contexto privatizante, a retomada de investimentos da iniciativa privada no setor, bem como a recuperação de obras paralisadas ou atrasadas, iniciadas pelas então empresas públicas³⁰⁸.

Fruto do processo de *delegação* da prestação dos serviços públicos de energia elétrica, a Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996 instituiu a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), com as atribuições específicas de uma agência reguladora, quais sejam, o controle de preços e da qualidade dos serviços públicos³⁰⁹. A qualificação de agência reguladora pressupõe, além das autonomias administrativa, orçamentária e financeira, típicas de sua natureza jurídica autárquica, uma maior *autonomia política*, i. é., uma maior liberdade decisória frente ao governo (Poder Executivo).

³⁰⁷ Dispõe o parágrafo único do art. 19, do Decreto n. 2.338/ 97: "A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990".

³⁰⁸ TÁCITO, 1995(a), p. 33.

³⁰⁹ Dispõe o art. 2º da Lei n. 9.427/ 96: "A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal". Recentemente, a atuação da ANEEL se fez sentir através da redução do custo das tarifas de 36 empresas concessionárias em todo país. A redução estava prevista desde junho de 1999, quando a própria ANEEL concedeu uma reposição tarifária às concessionárias em virtude da desvalorização do real perante o dólar. Ocorre que a energia e o combustível das termelétricas são negociados em moeda norte-americana, justificando-se assim o aumento nos custos das empresas distribuidoras. No entanto, esta redução tarifária não impede que as concessionárias exijam o cumprimento dos contratos de concessão, que prevêm o direito de reajuste anual das tarifas, concedido no aniversário da entrada em operação (Cf. CABRAL, 2000, p. B7).

Assim, a questão da *autonomia política* da ANEEL desperta muito interesse e merece toda a atenção, pois, ao contrário da ANATEL, a agência reguladora dos serviços de energia elétrica está vinculada, mediante *contrato de gestão*, ao Ministério das Minas de Energia (art. 7º da Lei n. 9.427/ 96)³¹⁰. Como foi visto anteriormente, apenas as agências executivas e as organizações sociais celebram contratos de gestão com o governo, representado pelos Ministérios³¹¹. A ANEEL apresenta-se como uma exceção à regra de que as agências reguladoras, por desempenharem políticas permanentes de Estado (e não de governo), a princípio não necessitam de contratos de gestão³¹².

Expostas estas considerações iniciais, deve-se proceder à análise da *participação dos consumidores* no âmbito da agência. Para tanto, se faz necessário observar sua estrutura mediante o estudo da Lei n. 9.427/ 96. A direção da ANEEL é formada por *um Diretor-Geral e quatro Diretores* (art. 4º)³¹³, sendo que, dentre os últimos, será escolhido o *ouvidor*, responsável pelo recebimento, apuração e solução das reclamações dos usuários (art. 4º, parágrafo 1º)³¹⁴.

Em comparação à Lei n. 9.472/ 97 (ANATEL), a participação dos consumidores na ANEEL está restrita a consultas e audiências públicas, no intuito de propiciar que sejam

³¹⁰ Dispõe o art. 7º da Lei n. 9.427/ 96: “A Administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor- Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional”.

³¹¹ Cf., *supra*, itens n. 3.2.2 e 3.2.3.

³¹² Cf. PEREIRA, 1998(c), p. 226. Quanto à falta de autonomia política da ANEEL, tem-se as observações de Roberto Lotero: “No que se refere à autonomia em relação ao governo a ANEEL a tem do ponto de vista financeiro, mas não do ponto de vista político (...) os problemas vêm surgindo toda hora, sendo que grande parte do quadro funcional está constituído por pessoas que atuam ou atuaram nas empresas de energia elétrica e, muitas vezes, representam certos grupos de interesse (...) Isto certamente é uma fonte de ineficiência, porque expõe o órgão regulador ao risco de captura, uma vez que a agência confunde o interesse público com o interesse da indústria” (Cf. LOTERO, 1999, p. 215-216).

³¹³ Dispõe o art. 4º, *caput* da Lei n. 9.427/ 96: “A ANEEL será dirigida por um Diretor- Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia”. Segundo Fernando Aguillar, o regime de colegiado significa que as deliberações das agências (a ANATEL também delibera em regime de colegiado) não estão “... sujeitas a revisões de outras instâncias administrativas e só podem ser contrariadas por decisão judicial” (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 239).

³¹⁴ Dispõe o parágrafo 1º do art. 4º da Lei n. 9.427/ 96: “O decreto de constituição da ANEEL indicará qual dos diretores da autarquia terá a incumbência de, na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar, e solucionar as reclamações dos usuários.

feitas sugestões ou reclamações perante a *ouvidoria*³¹⁵. Ao contrário da agência reguladora das telecomunicações, a Lei n. 9.427/ 96 não prevê um *conselho consultivo* onde os usuários podem ter uma representação mais significativa, visto que disposta *no âmbito da agência*. Em que pese esta constatação, cabe destacar a vedação ao exercício de cargo na agência, em caso de vínculo com empresa concessionária (cargo, participação como acionista, etc.).

De uma certa forma, e em que pese a realidade da falta de *autonomia política* da agência, a vedação ao exercício de cargos na mesma em função de vínculo com empresas concessionárias, não deixa de ser um meio para impedir que o poder econômico dessas empresas prevaleça sobre a vulnerabilidade dos consumidores³¹⁶.

3.2.7. Prestador de serviço público como consumidor de energia elétrica

Abrindo um pequeno parêntese no objetivo central do trabalho, é interessante citar a disposição do art. 17 e parágrafo único da Lei n. 9.427/ 96³¹⁷. A norma jurídica em questão trata de um prestador de serviço público essencial (ou não- essencial) que, sendo também *consumidor de energia elétrica*, não pagou a tarifa referente à prestação desse serviço³¹⁸.

³¹⁵ A estrutura da ANEEL prevê sistema de consultas e audiências públicas, onde os consumidores poderão se manifestar perante à agência. A relação do número de consultas e audiências públicas já realizadas pela agência, encontra-se no site da ANEEL: www.aneel.gov.br. O instrumento da audiência pública está previsto no parágrafo 3º do art. 4º da Lei n. 9.427/ 96: “O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”. A audiência pública é espaço de manifestação dos consumidores, mas necessita da vontade dos diretores da agência. De qualquer forma, merece ser mencionado como meio para o consumidor lutar por seu direito a uma *adequada e eficaz prestação do serviço público* de energia elétrica (art. 6º, X do CDC).

³¹⁶ Assim como a agência reguladora de energia elétrica, a ANATEL também prevê vedação ao exercício de cargo específico na agência (membros do Conselho Diretor) em virtude de vínculo ou interesse direto ou indireto em empresa relacionada com telecomunicações (art. 28 e parágrafo único da Lei n. 9.472/ 97).

³¹⁷ Dispõe o art. 17, *caput* da Lei n. 9.427/ 96: “A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual”; dispõe o parágrafo único: “O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida”.

³¹⁸ É importante lembrar que a essencialidade de uma atividade é reconhecida através da lei. No Brasil, as atividades essenciais, i. é., aquelas cuja prestação não pode ser totalmente interrompida em caso de greve, estão elencadas no art. 10 da Lei n. 7.783/ 89.

Como visto anteriormente, a suspensão da prestação de serviço público pela falta de pagamento do consumidor é absolutamente correta, não se podendo invocar o princípio da *continuidade*³¹⁹. A realidade traduzida na norma jurídica é interessante, porque pode colocar, frente a frente, duas empresas concessionárias de serviços públicos – e, portanto, duas pessoas jurídicas – celebrando uma relação de consumo³²⁰.

3.2.8. A ANP, o CADE e o Banco Central como agências reguladoras federais

Além das recém criadas ANATEL e ANEEL, também foi instituída, no âmbito federal, a ANP (Agência Nacional de Petróleo) através da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Importa ressaltar, porém, que as atividades envolvendo a extração e o refino do petróleo não se enquadram no rol de atividades econômicas tidas como *serviços públicos*³²¹. Assim, em que pese a qualificação da ANP como agência reguladora, não será a mesma objeto de análise, pelo fato de que visa controlar atividades econômicas diversas daquelas prestadas sob o regime jurídico do art. 175 da CF.

Além da ANP, cabe destacar outras duas agências reguladoras, de existência muito antiga, se comparadas às recentes agências federais (ANATEL, ANEEL e ANP). São elas:

³¹⁹ Cf., *supra*, item n. 1.4.3.

³²⁰ Até o presente momento, delimitou-se o consumidor de serviço público ao cidadão, à pessoa física. Este dispositivo legal, ao contrário, traz a situação envolvendo o consumidor enquanto pessoa jurídica. De fato, a pessoa jurídica pode ser consumidor de produto ou serviço, conforme dispõe o art. 2º do CDC. Um exemplo da situação prevista no art. 17 da Lei 9.427/ 96 é a suspensão do fornecimento de energia elétrica a uma empresa concessionária de transporte coletivo.

³²¹ Segundo a Constituição (art. 177) a pesquisa, lavra e refino do petróleo, bem como a pesquisa e lavra de gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e ainda a importação e exportação de produtos e derivados básicos do petróleo e do gás natural, fazem parte do rol de atividades econômicas prestadas sob o regime de *monopólio estatal*. Pela Constituição o monopólio pertence apenas à União, não se estendendo assim aos Estados- membros e Municípios. Em que pese o dispositivo constitucional, o processo de privatização das atividades econômicas atingiu diretamente o conteúdo do art. 177 da CF. Ou seja, as atividades referentes à extração do petróleo foram privatizadas, restando apenas o refino como atividade de monopólio estatal. Mesmo com a privatização, desqualifica-se a extração do petróleo como um *serviço* (público) por dois motivos: 1º) porque o objetivo imediato dessa atividade não consiste em proporcionar uma *comodidade diretamente fruível pelos consumidores* (como um serviço público de telefonia, fornecimento de energia elétrica ou transporte coletivo, p. ex.); 2º) porque a privatização no setor petrolífero ocorreu da mesma forma que a privatização das atividades econômicas em sentido estrito (atividade siderúrgica, p. ex.), não estando as

o Banco Central e o CADE (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica*). O Banco Central do Brasil (BCB) desempenha, de longa data, o controle sobre a estabilidade monetária, além de fiscalizar as atividades dos bancos (públicos ou privados) no território nacional³²². Segundo Bresser Pereira, justifica-se a natureza do BCB como agência reguladora, em virtude dessas *políticas permanentes de Estado* as quais o mesmo executa³²³.

O CADE, apesar de ser qualificado como um Conselho, é, na verdade, uma agência reguladora³²⁴, pois apresenta-se sob natureza jurídica *autárquica*, vinculada ao Ministério da Justiça nos termos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e seus integrantes dispõem de mandato³²⁵. Sua tarefa principal (e permanente), consiste em preservar a efetividade do princípio da livre concorrência nas atividades econômicas. Para o desempenho dessa tarefa, recebe o auxílio da SDE (Secretaria de Direito Econômico) e da SEADE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), sendo as mesmas *órgãos* vinculados aos Ministérios da Justiça e da Fazenda, respectivamente³²⁶. Destaca-se ainda no CADE a existência de *atividade judicante*, com jurisdição sobre todo território nacional³²⁷.

Assim, ao contrário da recente ANP e do BCB, o CADE desempenha tarefa estreitamente relacionada com a prestação de serviços públicos - em especial àqueles que sofreram a incidência do processo de privatização - uma vez constatada a existência de um ambiente competitivo entre as prestadoras privadas. Ou seja, a complementaridade entre os princípios da *defesa do consumidor* e da *livre concorrência* (art. 170, IV e V da CF) é fator decisivo no equilíbrio das relações de consumo de serviços públicos, uma vez que a

empresas privadas submetidas a contratos de concessão (como estão submetidas as novas prestadoras privadas de serviços públicos).

³²² A atividade do BCB como agência reguladora não tem interesse para este estudo, visto que as atividades bancárias não são *serviços públicos*, mas, quando prestadas pelo Estado, *atividades econômicas em sentido estrito* (art. 173 da CF) e quando prestadas por bancos privados, *serviços privados*.

³²³ PEREIRA, 1998(c), p. 227.

³²⁴ Segundo Fernando Aguillar existe uma notável distinção entre conselhos e agências de forma geral: "Normalmente os conselhos têm atuação pontual e operam apenas quando convocados para deliberar. Mesmo quando funcionem em caráter permanente, o que é excepcional, seus integrantes não deixam de exercer outras funções na esfera pública ou privada. Já as agências estatais operam em caráter permanente e possuem um corpo de funcionários especialmente dedicados a essa atividade" (Cf. AGUILLAR, 1999, p. 226-227).

³²⁵ *Idem*, p. 283.

³²⁶ *Idem*, p. 282-283.

³²⁷ *Idem*, p.282.

competição entre as empresas estimula investimentos na qualidade desses serviços, além da cobrança de tarifas módicas. Por fim, preserva-se o direito dos consumidores à sua *liberdade de escolha*.

3.2.9. O papel da AGERGS no Rio Grande do Sul e a criação do Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos

Ao contrário das agências reguladoras federais, que são direcionadas para um setor específico de serviços, as agências *estaduais* são, por via de regra, genéricas, assumindo a tarefa de controlar a prestação das mais variadas atividades (econômicas e não econômicas)³²⁸. Quanto à prestação de serviços públicos, cabe destacar a criação e as atribuições da AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul), inserida no âmbito da Lei estadual n. 11.075, de 6 de janeiro de 1998, sendo esta a responsável pela instituição do chamado *Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos* (o qual se achou por bem denominar COESQ)³²⁹.

O COESQ se destina a disciplinar as formas de controle da *qualidade* dos chamados *serviços de natureza pública* (art. 1º), em especial, nos setores de: a) energia elétrica; b) águas e esgotos; c) telecomunicações; d) saúde pública; d) educação básica; e) segurança pública; f) proteção ao meio ambiente; f) transporte; g) justiça e; d) assistência social básica (art. 2º).

Por certo, o conteúdo desta lei ultrapassa em muito os objetivos deste trabalho. Em primeiro lugar, porque o conceito jurídico de serviço público consiste em atividades econômicas, e a maioria das atividades abrangidas nesta lei são, segundo a opinião assumida aqui, *funções irrenunciáveis do Estado* e não *serviços* (públicos). Em segundo

³²⁸ *Idem*, p. 232.

³²⁹ A Lei n. 11.075/ 98 não instituiu a AGERGS, mas apenas o COESQ. De fato, a agência reguladora estadual foi criada pela Lei n. 10.931, de 9 de janeiro de 1997, e teve sua estrutura definida pela Lei n. 10.942, de 26 de março de 1997. Posteriormente, ambas as leis foram atualizadas pela Lei n. 11.292, de 23 de dezembro de 1998. Estas e outras informações sobre a AGERGS podem ser encontradas no Site da agência: www.agergs-rs.gov.br.

lugar, porque além da AGEGRS, o COESQ prevê ainda, como órgão regulador das *funções irrenunciáveis do Estado*, a Secretaria de Coordenação e Planejamento. Assim, o âmbito de análise ficará restrito apenas ao controle, pela AGERGS, dos *serviços* (e não *funções*) de natureza pública.

Assim, o art. 3º prevê as duas formas pelas quais será realizado o controle da prestação dos serviços públicos: *a) por indicadores de desempenho; b) por consultas científicas aos usuários*. Os indicadores de desempenho representam um meio de efetivar o princípio constitucional da *eficiência administrativa* (art. 37, *caput* da CF) na prestação de serviços e funções públicas. Traduzem, assim, a tendência atual da *reforma administrativa* de cunho *gerencial*, na qual o Estado descentraliza ou delega a prestação das atividades econômicas (e mesmo as não-econômicas) e torna-se *gestor*, controlador das mesmas³³⁰.

O Código Estadual prevê a possibilidade dos consumidores interferirem na elaboração dos indicadores de desempenho, através dos parágrafos 1º e 2º do art. 4º³³¹. Tem-se assim as chamadas *consultas científicas aos usuários*, as quais se processarão segundo o sistema de *Cadastro de Usuários Voluntários (CUV)*. Por este sistema, todo cidadão maior de idade e residente no Rio Grande do Sul, receberá informações periódicas sobre o controle dos indicadores de desempenho feito pela AGERGS (art. 5º, *caput*)³³². Destaque-se o fato de que estes cidadãos (consumidores) poderão *votar* nos índices e metas

³³⁰ Uma das marcas mais sentidas desta nova mentalidade administrativa é a criação do já citado *contrato de gestão*, no qual deverão estar dispostos as metas, os *indicadores de desempenho* a serem perseguidos e alcançados tanto pelas agências executivas, quanto pelas organizações sociais (as quais, como se viu, ficam responsáveis pelo desempenho de certas *funções irrenunciáveis do Estado*). Voltando ao COESQ, cabe observar que ao longo de quase todo o seu texto estão definidos os indicadores de desempenho das atividades arroladas no art. 2º. Sobre os *serviços* (e não *funções*) de natureza pública, o Código está disposto da seguinte forma: arts. 10 e 11 (serviços de energia elétrica); arts. 12 e 13 (serviços de abastecimento e fornecimento de água); arts. 14 e 15 (serviços de telecomunicações) e arts. 31 e 32 (serviços de transporte coletivo). As atividades que não foram citadas (saúde pública, educação básica, segurança pública, proteção ao meio ambiente, justiça e assistência social básica) são *funções irrenunciáveis do Estado* e não *serviços públicos*.

³³¹ Dispõe o parágrafo 1º do art. 4º do Código Estadual: “As metas dos indicadores serão elaboradas pela AGERGS e pela Secretaria da Coordenação e Planejamento para períodos de quatro anos, com revisões anuais obrigatórias”; dispõe o parágrafo 2º: “Fará parte da aferição de que trata o ‘caput’ do artigo 3º consulta anual com os usuários dos serviços públicos”.

³³² Dispõe o art. 5º, *caput* do Código Estadual: “É obrigatório facultar a todo cidadão residente no Rio Grande do Sul, maior de idade, fazer parte do Cadastro de Usuários Voluntários interessados em participar dos assuntos de serviços públicos de que trata esta Lei. Esses voluntários receberão periodicamente informações dos andamentos dos trabalhos pertinentes a esta Lei. Em contrapartida, prestarão informações periódicas sobre a qualidade dos serviços de que forem usuários”.

estabelecidos pela agência estadual, e ainda poderão *propor* a formulação de novos indicadores e metas (art. 5º, parágrafo 1º)³³³.

Quanto ao trabalho dos *prestadores*, o arts. 7º e 8º dispõem sobre as *premiações* concedidas àqueles que atingirem os melhores índices, segundo as metas previstas nos indicadores de desempenho³³⁴. Não obstante, o art. 9º dispõe sobre a aplicação de *sanções* àqueles que infringirem as normas previstas neste Código³³⁵.

A atuação da AGERGS no controle da qualidade dos serviços públicos prestados no Rio Grande do Sul ganha, assim, reforço incontestado com a criação do COESQ e a implementação do CUV. Os consumidores poderão, diretamente, por carta ou mesmo através da Internet, atuar diretamente no controle da qualidade dos serviços prestados, interferindo nas decisões da agência reguladora estadual³³⁶.

De fato, e parafraseando Miguel Reale, entende-se que as facilidades e a rapidez no processamento das informações contribuem para que *o mundo da informática esteja cada*

³³³ Dispõe o parágrafo 1º do art. 5º do Código Estadual: “Os usuários voluntários referidos no ‘caput’ deste artigo votarão nos índices e metas estabelecidos neste código, bem como poderão propor para apreciação da AGERGS e da Secretaria da Coordenação e Planejamento a formulação de novos indicadores e metas”.

³³⁴ Dispõe o art. 7º do Código Estadual: “A Assembléia Legislativa distinguirá anualmente com premiação honorífica as equipes de profissionais e os prestadores de serviços que se destacarem por atingir os dez melhores padrões de desempenho do Rio Grande do Sul”; dispõe o art. 8º: “O Poder Executivo premiará com cursos de aperfeiçoamento técnico no exterior os profissionais (escolhidos com base nos relatórios da AGERGS e da Secretaria da Coordenação e Planejamento) com desempenhos superiores à média dos cinco países com os melhores padrões internacionais”.

³³⁵ Dispõe o art. 9º do Código Estadual: “Às infrações das normas deste código, não penalizadas especificamente pela Lei Federal n. 8.078, de 11 setembro de 1990, serão aplicadas multas estabelecidas em lei específica”

³³⁶ No serviços de energia elétrica a AGERGS enfrenta problema semelhante ao da ANEEL (Cf., *supra*, item 3.2.6 – nota n. 312). Ocorre que no âmbito da agência estadual “... além da participação de técnicos que pertenciam às empresas de energia elétrica, muitos funcionários foram nomeados politicamente, sem o adequado conhecimento dos serviços que devem ser fiscalizados e regulados” (Cf. LOTERO, Roberto C. *Op. cit.*, p. 216). O autor destaca os conflitos entre as empresas concessionárias e as *cooperativas de eletrificação rural*: “Estas últimas possuem um enorme poder político no Rio Grande do Sul e agem dessa forma na AGERGS e na Assembléia Legislativa do estado através do *lobby* formado pela bancada ruralista. Por outro lado, as empresas concessionárias privadas dispõem de mais informação e de poder econômico e, conseqüentemente, conseguem impor suas idéias na justiça” (*Idem, ibidem*). Não obstante os problemas de ordem política, a existência da AGERGS e do COESQ como espaço institucionalizado de participação dos consumidores é incontestado. Os problemas aqui apresentados podem e devem ser solucionados para que haja um quadro isonômico no tratamento dos interesses conflitantes entre consumidores e empresas privadas.

vez mais relacionado ao mundo de uma democracia participativa³³⁷. O Rio Grande do Sul avança no sentido de incentivar a atuação dos consumidores na defesa de seus direitos, fazendo com que os mesmos exerçam plenamente uma parcela significativa da cidadania.

3.2.10. Relação entre a AGERGS e as agências reguladoras federais

A AGERGS, como agência reguladora estadual, atua de forma generalizada e, por esta razão, acaba exercendo também o controle sobre serviços públicos cuja regulação possui competência federal nas agências como a ANATEL e a ANEEL. Desta feita, o controle sobre a prestação dos serviços de telecomunicações de energia elétrica cabe a agências reguladoras de distintas esferas federativas, podendo ocorrer interesses conflitantes entre essas.

Por certo, tais conflitos de interesse não teriam fácil solução, se não fosse por um detalhe: sendo esses serviços de competência da União (art. 21, XI e XII, *b* da CF), a atuação da AGERGS deverá ser *subsidiária* à atuação das agências federais. Ou seja, a agência estadual deverá complementar (auxiliar) os trabalhos das agências federais e não poderá tomar decisão alguma que contrarie as decisões dessas.

Nos serviços de telecomunicações, p. ex., o art. 19, parágrafo único do Decreto n. 2.338/ 97 (Regulamento da ANATEL) deixa claro que a agência federal terá prioridade no controle da prestação dos serviços de telecomunicações, sendo que outras entidades ou órgãos atuarão de forma *supletiva*. Cabe à ANATEL, inclusive, a aplicação das *sanções administrativas* previstas no CDC³³⁸. Nos serviços de energia elétrica a *descentralização do controle sobre a prestação dos serviços* será feita por *convênio de cooperação* entre a

³³⁷ REALE, 1996, p. 19.

³³⁸ Dispõe o parágrafo único do art. 19 do Decreto n. 2.338/ 97: "A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX e XI da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990".

União e os Estados-membros (art. 20 da Lei n. 9.427/96)³³⁹, sendo que a ANEEL deverá acompanhar e avaliar permanentemente a atuação dos órgãos ou entidades estaduais (art. 20, parágrafo 3º)³⁴⁰.

Em suma, no controle sobre a prestação de serviços públicos, cuja regulação já seja objeto de agência federal, a atuação da AGERGS, e do próprio COESQ, encontra limites no poder decisório daquela. Não obstante a importância dos institutos gaúchos, fica clara a relação de *subsidiariedade* da agência estadual em relação às agências federais³⁴¹.

3.3. A nova Lei de Participação e Defesa dos Usuários

No intuito de fortalecer o já existente *regime jurídico dos usuários (consumidores) de serviços públicos* no Brasil (CDC, Lei 8.987/95 e demais leis regulamentadoras da prestação de serviços públicos), a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, em seu art. 27, determinou que o Congresso elaborasse *Lei de Participação e Defesa dos Usuários*³⁴². O texto constitucional, por sua vez, refletiu a exigência da Emenda no parágrafo 3º do art. 37³⁴³, mas a mencionada LPDU ainda não existe³⁴⁴.

³³⁹ Dispõe o art. 20 da Lei n. 9.427/96: “Sem prejuízo do disposto na alínea b do inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, a execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica poderá ser descentralizada pela União para os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio de cooperação”.

³⁴⁰ Dispõe o art. 21 da Lei n. 9.427/96: “Na execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica, a unidade federativa observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais”; dispõe o parágrafo 1º do art. 21: “As normas de regulação complementar baixadas pela unidade federativa deverão se harmonizar com as normas expedidas pela ANEEL”.

³⁴¹ Quanto aos serviços de energia elétrica, destaca-se a criação da Portaria n. 466, de 12 de novembro de 1997, expedida pelo antigo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE). Patrocinada pela ANEEL, a Portaria tem o objetivo de regulamentar as condições *gerais* de fornecimento de energia elétrica em todo o país. Mais do que isso, a Portaria constitui-se em importante instrumento jurídico de proteção dos consumidores de serviços públicos contra o poder das empresas concessionárias. Quanto à atuação da AGERGS no setor, está baseada no *convênio de cooperação* firmado com a ANEEL. Ou seja, a AGERGS poderá controlar o setor de energia elétrica no Rio Grande do Sul, mas suas decisões não poderão contrariar as disposições da ANEEL. Estas e outras informações estão no site da AGERGS: www.agergs-rs.gov.br.

³⁴² Dispõe o art. 27 de EC n. 19/98: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos”.

³⁴³ Dispõe o parágrafo 3º do art. 37 da CF: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta ou indireta, regulando especificamente: I- as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II- o acesso dos usuários a registros

Não obstante, já existem dois projetos de lei, cujos textos apresentam poucas divergências entre si. Ante sua juridicidade incontestada³⁴⁵, estes textos normativos devem ser analisados. Entretanto, tal análise deve ser cuidadosa e crítica, visto que do seu conteúdo poderá surgir a nova LPDU³⁴⁶.

3.3.1. Abrangência da LPDU e o conceito de serviços públicos

O art 1º de ambos os projetos apresenta logo a primeira divergência, a qual diz respeito ao âmbito de validade da sobredita lei. Assim, para o Anteprojeto de Lei a LPDU alcançará apenas a Administração Pública Federal, ao passo que para o Projeto Celso Russomano a Lei dos Usuários deverá alcançar, também, a Administração Pública dos Estados- membros e municípios³⁴⁷. Se a LPDU pretende dispôr apenas sobre a proteção e

administrativos e a informações sobre atos de governo, observando o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III- a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”

³⁴⁴ A importância da LPDU pode ser sintetizada na observação de Juarez Freitas: “Sem dúvida, de outra parte, convém ampliar a possibilidade de uma participação intensa do usuário na prática fiscalizatória (...) Ora, o conceito de serviço adequado, ainda que genérico e indeterminado, é justamente aquele constante no art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/ 95, mas requer, para a sua determinação, o papel do consumidor, não apenas atuando de maneira coadjuvante, mas tendo acesso a todos os dados concernentes à execução do serviço (...) Falta, todavia, a não menos urgente disciplina do referido acesso e a criação dos instrumentos objetivos de participação do processo fiscalizatório (regulamentação também exigida pela Emenda n. 19/98)” (Cf. FREITAS, 1998, p. 158).

³⁴⁵ A *juridicidade* destes projetos reforça a intenção de analisá-los da forma como estão hoje redigidos. Pois, como bem observou Del Vecchio “... nem todo o Direito é necessariamente positivo. Uma proposição jurídica é-o logicamente antes de se tornar positiva, e também depois de ter cessado a sua positividade. Um projeto de lei, por exemplo, ainda não é direito positivo; contudo possui já a forma do Direito, a forma da juridicidade” (Cf. DEL VECCHIO, 1979, p. 403).

³⁴⁶ As últimas informações obtidas sobre a tramitação dos projetos são as de que os mesmos ainda não se encontram em discussão para votação, nem na Câmara dos Deputados, nem no Senado Federal. Ao que parece, um dos textos está na Casa Civil da Presidência da República e o outro, na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, da Câmara dos Deputados. Um dos projetos – que, na verdade, é um Anteprojeto de Lei – foi elaborado por iniciativa do Governo Federal, e o segundo projeto, pelo Deputado Federal Celso Russomano (PPB - SP). O acesso aos textos dos projetos de lei – é bom que se registre – não teria sido possível sem a colaboração do Deputado Federal Fernando Marroni (PT- RS) o qual, uma vez solicitado sobre a existência dos projetos e sobre a possibilidade de obtê-los para a realização desta pesquisa, prontamente se dispôs a enviá-los a este pesquisador.

³⁴⁷ Dispõe o art. 1º do Anteprojeto de Lei: “Esta lei estabelece normas gerais sobre o regime de participação e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, no exercício da função administrativa, diretamente ou sob o regime de concessão, permissão ou autorização”. Dispõe o art. 1º do Projeto Celso Russomano: “Esta lei estabelece normas gerais sobre o regime de participação e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela administração direta e indireta de

participação de usuários dos serviços públicos elencados no art. 21 da CF (serviços de competência da União), então deverá prevalecer a redação do Anteprojeto de Lei. Ao contrário, se esta lei pretende dispôr sobre o regime jurídico *geral* dos usuários (abrangendo também os serviços públicos elencados nos arts. 25, parágrafos 1º e 2º, e 30, V da CF) então deverá prevalecer a intenção do Projeto Celso Russomano.

Ocorre que o próprio conceito de serviço público é tratado – neste caso, em ambos os textos – de forma abrangente, desconsiderando-se a noção de *função irrenunciável do Estado* em prol da antiga noção de ‘serviços públicos *não-econômicos* ou serviços públicos puramente administrativos (*uti universi*)’³⁴⁸. O art. 1º de ambos os textos mostra claramente a intenção de criar uma LPDU, que disponha sobre a proteção e participação de consumidores (de serviços públicos) e de usuários ou contribuintes (das funções irrenunciáveis)³⁴⁹. Segundo a linha de raciocínio adotada pelo trabalho, a lei em questão não se refere apenas aos usuários (consumidores) de serviços públicos, mas também aos *usuários* (contribuintes ou não) das *funções irrenunciáveis do Estado*.

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da função administrativa, diretamente ou sob o regime de concessão, permissão ou autorização”. Em ambos os textos há o equívoco – cometido aliás, pelo próprio legislador constituinte – de considerar a *autorização* como forma de delegação da prestação de serviços públicos. Conforme foi demonstrado anteriormente (item 1.3.5) a autorização não pode ser forma de delegação da prestação de serviço público porque o beneficiário da autorização é, também, o único usuário da atividade autorizada pela Administração Pública.

³⁴⁸ Da mesma forma que o Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos confunde as funções (não-econômicas) com serviços (econômicos), o Anteprojeto e Projeto de Lei abrangem o conceito de serviço público, conformando-se com a tradicional classificação doutrinária entre serviços públicos econômicos e puramente administrativos, o que, para a posição adotada neste trabalho, é um equívoco.

³⁴⁹ Seguindo o conceito jurídico de serviço público adotado até o presente momento, tais serviços (atividades econômicas) não são prestados pela Administração Pública direta, mas apenas pela indireta ou pela iniciativa privada, mediante concessão ou permissão. O que a Administração Pública direta tende a prestar são as *funções irrenunciáveis*, embora estas possam ser prestadas também pela Administração Pública *indireta* (Cf. item 1.4.2.). Desta feita, quando o art. 1º estabelece que a LPDU irá dispor sobre o regime dos usuários “... dos serviços públicos prestados pela administração direta e indireta (...) diretamente, ou por concessão, permissão ou autorização”, está adotando um conceito amplo de usuário, onde os consumidores de serviços públicos estão inseridos como espécie. Trata-se, portanto, de lei sobre a participação e defesa dos usuários de *atividades públicas* (*serviços públicos e funções irrenunciáveis*).

3.3.2. O serviço público adequado e os momentos onde se inscreve a participação dos usuários

O conceito de serviço público adequado é aquele extraído do já citado parágrafo 1º do art. 6º da Lei das Concessões e Permissões. Em ambos os textos dos projetos de lei sobre a LPDU estão expostos: *a) os princípios relativos à adequada prestação (art. 3º); b) a participação dos usuários no planejamento, fiscalização da execução e avaliação dos serviços como fundamento de uma adequada prestação (art. 4º e parágrafo único)*³⁵⁰.

Neste sentido, a futura LPDU vem complementar o conceito de serviço público adequado, exigindo a participação efetiva dos consumidores como meio de garantir ainda mais a adequação na prestação desses serviços.

3.3.3. Os direitos e deveres dos usuários e outras disposições

Os usuários não poderiam participar dos processos envolvendo a prestação de serviços públicos se a lei silenciasse acerca de seus direitos e deveres perante os prestadores (públicos ou privados). Assim, os arts. 6º e 9º, de ambos os textos dos projetos, dispõem sobre os direitos e deveres, respectivamente. Quanto ao rol de direitos e deveres, não há muitas alterações em face das legislações anteriores (Lei n. 8.987/ 95, Lei n. 9.427/ 96, Lei n. 9.472/ 97, etc.)³⁵¹

³⁵⁰ Dispõe o art. 3º: “Os serviços públicos serão prestados de forma adequada ao pleno atendimento do usuário, obedecendo aos princípios da generalidade, cortesia, transparência, regularidade, continuidade, segurança, atualidade e, quando cabível, modicidade das tarifas”. Dispõe o art. 4º, *caput*: “Para a adequada prestação dos serviços públicos é indispensável a participação do usuário no planejamento, execução e fiscalização dos serviços, cabendo às pessoas de direito público e as de direito privado assegurar os meios necessários ao seu exercício”. Dispõe o parágrafo único do art. 4º: “Consideram-se meios necessários ao exercício da participação: I- livre acesso às informações referentes ao planejamento, execução, fiscalização, avaliação, custo, segurança, duração, eficácia, normas legais, regulamentares e, quando cabíveis, contratuais que regulam a execução do serviço; II- acesso direto e facilitado do usuário: a) ao órgão ou responsável pela execução do serviço; b) ao órgão ou entidade a que o executor do serviço estiver vinculado ou subordinado; c) ao Serviço de Atendimento do Usuário, à Comissão de Avaliação e ao Conselho Nacional de Serviço Público, nos termos desta lei; III- registro gratuito, sem requisitos formais e mediante entrega de recibo, de sugestões e críticas sobre o serviço prestado e a forma de sua execução”.

³⁵¹ Quanto à redação do art. 6º, *caput* há, também, uma pequena divergência entre os dois textos. Enquanto o Anteprojeto de Lei dispõe que “São direitos do usuário:”, o Projeto Celso Russomano acrescenta ainda o

No art. 7º, por sua vez, encontra-se importante disposição, referente à *relação de subsidiariedade* da lei em questão com o Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, o CDC será aplicado a esta lei naquilo que não contrariar o conteúdo da mesma³⁵². O art. 8º, por sua vez, reproduz a regra da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública, tanto pela má prestação de *serviços* (atividades econômicas), quanto pela má prestação de *funções* (atividades não-econômicas) públicas³⁵³. Por fim, o art. 10 trata dos entes legitimados para exercer a participação no controle da prestação dos serviços (e funções) públicos³⁵⁴.

3.3.4. Os meios institucionais de participação dos usuários na LPDU

Da mesma forma que os consumidores dos serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações podem participar, diretamente ou indiretamente, da estrutura das agências reguladoras, ambos os textos dos projetos da LPDU dispõem sobre a criação de

seguinte: "...sem prejuízo de outros decorrentes de tratado, convenções, leis, atos e contratos". A redação do segundo texto parece mais acertada, visto que está em harmonia com o disposto no art 7º, *caput* do CDC: "Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais (...) da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade".

³⁵² Dispõe o art. 7º : "Aplica-se subsidiariamente a esta lei o contido na Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, em especial os dispositivos que tratam: I- dos direitos básicos do consumidor; II- da proteção ao consumidor e reparação dos danos; III- da responsabilidade do fornecedor de serviços; IV- das práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas".

³⁵³ Dispõe o art. 8º: "Os prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem ao usuário, a terceiros e, quando for o caso, ao Poder Público, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". A expressão 'serviços públicos', nunca é demais repetir, está sendo empregada de forma ampla, conforme o entendimento tradicional sobre o conceito de serviços públicos. Assim, a responsabilidade civil objetiva diz respeito tanto aos serviços, quanto às funções públicas. A redação do texto deveria ser modificada para: "Os prestadores de serviços e *funções públicas* responderão pelos danos...".

³⁵⁴ Aqui, a análise comparativa entre os dois textos aponta mais uma pequena divergência. Enquanto o Anteprojeto menciona que, além do usuário individualmente considerado, está também legitimada "... a entidade legalmente constituída há mais de *dois anos*, e que inclua entre seus objetivos institucionais a defesa dos interesses e direitos estabelecidos nesta lei" (grifamos); o Projeto Celso Russomano considera que essa mesma entidade associativa deve estar constituída há pelo menos *um ano*. Esta última redação parece ser, novamente, a mais acertada, visto que está em harmonia com o art. 82, IV do CDC (legitimados para a defesa coletiva em juízo dos consumidores) que considera as associações civis como legitimadas, desde que estejam constituídas há pelo menos *um ano*. Sobre a defesa coletiva dos consumidores, poderá soar estranho o silêncio do art. 10 acerca da legitimação do Ministério Público. Entretanto, sua participação está implícita no já citado

mecanismos institucionais de participação dos usuários (consumidores de serviços públicos e usuários das funções irrenunciáveis).

O primeiro destes mecanismos é o *Conselho Nacional de Serviço Público (CNSP)*, o qual, de acordo com o exposto no art. 11, pretende ser um *conselho consultivo geral*, com estrutura bem semelhante a do conselho consultivo da ANATEL³⁵⁵. O art. 15 dispõe sobre as *Comissões de Avaliação*, as quais distinguem-se do *Conselho* pela periodicidade: as *Comissões* serão constituídas somente no período da avaliação da qualidade dos serviços³⁵⁶. Por fim, o art. 16 dispõe sobre as *Ouvidorias de Defesa do Usuário*, as quais deverão estar subordinadas ao CNSP, responsável pela indicação do ouvidor que será nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, tendo aquele, mandato de dois anos (art. 17)³⁵⁷.

Segundo estes projetos, a LPDU deverá dispor ainda sobre os *Serviços de Atendimento ao Usuário*, os quais funcionarão no âmbito dos prestadores (públicos ou privados, cabendo ao Estado e aos consumidores e usuários "... o dever de fiscalizar a

art. 7º, II de ambos os textos (relação de subsidiariedade entre a LPDU e o CDC quanto à *proteção ao consumidor e reparação de danos*).

³⁵⁵ Dispõe o art. 11: "Fica criado, no âmbito da União, o Conselho Nacional de Serviço Público, órgão consultivo do Poder Executivo, com a finalidade de formular e fiscalizar as políticas gerais e setoriais de prestação dos serviços públicos". A diferença deste Conselho Nacional para o Conselho da ANATEL está na composição dos membros. Enquanto este prevê a participação da AP, concessionárias e usuários e sociedade (representação técnica) na mesma proporção (25% para cada representação), o Conselho a ser criado pela LPDU (art. 11, parágrafo 1º) dispõe que AP e concessionárias terão 25%, ao passo que os usuários terão 50% (sendo os usuários representados pelas associações civis constituídas há um (ou dois) anos pelo menos).

³⁵⁶ Dispõe o art. 15: "A qualidade dos serviços e a observância dos direitos e princípios estabelecidos nesta lei serão periodicamente avaliados, externa e internamente, pelo prestador do serviço e por uma Comissão de Avaliação especialmente constituída para este fim...". Prosseguindo, o inciso I do art 15 dispõe sobre a composição das Comissões (50% para os prestadores – públicos ou privados – e 50% para as associações representativas dos usuários); o inciso II do art. 15 define o *mandato de dois anos* para os membros da Comissões; o inciso III, define que os membros das Comissões terão remuneração; o parágrafo 1º, por fim, define que avaliação terá periodicidade anual "...devendo ser publicada e amplamente divulgada pelo prestador de serviço...".

³⁵⁷ Dispõe o art. 16: "Fica criada, no âmbito da União, a Ouvidoria de Defesa do Usuário de Serviço Público, órgão subordinado ao Conselho Nacional de Serviço Público"; dispõe o art. 17: "O Ouvidor será indicado pelo Conselho Nacional de Serviço Público e nomeado pelo Presidente da República, após arguição e aprovação pelo Senado Federal, com mandato de dois anos, permitida a recondução". O sistema de ouvidorias da LPDU associa-se ao sistema de ouvidorias da ANATEL e da ANEEL, bem como das ouvidorias existentes no âmbito das agências reguladoras estaduais (em especial, a AGERGS). As atribuições do ouvidor na LPDU (art. 18) também são semelhantes às atribuições relativas às legislações das agências reguladoras.

adequação e eficiência do atendimento” (art. 12)³⁵⁸. Destaque-se o fato de que os *serviços de atendimento* estarão vinculados às *comissões de avaliação*, na medida em que os prestadores deverão encaminhar a essas, relatórios anuais sobre suas atividades (art. 14)³⁵⁹

Existem outras normas jurídicas nos textos dos projetos sobre a LPDU que, no entanto, não possuem relação direta com o objetivo central do trabalho e, por isso, não serão objeto de análise.

3.3.5. A LPDU e a efetividade das legislações anteriores

A LPDU surge como sistema normativo tendente a disciplinar a participação dos consumidores de serviços públicos (e usuários das funções irrenunciáveis do Estado) no planejamento, execução e, principalmente, na fiscalização da qualidade desses serviços (e dessas funções) de titularidade estatal.

No entanto, os meios institucionais que ela pretende introduzir podem conflitar com os meios já existentes no campo da regulação dos serviços públicos privatizados. Em outros termos, os conselhos, comissões ou ouvidorias da LPDU são idéias que reproduzem, de certa forma, a experiência dos conselhos, comissões e ouvidorias no âmbito das agências reguladoras federais e estaduais. Neste sentido, há que se discutir até que ponto a aplicação de uma lei que pretende abranger *todos os serviços públicos*, não é prejudicial à aplicação de legislação sobre a prestação de *um serviço público específico*. Em que medida o *Conselho Nacional de Serviço Público* poderá prejudicar, p. ex., a atuação do Conselho Consultivo da ANATEL? Ou, em que medida a Ouvidoria prevista na LPDU poderá prejudicar a atuação das Ouvidorias da ANEEL e AGERS ?

³⁵⁸ Dispõe o art. 12: “Os prestadores de serviços públicos manterão Serviço de Atendimento ao Usuário, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de fiscalizar a adequação e eficiência do atendimento”.

³⁵⁹ Dispõe o art. 14: “Os Serviços de Atendimento ao Usuário encaminharão anualmente relatório circunstanciado de suas atividades às Comissões de Avaliação previstas no artigo 15 desta lei”.

Estas dúvidas são pertinentes se for observado o art. 2º, parágrafo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil³⁶⁰. Tratando-se de leis *hierarquicamente iguais*, há que se considerar a possibilidade de conflito entre a lei posterior (LPDU) e as leis anteriores (leis regulamentadoras da ANATEL, ANEEL e AGERGS). Saíndo, porém, do plano jurídico das *antinomias*, uma opinião pode ser formulada com base no critério do bom senso. Assim, se existem meios institucionais de participação dos consumidores que dizem respeito ao controle da prestação de serviços públicos *específicos* (*energia elétrica, p. ex.*), deve-se priorizar a atuação destes meios a outros, de caráter genérico³⁶¹.

Outro aspecto importante: a Lei n. 9.427/ 96 (ANEEL), em seu art. 4º, parágrafo 3º, dispõe sobre a necessidade de uma *audiência pública* em caso de projeto de lei que vise afetar os direitos dos agentes econômicos e consumidores do setor elétrico. Seria a elaboração da LPDU motivo para a aplicação do mencionado dispositivo legal ? Estas e outras questões são propostas como desafio aos operadores e intérpretes do Direito, em face das modificações ocorridas na prestação e fiscalização dos serviços públicos no Brasil.

Assim, enquanto a sobredita lei não entra em vigor, cabe discutir a sua importância no auxílio à defesa dos interesses dos consumidores de serviços públicos. A análise deste trabalho não tem a pretensão de assumir um posicionamento definitivo sobre o assunto, mesmo porque os textos destes projetos poderão sofrer algumas, senão muitas, modificações.

Da forma como estão redigidos, no entanto, é de se louvar: a) o incentivo à prática associativa dos consumidores para a composição do *Conselho Nacional de Serviço Público* e para as *Comissões de Avaliação* (art. 10, III)³⁶²; b) a menção expressa da relação entre a

³⁶⁰ Dispõe o art. 1º, parágrafo 2º da LICC: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

³⁶¹ *A priori*, pode-se afirmar, p. ex., que o Conselho Consultivo da ANATEL deve ser priorizado em relação ao Conselho Nacional de Serviço Público da futura LPDU. Havendo, no entanto, possibilidade de ambos coexistirem de forma a aumentar ainda mais a participação dos vulneráveis consumidores na defesa de seus direitos, não há porque descaracterizar o órgão administrativo da LPDU como reforço ao regime jurídico da tutela dos consumidores de serviços públicos.

³⁶² Há muito tempo já se discute a fraca consciência da sociedade brasileira quanto à prática associativa na defesa de seus direitos, sejam estes de ordem individual, coletiva ou difusa. Sobre o tema, v. COMPARATO, 1976, p. 103.

LPDU e o CDC (art. 7º); c) no Projeto Celso Russomano, a menção de que a LPDU abrange a Administração Pública da União, Estados e Municípios (art. 1º).

Resta, por fim, evidenciar a importância deste complexo sistema normativo de proteção aos direitos e estímulo à participação dos consumidores de serviços públicos na busca da concretização de um serviço público adequado (art. 6º, X do CDC c/c art. 6º, parágrafo 1º da Lei n. 8.987/95), e da preservação do direito à liberdade de escolha (art. 6º, II do CDC). Estes objetivos, por sua vez, estão fundamentados no reconhecimento dos princípios jurídicos da supremacia do interesse público, livre concorrência (art. 170, IV da CF), defesa do consumidor (art. 170, V da CF), vulnerabilidade dos consumidores (art. 4º, I do CDC) e racionalização e melhoria dos serviços públicos (art. 4º, VII do CDC).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final este trabalho, reafirma-se o seu propósito central: *a participação* (institucionalizada) *dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Para tanto, foi preciso analisar a prestação desses serviços no ordenamento jurídico brasileiro, matéria em que se adotou um posicionamento minoritário na doutrina jurídica pátria, propugnado por Fernando Herren Aguillar, no tocante ao conceito de serviço público. Em consequência, ainda de acordo com Aguillar, reafirmou-se a importância de um novo e necessário conceito, a saber, o de funções irrenunciáveis do Estado.

O posicionamento adotado no trabalho considerou o regime jurídico *administrativo* ou de *privilegio* como fator determinante para a definição do conceito jurídico de serviço público. Entendida como a lei maior do Estado, cujos preceitos normativos devem orientar o restante do ordenamento jurídico, a Constituição Federal foi considerada como o *locus* de interpretação e descoberta do sobredito conceito. Sendo assim, os adjetivos ‘público’ ou ‘privado’ devem ser adotados, tão somente, em consequência do que dispuser o texto constitucional.

A adoção desse posicionamento, escorado na interpretação lógico-sistemática do art. 175 da Constituição Federal, revelou que todo serviço público é uma espécie de atividade econômica. Entretanto, a posição adotada só pode ser plenamente sustentada em virtude de duas constatações, uma relativa à caracterização dos serviços públicos e outra sobre a respectiva inserção nas relações de consumo.

A respeito da primeira dessas constatações, tem-se como acertada a idéia de que toda prestação de um *serviço* (seja público ou privado) deve estar fundamentada na existência de um interesse ou motivação econômica. Ou seja, a atividade será considerada um serviço, se for, antes de tudo, uma atividade revestida de natureza econômica, oriunda

esta da relação de troca (prestação/contraprestação pecuniária direta) entre prestadores e usuários.

Se todo serviço (seja público ou privado) é sempre uma atividade econômica, as atividades prestadas pelo Estado em benefício do cidadão, mas que não impliquem em uma relação jurídica de natureza econômica entre Estado e cidadãos, não podem ser serviços, e sim funções. Assim, as atividades que visem efetivar os direitos fundamentais à saúde, à educação, à segurança pública, ao acesso à justiça, etc., se forem prestadas pelo Estado, são funções, e quando prestadas por particulares, serviços privados (pois, neste caso, incide a natureza econômica).

A segunda constatação refere-se à existência, no fato de se prestar um serviço público, de um vínculo obrigacional (em muitos casos, contratual) – regido por normas de direito privado – entre prestadores (públicos ou privados) e os usuários (consumidores). Esta relação jurídica recebe, atualmente, o nome de relação de consumo. Justificada está, portanto, a inserção da matéria atinente à prestação dos serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor, bem como a intenção de abordar a mesma no interior deste sistema normativo.

O reconhecimento da vulnerabilidade e da necessidade de tutelar juridicamente os consumidores reflete, dentre outras coisas, o necessário entrelaçamento entre os campos do direito público (em especial, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo) e do direito privado (em especial, o Direito das Obrigações) na garantia de interesses que podem ser, para a ordem jurídica, individuais, coletivos ou até mesmo difusos. Recepcionando regras e princípios jurídicos de direito público e privado, o Direito Econômico surge, dentre outras coisas, como o ramo da Ciência Jurídica responsável pelo estudo das normas jurídicas destinadas a disciplinar as relações econômicas (dentre as quais estão as *relações de consumo*).

O CDC inscreve-se, assim, como objeto de estudo do Direito Econômico. Não obstante o sistema normativo do Código ser composto de normas jurídicas de direito público e privado, constata-se, acima de tudo, sua função primordial no ordenamento jurídico brasileiro: *sobrepôr o interesse público ou do Estado* (defesa dos consumidores) *ao interesse privado* (interesse dos fornecedores), *equilibrando as relações de consumo*.

O CDC atua segundo uma *lógica econômica do dever ser*, subordinada aos princípios constitucionais da ordem econômica. Por esta razão, não cabe confundir a lógica econômica do Código com a dinâmica das relações de consumo. Esta, ao contrário da primeira, está vinculada a uma *lógica econômica do ser*, a qual, por sua vez, subordina-se à realidade e aos objetivos do mercado, favoráveis, na maioria das vezes, aos fornecedores.

Sendo todo e qualquer serviço uma atividade econômica cuja contraprestação se dá mediante remuneração direta pelo usuário (art. 3º, parágrafo 2º do CDC), os serviços de titularidade estatal (serviços públicos), prestados pelas pessoas jurídicas da Administração Pública indireta (a chamada execução direta), ou submetida, esta prestação, ao processo de delegação à iniciativa privada (execução indireta) serão sempre objeto de relação de consumo. A conseqüência lógica desta afirmação é a de que todo e qualquer usuário de serviço público será sempre um consumidor.

Na outra extremidade da relação de consumo, o Estado, titular da prestação desta atividade econômica, atua como empresário, i. é., oferece seus serviços aos consumidores que poderão optar por receber ou não a prestação dos mesmos. Neste sentido, há uma larga distinção entre serviços públicos e *funções irrenunciáveis do Estado*. Nestas, o Estado atua como *autoridade*, impondo apenas um modelo de atividades não econômicas, destinadas a concretizar certos direitos fundamentais dos cidadãos (saúde, educação, segurança pública, acesso à justiça, etc.). Na prestação das *funções* não há que se falar em consumidores, mas em simples usuários que, em muitos casos, podem ser equiparados aos contribuintes.

É importante lembrar que a saúde, a educação e a segurança pública só são consideradas *funções* na medida em que não está presente a motivação econômica para a prestação das atividades ligadas à efetivação desses direitos. Em outras palavras, só há funções quando tais atividades forem prestadas pelo Estado. Ao contrário, quando a iniciativa privada, com base em direito que lhe assiste, resolve auxiliar o Estado a concretizar os direitos à saúde, educação e segurança pública, a motivação econômica estará presente e não haverá funções, mas atividades empresariais (*serviços privados*).

A opção do trabalho pelo posicionamento minoritário exposto, i. é., pela alteração de conceitos reproduzidos de longa data na doutrina do Direito Administrativo, contrasta com a inexistência de uma distinção expressa entre serviços (públicos) e funções, especialmente no que se refere à responsabilidade objetiva do Estado. Ainda que de forma muito superficial, o trabalho sustentou a idéia segundo a qual a Constituição Federal deve ser modificada no intuito de aclarar a distinção entre *serviços e funções*.

A distinção entre *serviços e funções* ocorreria por meio de uma Emenda Constitucional, que se encarregaria de elaborar um novo artigo ou inciso no Título e Capítulo sobre os *princípios gerais da atividade econômica*. Este novo dispositivo legal cuidaria da responsabilidade objetiva pela má prestação de serviços públicos (atividades econômicas). O art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, por sua vez, passaria a dispor apenas sobre a responsabilidade objetiva pela má prestação das funções (atividades não-econômicas).

Além da preocupação em defender a idéia da distinção entre serviços e funções, o trabalho buscou também chamar a atenção para as implicações que o processo de privatização das atividades econômicas do Estado está trazendo para o papel do ente estatal na prestação de serviços públicos. Partindo da constatação de que a privatização envolve tão somente a transferência da execução dos serviços públicos para a iniciativa privada, percebe-se que a permanência desta titularidade desses serviços nas mãos do Estado está diretamente relacionada à ascensão dos contratos de concessão e atos de permissão, previstos no art. 175 da Constituição Federal.

Em outras palavras, o trabalho procurou demonstrar que a tendência atual na prestação dos serviços públicos pode ser explicada através do declínio da *descentralização administrativa* (execução direta, pelas pessoas jurídicas da Administração Pública indireta), em relação à ascensão do processo de delegação (execução indireta, pela iniciativa privada mediante concessões ou permissões). Esta realidade revela que o Estado tende a perder sua natureza empresarial e passa a assumir, cada vez mais, o papel do ente controlador (fiscalizador) das atividades econômicas.

Como conseqüência, tem-se duas outras tendências. A primeira tendência, diz respeito à existência um ambiente competitivo entre as várias empresas concessionárias e permissionárias atuando, p. ex., em serviços públicos como energia elétrica e telecomunicações. A segunda tendência está em existir cada vez mais uma divisão entre duas espécies de agentes, os agentes prestadores (constituídos pelas empresas concessionárias ou permissionárias) e os agentes controladores (fiscalizadores) dos primeiros (o Estado e, o que é muito importante, os consumidores).

Evidencia-se, pois, a emergência de uma cultura fiscalizatória sobre a prestação dos serviços públicos, focalizada em dois pontos correlatos. O primeiro deles, visa garantir os princípios da *livre concorrência* (entre as empresas privadas) e da *defesa do consumidor* (direito a sua liberdade de escolha perante as empresas), consagrados no art. 170, IV e V da CF. O segundo ponto diz respeito à fiscalização da *qualidade* (adequação) dos serviços públicos prestados. Ou seja, a fiscalização deve ter como finalidade a garantia de uma prestação adequada dos serviços públicos, segundo o conceito extraído do art. 6º, parágrafo 1º da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei das Concessões e Permissões).

Os agentes responsáveis pela prática desta cultura fiscalizatória são, como se afirmou há pouco, o Estado – responsável pela regulamentação dos meios institucionais de controle ou fiscalização, nos quais seja possível a participação dos consumidores – e os próprios consumidores. Quanto ao Estado, o trabalho procurou mostrar que a regulação em torno da criação das agências regulatórias federais e estaduais (ANATEL, ANEEL,

AGERGS, etc.) representa, ainda que sobre a estrutura e funcionamento destas agências pesem muitas críticas, o que há de mais atual acerca da regulação dos serviços públicos delegados à iniciativa privada. Além disso, o trabalho demonstrou que a estrutura destas agências comporta, de uma certa forma, um espaço de participação dos consumidores na defesa de seus direitos.

O trabalho procurou chamar a atenção para a importância da consciência de que o *ser consumidor*, no sistema capitalista, é, sem sombra de dúvida, uma extensão do *ser cidadão*. A consagração dos direitos básicos dos consumidores, sucedida de uma efetiva participação dos mesmos na luta pela efetivação desses direitos, representa uma parcela significativa do exercício da cidadania. Assim, movidos pelos tradicionais interesses individuais (direitos subjetivos individuais) ou mesmo por interesses coletivos ou difusos, os consumidores de serviços públicos podem ser considerados cidadãos plenamente ativos, na medida que se interessam e lutam para ver satisfeitos os direitos à liberdade de escolha (art. 6º, II do CDC) e a uma adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral (art. 6º, X do CDC).

O direito a uma adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral encontra reflexo no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, X), na Lei n. 8.987/ 95 (art. 7º) e nas legislações mais específicas, como a Lei n. 9.472/ 97 (art. 3º). Atualmente, a existência de projetos sobre a Lei de Participação e Defesa dos Usuários, é fato importante para o controle da prestação dos serviços públicos, realizado pelos consumidores. Esta legislação futura pretende regular genericamente a matéria, motivo pelo qual se faz necessário o exame dos seus projetos de lei, refletindo sobre a incidência da lei posterior sobre as leis anteriores que dispõem sobre o assunto.

A análise das legislações genéricas e específicas sobre a matéria dos serviços públicos, permitiu que se percebesse o quão pequena é a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação dos serviços públicos, se bem compreendida a vulnerabilidade técnica, política e econômica daqueles frente às atuais empresas prestadoras que estão surgindo com as privatizações. No entanto, todas essas legislações

que dispõem sobre os direitos dos consumidores e regulamentam mecanismos institucionais de participação dos mesmos já são, *a priori*, instrumentos necessários à efetivação do equilíbrio nas relações de consumo de serviços públicos.

Ampliando a discussão, i. é., passando do plano normativo para o plano fático, tem-se uma realidade que apresenta obstáculos à concretização desse equilíbrio nas relações de consumo. Estes obstáculos são oriundos de fatores políticos e econômicos, como a falta de autonomia política da ANEEL frente ao Governo Federal, e os interesses das empresas privadas. Por estas e outras razões, as pessoas que, desempenhando uma *função administrativa*, controlam a prestação dos serviços públicos no âmbito das agências reguladoras, devem saber que estão controlando um grande poder econômico, capaz de corromper, de desrespeitar a própria lei para fazer valer seus interesses. Da mesma forma, aqueles consumidores que participam de fora do âmbito das agências – como os *usuários voluntários* na AGERGS – devem ser portadores desta consciência.

Os consumidores de serviços públicos são, em sua grande maioria, pessoas físicas, cidadãos comuns. Por este motivo, encontram-se por demais afastados deste poder econômico e, não raras vezes, em conflito com o mesmo. Se a defesa dos consumidores é um princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, V da CF) e, como afirmou Konrad Hesse, se a normatividade da Constituição deve ser preservada mesmo sob a pressão dos fatores sociais, políticos e econômicos³⁶³, então o poder econômico deve encontrar limites na realização do princípio maior da *justiça social*.

Defender os consumidores de serviços públicos do grande poder econômico que lhes pode fazer frente é, no estágio atual do sistema econômico capitalista, uma questão de luta pela realização da justiça social, da dignidade humana. Em entrevista à revista *Caros Amigos* (edição de agosto/2000), James Cavallaro – que é cientista político e diretor do Centro de Justiça Global, ONG especializada na defesa dos direitos humanos – declarou que os direitos humanos não devem estar limitados ao campo da violência física, mas

³⁶³ Afirma Hesse que “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia” (Cf. HESSE, 1991, p. 16).

devem abranger também os *direitos econômicos*, dentre os quais estão os direitos dos consumidores³⁶⁴.

Por esta razão, reafirma-se a importância da intervenção do Estado brasileiro na tutela jurídica dos consumidores. Mas a intervenção estatal não pode ser absoluta, a ponto de não poder contar com a participação desses sujeitos de direitos. Assim, quando os consumidores assumem sua parcela de responsabilidade na luta pela garantia dos seus direitos, há uma possibilidade maior de que esses direitos venham a ser respeitados. No Brasil, esta conscientização dos consumidores ainda está no estágio inicial. Não poderia ser de outra forma, visto que o Código de Defesa do Consumidor tem apenas dez anos e, principalmente, pelo fato de que os brasileiros ainda estão reaprendendo a viver em uma democracia.

De todo exposto, tem-se a esperança de que a vivência no regime democrático - especialmente no que toca à *democratização da informação* - permita que os consumidores de serviços públicos possam, como parceiros do Estado, participar cada vez mais da prática fiscalizatória sobre essas atividades econômicas. Os meios institucionais já existem, embora a margem de participação dos consumidores seja pequena. Espera-se que a realização do Estado *Democrático* de Direito tenha, como uma de suas condições, a relação cada vez mais estreita entre a Administração Pública e a sociedade civil, na busca da efetivação dos direitos dos consumidores. Desta forma, dá-se um passo considerável para a realização da ordem econômica constitucional e de seu princípio norteador: a justiça social.

³⁶⁴ CAVALLARO, 2000, p. 33.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Doutrina

- AGUILLAR, Fernando Herren. *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, Luis Otávio de Oliveira. História e fundamentos do direito do consumidor. In: *Revista dos Tribunais* n. 648 (outubro/ 89). p. 31-45.
- ALVES, André Hiroshi Hayashi. *O direito do administrado ao serviço público adequado e os meios de defesa desse direito*. Monografia apresentada ao CCJ/ UFSC, 1999.
- AMARAL, João Batista de. *Proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ANDRADE, Roberto Braga de. Fornecimento e consumo de serviços: em busca de uma formatação dogmática. In: *Revista Direito do Consumidor* n. 16. 1995, p. 63-77.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- AQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ARGÜELLES, Ruan Ramon de Paramo. *H. L. A. Hart y la teoria analítica del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil: além da dicotomia Estado- mercado. In: *Sociedade civil e democratização* (Coord: Leonardo Avritzer). Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23-40.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios de Direito Administrativo*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- BARBOZA, Benedito Gomes. O anteprojeto de organizações sociais e o contrato de gestão. *In: Revista de Direito Administrativo Aplicado (GENESIS) n. 12*, janeiro/março de 1997, p. 23-30.
- BASTOS, Celso. A Federação nas Constituições Brasileiras. *In: Revista de Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP)*, junho/1998, p. 45-77.
- BATISTA JR., Paulo Nogueira. Mitos da “Globalização”. *In: Revista Estudos Avançados (CEBRAP) n. 12 (32)*, 1998, p. 125-186.
- BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Cidadania e democracia. *In: Revista Lua Nova n. 33*, 1994, p. 5-16.
- BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e Permissão de Serviços Públicos*. Curitiba: Juruá, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10.ed. Brasília: UnB, 1997.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- 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*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BUARQUE, Cristovan. Qualidade de vida: a modernização da utopia. *In: Revista Lua Nova n. 31*, 1993, p. 157-166.
- CABRAL, Otávio. Tarifas de energia elétrica ficam em média 2% mais baratas. *In: Folha de São Paulo*, 8 de junho de 2000, p. B7.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *In: As garantias do cidadão na justiça* (Coord. Min. Sálvio de F. Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1993. p. 309-325.

- _____. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. In: *Rivista di diritto processuale*, V. III, 1975. p. 361-402.
- CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Tomo I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.
- CAVALLARO, James. Entrevista – Um americano na briga pelos direitos humanos. In: *Revista Caros Amigos n.º 41*. São Paulo: Editora Casa Amarela, agosto/2000. p. 30-35.
- CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista Direito do Consumidor n. 11*, 1994, p. 144-160.
- CELLI JR., Umberto. A nova organização dos serviços na lei geral de telecomunicações. In: *Revista de Direito Administrativo n. 211*, 1998. p. 151- 161.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O cidadão, a Administração Pública e a nova Constituição*. In: *Revista de Informação Legislativa n. 106*, 1990. p. 81-98.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Nova Cidadania. In: *14ª Conferência Nacional da OAB (OAB Textos)*, setembro/1992, p. 23-32.
- _____. 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. p. 81-105.
- COSTIN, Cláudia. O brasileiro como cliente. In: *Site do MARE: www.mare.gov.br/Histórico/Artigos/Estado.htm*, 1999.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: *Revista de Direito Administrativo n. 209*, 1997. p. 43-70.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.
- CRETELLA JR., José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19.ed. São Paulo: Saraiva.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad. 1997.
- DIEZ- PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1987

- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1994.
- _____. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor – conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1993.
- DUVAL, Joaquim Luís. Da Juventude. *Poesia publicada no jornal Diário Popular*. Pelotas, 13 de outubro de 1991.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1989.
- ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. 13. ed., São Paulo: Perspectiva.
- FARENA, Duciran Van Marsen. Privatização de serviços públicos e competição: o direito de escolha do prestador de serviço. In: *Revista da AJURIS* (edição especial), Tomo II, 1998. p. 689-703.
- FARJAT, Gérard. A noção de direito econômico. In: *Revista Direito do Consumidor n. 19*, 1996. p. 25-67.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 25-42.
- _____. *Manual de Direitos do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. O consumidor de serviços públicos e a urgência de um novo regime fomentador da cultura participativa. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. V. 166, setembro/outubro de 1998.
- GILENO, Marcelino. *Governo, imagem e sociedade*. Brasília: FUNCEP, 1998.
- GOUVÊA, Gilda Portugal. *Burocracia e elites burocráticas no Brasil*. São Paulo: Paulicéia, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à justiça e garantias constitucionais do processo do consumidor. In: *As garantias do cidadão na justiça* (Coord. Min. Sálvio de F. Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1993. p. 293-307.

- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Serviços comerciais, industriais e internacionais do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. In: *Revista de Informação Legislativa n. 111*, 1991. p. 05-20.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*, 3. ed., São Paulo: Atlas.
- LAZZARINI, Álvaro. Serviços públicos nas relações de consumo. In: *Revista Direito do Consumidor n. 29*. 1999, p. 21-28.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito do consumidor e privatização. In: *Revista da AJURIS* (edição especial), v. II, março/1998, p. 361-368.
- _____. Responsabilidade do Estado por empresas fiscalizadas. In: *Revista Direito do Consumidor n. 18*. 1996, p. 77-93.
- LOTERO, Roberto C. *A eficiência econômica na reestruturação do setor elétrico brasileiro: uma abordagem através da economia dos custos de transação*. Tese de Doutorado apresentada ao PEPS/UFSC – Engenharia de Produção, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. *O conceito de tributo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MALUF, Luiz Augusto Finger França. *A Reforma das Telecomunicações: Mudanças Institucionais e Reestruturação Microeconômica sobre o segmento da Telefonia Fixa no Brasil*. Monografia submetida ao Departamento de Ciências Econômicas da UFSC, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MARSHALL, Therence. *Cidadania, classe social e status*. São Paulo: Zahar, 1967. p. 57-114.
- MARTINS- COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. In: *Revista Direito do Consumidor n. 03*, 1992, p. 127-154.

- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1960.
- MATOS, Eduardo Lima de. Suspensão de serviço público (energia elétrica) por falta de pagamento. Não violação do CDC. In: *Revista de Direito do Consumidor n. 05*, 1993. p. 202-205.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENEZELLO, Maria D'Assunção C. Código de Defesa do Consumidor e a prestação de serviços públicos. In: *Revista Direito do Consumidor n. 19*. 1996, p. 232-235.
- MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das Organizações Sociais no Brasil. In: *Revista de Direito Administrativo n. 210*, 1997. p. 195-212.
- MOLL, Luíza Helena Malta. *Direito Administrativo: relações sociais e espaços políticos*. Dissertação de Mestrado apresentada ao CPGD/UFSC, 1986.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Economico*. 2. ed. Coimbra Editora, 1998.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 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.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1974.
- MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Concessões e permissões de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. In: *Revista do Curso de Pós- Graduação em Direito da UFSC (Seqüência) n. 37*, dezembro de 1998, p. 21-37.

- _____. *Direito das Obrigações – responsabilidade civil pública*. Apostila apresentada aos alunos da graduação do CCJ/UFSC, 1999(a). (mimeo).
- _____. *Direito do Consumidor, contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor*. Apostila apresentada aos alunos da graduação do CCJ/UFSC, 1999(b). (mimeo).
- _____. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987.
- LAZZARINI, Álvaro. Serviços públicos nas relações de consumo. In: *Revista Direito do Consumidor n. 29*. 1999, p. 21-28.
- OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea. O Estado empresário: o fim de uma era. In: *Revista de Informação Legislativa n. 134*, 1997. p. 297-309.
- OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. Trad. Sérgio F. Bath e Ewandro M. Jr. Brasília: MH comunicação, 1994.
- PASQUALOTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista Direito do Consumidor n. 01*, 1992. p. 130-147.
- PEREIRA, Caio Mário Silva. *Responsabilidade Civil- de acordo com a CF/ 88*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998(a).
- PEREIRA, José Matias. Estudos sobre direito do consumidor: os direitos e interesses do consumidor – fundamentos, interpretação e crítica. In: *Revista de Informação Legislativa n. 125*, 1995. p. 115-123.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública. In: *Cadernos do MARE n. 03*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1998(b).
- _____. *Reforma do Estado para a cidadania*. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998(c).
- PESSOA, Mário Falcão; ABE, Sellchi. Qualidade e Participação na Administração Pública Federal – novos critérios para a avaliação da gestão pública. In: *Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa*. Brasília: TCU, 1997, p. 25-57.
- RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. In: *Revista de Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul n. 09 (25)*, 1979. p. 11-30.

- REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós- modernidade na teoria jurídica). In: *Revista Trimestral de Direito Público* n. 94. p. 265-282.
- SALAMON, Lester. A emergência do terceiro setor- uma revolução associativa global. In: *Revista de Administração* n. 01 (33), São Paulo, janeiro/março 1998, p. 05-11.
- SANDIN, Émerson Odilon. O dever funcional do bom atendimento. In: *Site do Boletim Paulista de Direito: www.bpdr.com.br*, 27 de outubro de 1999.
- SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 4. ed. São Paulo: Nobel, 1998.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. O Estado e o Direito na Transição Pós- Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais* n. 30. Lisboa, janeiro/1990, p. 13-43.
- SOUZA, João Carlos Lopes de. Política tarifária e encargos do concedente e do concessionário. In: MEDAUAR, Odete (coord.). *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995(a), p. 101-115.
- SOUSA, Raimunda Alves de; MOREIRA, Terezinha. Reflexões sobre a Concessão de Serviços Públicos. In: *Revista do BNDES* n. 04 (02), 1995(b), p. 39-53.
- STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TÁCITO, Caio. A nova lei de concessões de serviço público. In: *Revista de Direito Administrativo* n. 201, 1995(a). p. 29-34.
- _____. Direito Administrativo Participativo. In: *Revista de Direito Administrativo* n. 209, 1997. p. 01-06.
- _____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada – o exemplo brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo* n. 202, 1995(b). p. 01-10.
- TASCHNER, Gisela Black. Dimensões políticas da cultura de consumo. In: *Revista Lua Nova* n. 42, 1997. p. 183-199.
- TIMM, Luciano Benetti. *Da prestação de serviços*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*, Rio de Janeiro: FGV, 1968.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record. 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

2. Legislação

BRASIL: Estado de São Paulo. Lei n.º 1.903, de 29 de dezembro de 1978. Institui o Sistema de Proteção ao Consumidor e dá outras providências correlatas. *In: FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.*

BRASIL: Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. *In: Coleção Saraiva de Legislação. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.*

BRASIL: Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. *In: Site da Presidência da República: www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7783.htm. 25/05/1999.*

BRASIL: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor e dá outras providências. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 1997.

BRASIL: Decreto n. 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. *In: Site da Presidência da República: www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/D1171.htm. 25.05.2000.*

BRASIL: Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *In: MEDAUAR. Odete (coord.). Concessão de Serviço Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.*

BRASIL: Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *In: Site da Presidência da República: www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8884.htm*. 10.03.2000.

BRASIL: Lei n. 8.977, de 6 de janeiro de 1995. Dispõe sobre o serviço de TV à cabo e dá outras providências. *In: Concessão de Serviço Público (Coord. Odete Medauar)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL: Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *In: MUKAI, Toshio. Concessões e Permissões de Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL: Lei n. 9.074, de 7 de junho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões de serviços públicos e dá outras providências. *In: MEDAUAR, Odete. Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Plano Diretor da reforma do aparelho do Estado. *In: Site da Presidência da República: www.planalto.gov.br/secom/colecao/plandi.htm*. 19/04/1999.

BRASIL: Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece diretrizes e bases da educação nacional. *In: Site da Presidência da República: www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9394.htm*. 25/05/1999.

BRASIL: Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências *In: Site do Informativo Jurídico – NEÓFITO: www.neofito.com.br/legisac/L9427.htm*. 24/01/2000.

BRASIL: Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto n. 861, de 9 de julho de 1993, e dá outras providências. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 1997.

BRASIL: Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. *In: Site da Presidência da República:* www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9472.htm. 24/01/2000.

BRASIL: Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. *In: Site da Presidência da República:* www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9491.htm. 12/11/1999.

BRASIL: Decreto n. 2.335, de 6 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. *In: Site da Presidência da República:* www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/D2335.htm. 24/01/2000.

BRASIL: Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências). *In: Site da Presidência da República:* www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/D2338.htm. 25/01/2000.

BRASIL: Estado do Rio Grande do Sul. Lei n. 11.075, de 6 de janeiro de 1998. Institui o Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos. *In: Site da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul:* www.al.rs.gov.br. 08.12.1999.

BRASIL: Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), 1998.

BRASIL: Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *In: Site da Presidência da República: www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9784.htm*. 14/04/2000.

BRASIL: Lei n. 9.791, de 24 de março de 1999. Dispõe sobre a obrigatoriedade de as concessionárias de serviços públicos estabelecerem ao consumidor e ao usuário datas opcionais para o vencimento de seus débitos. *In: Site do CCJ/UFSC: www.ccj.ufsc.br/~nedcon/lei9791.html*. 27/01/2000.

3. Projetos de legislação

BRASIL: Versão preliminar do Anteprojeto de Lei. Apresentada pelo relator da comissão de juristas, Prof. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes. *In: Site do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE): www.seap.gov.br/sobre/news/anteprojeto4.htm*. 23/06/1999.

BRASIL: Projeto de Lei n. 674, de 1999 (Do Sr. Celso Russomano). *In: Câmara dos Deputados – Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias*. 1999.

ANEXOS

**TEXTOS PRELIMINARES (ANTEPROJETO E PROJETO) SOBRE A LEI DE
PARTICIPAÇÃO E DEFESA DOS USUÁRIOS**

Brasília, 6 de novembro de 1998

VERSÃO PRELIMINAR DO ANTEPROJETO DE LEI

(Apresentada pelo relator da comissão de juristas, Prof. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes)

Dispõe sobre a participação e defesa do usuário dos serviços públicos e dá outras providências.

CAPÍTULO I

Das Disposições Preliminares

Art. 1º - Esta lei estabelece normas gerais sobre o regime de participação e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, no exercício da função administrativa, diretamente ou sob o regime de concessão, permissão ou autorização.

Parágrafo único - Considera-se usuário a pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, utiliza ou pode utilizar os serviços referidos neste artigo.

Art. 2º - No início de cada ano civil, o Poder Público publicará o quadro geral dos serviços públicos, indicando:

- I - a entidade ou órgão executor;
- II - a autoridade administrativa a que está subordinado ou vinculado a entidade ou órgão executor;
- III - a avaliação, quando houver, dos serviços prestados no exercício anterior;
- IV - o prazo, a forma e local para os usuários apresentarem reclamações e sugestões referentes aos serviços.

Art. 3º - Os serviços públicos serão prestados de forma adequada ao pleno atendimento do usuário, obedecendo aos princípios da generalidade, cortesia, transparência, regularidade, continuidade, segurança, atualidade e, quando cabível, modicidade das tarifas.

Art. 4º - Para a adequada prestação dos serviços públicos é indispensável a participação do usuário no planejamento, execução e fiscalização dos serviços, cabendo às pessoas de direito público e as de direito privado assegurar os meios necessários ao seu exercício.

Parágrafo único - Consideram-se meios necessários ao exercício da participação:

I - livre acesso às informações referentes ao planejamento, execução, fiscalização, avaliação, custo, segurança, duração, eficácia, normas legais, regulamentares e, quando cabíveis, contratuais que regulam a execução do serviço;

II - acesso direto e facilitado do usuário:

- a) ao órgão ou entidade responsável pela execução do serviço;
- b) ao órgão ou entidade a que o executor do serviço estiver vinculado ou subordinado;
- c) ao Serviço de Atendimento do Usuário, à Comissão de Avaliação e ao Conselho Nacional de Serviço Público, nos termos desta lei.

III - registro gratuito, sem requisitos formais e mediante entrega de recibo, de

sugestões e críticas sobre o serviço prestado e a forma de sua execução.

Art. 5º - A participação do usuário poderá ser exercida diretamente ou através das entidades indicadas no artigo 10 desta lei.

CAPÍTULO II Dos Direitos do Usuário

Art. 6º - São direitos do usuário, sem prejuízo de outros decorrentes de tratado, convenções, leis, atos e contratos:

- I - a adequada prestação dos serviços, nos termos do art. 3º desta lei;
- II - a participação no planejamento, execução e avaliação dos serviços;
- III - o acesso a registros administrativos e informações sobre atos do governo, observado o disposto no artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal;
- IV - a obtenção e utilização do serviço com liberdade de escolha, observadas as normas legais;
- V - o sigilo sobre informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados de prestadores dos serviços, observado o disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal;
- VI - o acesso e fruição do serviço sem discriminação;
- VII - atendimento preferencial, no caso de usuário idoso, gestante ou portador de deficiência física.

Art. 7º - Aplica-se subsidiariamente a esta lei o contido na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, em especial os dispositivos que tratam:

- I - dos direitos básicos do consumidor;
- II - da proteção ao consumidor e reparação dos danos;
- III - da responsabilidade do fornecedor de serviços;
- IV - das práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas.

Art. 8º - Os prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem ao usuário, a terceiros e, quando for o caso, ao Poder Público, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

CAPÍTULO III Dos Deveres do Usuário

Art. 9º - São deveres do usuário:

- I - utilizar adequadamente os serviços, procedendo com lealdade e boa-fé;
- II - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para a adequada prestação do serviço;
- III - comunicar às autoridades responsáveis as irregularidades praticadas pelos prestadores dos serviços;
- IV - não formular reclamações, críticas ou sugestões ciente de que são destituídas de fundamento;

V - não alterar a verdade dos fatos;

VI - opor resistência injustificada para a prestação adequada dos serviços.

CAPÍTULO IV

Da legitimação

Art. 10 - Estão legitimados para o exercício da participação e defesa dos direitos estabelecidos nesta lei:

I - o usuário;

II - a entidade legalmente constituída há mais de dois anos que inclua entre seus objetivos institucionais a defesa dos interesses e direitos estabelecidos nesta lei.

CAPÍTULO V

Do Conselho Nacional de Serviço Público

Art. 11 - Fica criado, no âmbito da União, o Conselho Nacional de Serviço Público, órgão consultivo do Poder Executivo, com a finalidade de formular e fiscalizar as políticas gerais e setoriais de prestação dos serviços públicos.

§ 1º - O Conselho Nacional de Serviço Público será composto por:

I - vinte e cinco por cento de membros indicados pelo Poder Público;

II - vinte e cinco por cento de membros indicados pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos;

III - cinquenta por cento de membros indicados ou eleitos pelas entidades associativas de usuários de serviços públicos, legalmente constituídas há mais de dois anos;

§ 2º - Caberá ao Conselho Nacional de Serviço Público:

I - opinar sobre a política nacional de serviço público, especialmente no que se refere à defesa dos direitos e interesses do usuário;

II - propor critérios para a delegação dos serviços;

III - estabelecer as diretrizes de prestação, avaliação e aprimoramento dos serviços;

IV - indicar um Ouvidor para a defesa do usuário, observadas as disposições desta lei;

V - publicar, anualmente, em meio oficial ou em jornal de grande circulação, relatório circunstanciado de suas atividades;

§ 3º - As sessões do Conselho serão públicas e suas pautas deverão ser publicadas em meio oficial com antecedência mínima de quarenta e oito horas.

CAPÍTULO VI

Dos Serviços de Atendimento ao Usuário

Art. 12 - Os prestadores de serviços públicos manterão Serviço de Atendimento ao Usuário, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de fiscalizar a adequação e eficiência do atendimento.

§ 1º - Os Serviços de Atendimento ao Usuário deverão:

I - situar-se em locais de fácil acesso ao usuário;

II - afixar de forma legível e didática:

a) o local e hora de atendimento, bem como o nome do responsável pelo serviço;

b) a descrição dos serviços e dos indicadores de desempenho;

c) as eventuais modificações previstas na prestação do serviço, explicitando suas condições e duração;

d) o resultado da avaliação efetuada no exercício anterior.

Art. 13 - As sugestões e reclamações do usuário relativas à prestação dos serviços serão numeradas e registradas em livro próprio, mediante entrega de certificado de registro.

§ 1º - Os registros a que se refere este artigo serão públicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

§ 2º - Os prestadores de serviços colocarão à disposição do usuário formulários simplificados e de fácil compreensão para a elaboração das sugestões e reclamações.

Art. 14 - Os Serviços de Atendimento ao Usuário encaminharão anualmente relatório circunstanciado de suas atividades às Comissões de Avaliação previstas no artigo 15 desta lei.

CAPÍTULO VII

Das Comissões de Avaliação

Art. 15 - A qualidade dos serviços e a observância dos direitos e princípios estabelecidos nesta lei serão periodicamente avaliados, externa e internamente, pelo prestador do serviço e por uma Comissão de Avaliação especialmente constituída para este fim, observando-se:

I - a Comissão de Avaliação será composta por:

a) cinquenta por cento de membros indicados pelo Poder Público quando o serviço for prestado pela administração pública direta ou indireta, e quando o serviço for prestado por particular, vinte e cinco por cento de membros indicados pelo executor do serviço e vinte e cinco por cento de membros indicados pelo órgão ou entidade do Poder Público;

b) cinquenta por cento de membros indicados ou eleitos pelas entidades associativas de defesa do usuário;

II - os membros indicados ou eleitos para compor a Comissão de Avaliação terão mandato de dois anos, admitida uma recondução;

III - os membros da Comissão de Avaliação não serão remunerados, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

IV - a Comissão de Avaliação poderá ser assessorada por pessoa física ou jurídica especializada;

V - o ato de instalação da Comissão de Avaliação deverá ser publicado em órgão oficial e amplamente divulgado, devendo conter:

a) indicação dos membros e o segmento que representam;

b) o prazo de funcionamento;

c) o prazo, modo e local para o usuário apresentar reclamações e sugestões referentes aos serviços.

§ 1º - a avaliação a que se refere este artigo terá periodicidade anual, devendo ser publicada e amplamente divulgada pelo prestador do serviço, indicando, obrigatoriamente:

a) o serviço público prestado;

b) as pessoas jurídicas de direito público ou privado responsáveis pela prestação e supervisão do serviço;

c) os membros da Comissão de Avaliação;

d) o atendimento aos princípios e direitos estabelecidos nesta lei;

e) o cumprimento das metas eventualmente fixadas para a prestação do serviço;

f) as reclamações, sugestões e representações relativas à prestação dos serviços;

g) a avaliação do Serviço de Atendimento ao Usuário;

h) o parecer do órgão responsável pela prestação ou supervisão do serviço; e,

i) quando houver, a declaração de voto.

CAPÍTULO VIII

Das Ouvidorias de Defesa do Usuário

Art. 16 - Fica criada, no âmbito da União, a Ouvidoria de Defesa do Usuário de Serviço Público, órgão subordinado ao Conselho Nacional de Serviço Público.

Art. 17 - O Ouvidor será indicado pelo Conselho Nacional de Serviço Público e nomeado pelo Presidente da República, após arguição e aprovação pelo Senado Federal, com mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Art. 18 - Ao Ouvidor competirá:

I - atuar, de ofício ou por provocação, na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos do usuário dos serviços públicos contra atos e omissões ilegais ou manifestamente injustos praticados pelos prestadores de serviço;

II - receber e apurar as reclamações ou denúncias relativas à prestação dos serviços, recomendando aos órgãos competentes, quando cabível, a instauração de sindicâncias, inquéritos administrativos ou auditorias;

III - recomendar a correção de atos e procedimentos que violem os princípios estabelecido nesta lei;

IV - sugerir aos prestadores medidas de aprimoramento e adequação dos serviços;

V - difundir amplamente os direitos do usuário;

VI - apresentar anualmente ao Conselho Nacional de Serviço Público relatório circunstanciado de suas atividades e dos resultados obtidos.

§ 1º - Não serão objeto de apreciação do Ouvidor as questões judiciais ou administrativas pendentes de decisão.

§ 2º - O recebimento de reclamações ou denúncias pelo Ouvidor não implicará na suspensão ou interrupção dos prazos administrativos.

Art. 19 - O Ouvidor, no uso de suas atribuições, terá acesso a todo e qualquer documento referente à prestação dos serviços, podendo requisitá-lo para exame e posterior devolução.

Art. 20 - Todos os servidores do Poder Público deverão prestar apoio e informações ao Ouvidor em caráter prioritário e em regime de urgência.

§ 1º As informações requisitadas, por escrito, pelo Ouvidor, deverão ser prestadas no prazo de 72 (setenta e duas) horas, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º A impossibilidade de cumprir o prazo determinado no parágrafo anterior deverá ser comprovada, em igual prazo.

Art. 21 - Ao Ouvidor será vedado:

I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, porcentagens ou custas;

II - exercer outra função pública ou atividade privada remunerada de qualquer espécie, salvo a de magistério superior;

III - participar de sociedade comercial, na forma da lei;

IV - exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei.

Art. 22 - Qualquer cidadão poderá representar contra o Ouvidor junto ao Conselho Nacional de Serviço Público, assegurado o direito a ampla defesa e ao contraditório.

Parágrafo único - Será destituído do cargo o Ouvidor que:

I - infringir o disposto no artigo anterior;

II - abusar das prerrogativas do cargo;

III - negligenciar o cumprimento de suas atribuições;

IV - sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Art. 23 - O Ouvidor poderá requisitar, com ônus, servidores de órgãos e entidades integrantes da administração pública direta e indireta, quaisquer que sejam as funções a serem exercidas, observado o disposto no artigo 18 desta lei.

CAPÍTULO IX

Da Apuração de Violação dos Direitos do Usuário

Art. 24 - De ofício ou mediante representação do interessado, o dirigente do órgão responsável pela prestação do serviço promoverá a apuração de qualquer violação dos direitos do usuário que chegue ao seu conhecimento.

Art.25 - A instauração do processo será feita por ato administrativo devidamente fundamentado em que se designará o servidor encarregado da apuração dos fatos, sendo-lhe assegurado todos os meios e recursos necessários ao desempenho da tarefa que lhe foi atribuída.

Art. 26 - Os atos administrativos do processo terão forma escrita, com registro em banco de dados próprio, indicando a data e o local de sua emissão, e com a assinatura do agente público responsável.

Art. 27 - Serão observados os seguintes prazos:

I - dois dias, para autuação, juntada aos autos de quaisquer elementos e outras providências de simples expediente;

II - quatro dias, para efetivação de notificação ou intimação pessoal;

III - cinco dias, para elaboração de informe sem caráter técnico;

IV - quinze dias, para elaboração de pareceres, perícias e informes técnicos, prorrogáveis por mais dez dias a critério da autoridade superior, mediante pedido fundamentado;

V - cinco dias, para decisões no curso do processo;

VI - quinze dias, a contar do término da instrução, para decisão final;

VII - dez dias, para manifestações em geral do usuário ou providências a seu cargo.

Art. 28 - Se no decorrer da apuração surgirem provas, ainda que indiciárias, que digam respeito a possível responsabilidade de algum servidor ou preposto de pessoa física ou jurídica de direito privado prestadora de serviço público, deverá ele ser ouvido e prestar esclarecimentos, facultando-se-lhe produzir provas que julgar convenientes.

Art. 29 - Durante a tramitação do processo serão assegurados aos interessados os direitos de:

I - ter vista dos autos e obter cópia dos documentos nele contidos;

II- ter ciência da tramitação do processo e das decisões nele proferidas, inclusive da respectiva motivação e das opiniões divergentes;

III - formular alegações e apresentar documentos os quais serão juntados aos autos e levados em consideração pelo responsável pela apuração dos fatos.

Art.30 - Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, estes serão intimados para esse fim, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

Parágrafo único - Quando a intimação for feita ao denunciante para fornecimento de informações ou documentos necessários à apreciação e apuração da denúncia, o não atendimento autorizará o arquivamento do processo, se de outro modo o órgão responsável pelo processo não puder obter os dados solicitados.

Art.31 - Concluída a instrução, o responsável pela apuração deverá elaborar relatório de todos os atos do processo e opinar conclusivamente, encaminhando os autos à autoridade que determinou a instauração do processo.

Art. 32 - O dirigente do órgão responsável pela apuração deverá proferir decisão que, conforme o caso, poderá ser:

I - arquivamento dos autos;

II- determinação da prática dos atos que se fizerem necessários para atendimento dos direitos do usuário;

III- encaminhamento dos autos ou das peças que julgue pertinentes ao órgão competente para apurar os ilícitos administrativo, civil e criminal contra os responsáveis pelas violações dos direitos do usuário ou, se competente, determinar a apuração.

Art. 33 - Sempre que no processo for identificada alguma deficiência na prestação dos serviços, por inadequação de procedimentos, deficiência de meios ou outra qualquer causa, a autoridade responsável pela decisão final promoverá a correção de tudo quanto entendido como insatisfatório.

Art. 34 - Aplicam-se ao processo regulado neste Capítulo, no que forem compatíveis, os preceitos legais do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

CAPÍTULO X

Das Disposições Transitórias e Finais

Art.35 - Fica o Poder Executivo autorizado no ano de 1999 a efetuar as despesas necessárias à instalação do Conselho Nacional de Serviço Público e da Ouvidoria de Defesa do Usuário , podendo remanejar, transferir ou utilizar saldos orçamentários, empregando como recursos dotações destinadas às atividades finalísticas e administrativas do Ministério da Administração e da Reforma do Estado - MARE.

Art. 36 - Os contratos mantidos entre o Poder Público e prestadores privados de serviços públicos deverão ser adequados às exigências estabelecidas nesta lei no prazo de 90 (noventa) dias, contado de sua publicação.

Art. 37. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília,



CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI Nº 674, DE 1999

(Do Sr. Celso Russomanno)

"Dispõe sobre a participação e defesa do usuário dos serviços públicos e dá outras providências".

(ÀS COMISSÕES DE DEFESA DO CONSUMIDOR, MEIO AMBIENTE E MINORIAS; DE TRABALHO, DE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO; DE FINANÇAS E TRIBUTAÇÃO (ART. 54); E DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO (ART. 54) - ART. 24, II)

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I **Das Disposições Preliminares**

Art. 1º - Esta lei estabelece normas gerais sobre o regime de participação e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da função administrativa, diretamente ou sob o regime de concessão, permissão ou autorização.

Parágrafo único - Considera-se usuário a pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, utiliza ou pode utilizar os serviços referidos neste artigo.

Art. 2º - No início de cada ano civil, o Poder Público publicará o quadro geral dos serviços públicos, indicando:

I - a entidade ou órgão executor;

II - a autoridade administrativa a que está subordinada ou vinculada a entidade ou órgão executor;

III - a avaliação, quando houver, dos serviços prestados no exercício anterior;

IV - o prazo, a forma e local para os usuários apresentarem reclamações e sugestões referentes aos serviços.

Art. 3º - Os serviços públicos serão prestados de forma adequada ao pleno atendimento do usuário, obedecendo aos princípios da universalidade, generalidade, cortesia, transparência, regularidade, continuidade, segurança, atualidade e, quando cabível, modicidade das tarifas.

Art. 4º - Para a adequada prestação dos serviços públicos é indispensável a participação do usuário no planejamento, fiscalização da execução e avaliação dos serviços, cabendo às pessoas de direito público e as de direito privado assegurar os meios necessários ao seu exercício.

Parágrafo único - Consideram-se meios necessários ao exercício da participação:

I - livre acesso às informações referentes ao planejamento, execução, fiscalização, avaliação, custo, segurança, duração, eficácia, normas legais, regulamentares e, quando cabíveis, contratuais que regulam a execução do serviço;

II - acesso direto e facilitado do usuário:

a) ao órgão ou entidade responsável pela execução do serviço;

b) ao órgão ou entidade a que o executor do serviço estiver vinculado ou subordinado;

c) ao Serviço de Atendimento do Usuário, à Comissão de Avaliação e aos Conselhos Nacional, Estadual e Municipal de Serviço Público, nos termos desta lei.

III - registro gratuito, sem requisitos formais e mediante entrega de recibo, de sugestões e críticas sobre o serviço prestado e a forma de sua execução.

Art. 5º - A participação do usuário poderá ser exercida diretamente ou através das entidades indicadas no artigo 10 desta lei.

CAPÍTULO II Dos Direitos do Usuário

Art. 6º - São direitos do usuário, sem prejuízo de outros decorrentes de tratado, convenções, leis, atos e contratos:

- I - a adequada prestação dos serviços, nos termos do art. 3º desta lei;
- II - a participação no planejamento, na fiscalização da execução e avaliação dos serviços;
- III - o acesso a registros administrativos e informações sobre atos do governo, observado o disposto no artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal;
- IV - a obtenção e utilização do serviço com liberdade de escolha, observadas as normas legais;
- V - o sigilo e acesso das informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados de prestadores dos serviços, observado o disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, podendo fotocopiá-las;
- VI - o acesso e fruição do serviço sem discriminação;
- VII - atendimento preferencial, no caso de usuário idoso, gestante ou portador de deficiência física.

Art. 7º - Aplica-se subsidiariamente a esta lei o contido na Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990, em especial os dispositivos que tratam:

- I - dos direitos básicos do consumidor;
- II - da proteção ao consumidor e reparação dos danos;
- III - da responsabilidade do fornecedor de serviços;
- IV - das práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas.

Art. 8º - Os prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem ao usuário, a terceiros e, quando for o caso, ao Poder Público, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

CAPÍTULO III Dos Deveres do Usuário

Art. 9º - São deveres do usuário:

- I - utilizar adequadamente os serviços, procedendo com lealdade e boa-fé;
- II - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para a adequada prestação do serviço;
- III - comunicar às autoridades responsáveis as irregularidades praticadas pelos prestadores dos serviços;
- IV - não formular reclamações, críticas ou sugestões ciente de que são destituídas de fundamento;
- V - não alterar a verdade dos fatos;
- VI - não opor resistência injustificada para a prestação adequada dos serviços.

CAPÍTULO IV Da legitimação

Art. 10 - Estão legitimados para o exercício da participação e defesa dos direitos estabelecidos nesta lei:

- I - o usuário;
- II - a entidade legalmente constituída há mais de um ano que inclua entre seus objetivos institucionais a defesa dos interesses e direitos estabelecidos nesta lei.

CAPÍTULO V Do Conselho Nacional de Serviço Público

Art.11 - Fica criado, no âmbito da União, o Conselho Nacional de Serviço Público, órgão consultivo do Poder Executivo, com a finalidade de formular e fiscalizar as políticas gerais e setoriais de prestação dos serviços públicos.

§ 1º - O Conselho Nacional de Serviço Público será composto por:

- I - vinte e cinco por cento de membros indicados pelo Poder Público;

II - vinte e cinco por cento de membros indicados pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos;

III - cinquenta por cento de membros indicados ou eleitos pelas entidades associativas de usuários de serviços públicos, legalmente constituídas há mais de dois anos;

§ 2º - Caberá ao Conselho Nacional de Serviço Público:

I - opinar sobre a política nacional de serviço público, especialmente no que se refere à defesa dos direitos e interesses do usuário;

II - propor critérios para a delegação dos serviços;

III - estabelecer as diretrizes de prestação, avaliação e aprimoramento dos serviços;

IV - realizar consultas e audiências públicas no caso de questões de relevância que envolvam interesse geral;

V - estabelecer outros meios que favoreçam o efetivo exercício dos direitos de participação e de defesa do usuário estabelecidos nesta lei;

VI - indicar um Ouvidor para a defesa do usuário, observadas as disposições desta lei;

VII - publicar, anualmente, em meio oficial e em jornal de grande circulação, relatório circunstanciado de suas atividades;

§ 3º - As sessões do Conselho serão públicas e suas pautas deverão ser publicadas em meio oficial com antecedência mínima de quarenta e oito horas.

§ 4º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que instituírem órgãos colegiados, com observância das disposições deste artigo, atuarão de forma integrada ao Conselho Nacional de Serviço Público.

CAPÍTULO VI

Dos Serviços de Atendimento ao Usuário

Art. 12 - Os prestadores de serviços públicos manterão Serviço de Atendimento ao Usuário, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de fiscalizar a adequação e eficiência do atendimento.

§ 1º - Os Serviços de Atendimento ao Usuário deverão:

I - situar-se em locais de fácil acesso ao usuário;

II - afixar de forma legível e didática:

- a) o local e hora de atendimento, bem como o nome do responsável pelo serviço;
- b) a descrição dos serviços e dos indicadores de desempenho;
- c) as eventuais modificações previstas na prestação do serviço, explicitando suas condições e duração;
- d) o resultado da avaliação efetuada no exercício anterior.

Art. 13 - As sugestões e reclamações do usuário relativas à prestação dos serviços serão numeradas e registradas em livro próprio, mediante entrega de certificado de registro.

§ 1º - Os registros a que se refere este artigo serão públicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

§ 2º - Os prestadores de serviços colocarão à disposição do usuário formulários simplificados e de fácil compreensão para a elaboração das sugestões e reclamações.

Art. 14 - Os Serviços de Atendimento ao Usuário encaminharão anualmente relatório circunstanciado de suas atividades às Comissões de Avaliação previstas no artigo 15 desta lei.

CAPÍTULO VII Das Comissões de Avaliação

Art. 15 - A qualidade dos serviços e a observância dos direitos e princípios estabelecidos nesta lei serão periodicamente avaliados, externa e internamente, pelo prestador do serviço e por uma Comissão de Avaliação especialmente constituída para este fim, observando-se:

I - a Comissão de Avaliação será composta por:

a) cinquenta por cento de membros indicados pelo Poder Público quando o serviço for prestado pela administração pública direta ou indireta, e quando o serviço for prestado por particular, vinte e cinco por cento de membros indicados pelo

executor do serviço e vinte e cinco por cento de membros indicados pelo órgão ou entidade do Poder Público;

b) cinquenta por cento de membros indicados ou eleitos pelas entidades associativas de defesa do usuário;

II - os membros indicados ou eleitos para compor a Comissão de Avaliação terão mandato de dois anos, admitida uma recondução;

III - os membros da Comissão de Avaliação não serão remunerados, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

IV - a Comissão de Avaliação poderá ser assessorada por pessoa física ou jurídica especializada;

V - o ato de instalação da Comissão de Avaliação deverá ser publicado em órgão oficial e amplamente divulgado, devendo conter:

a) indicação dos membros e o segmento que representam;

b) o prazo de funcionamento;

c) o prazo, modo e local para o usuário apresentar reclamações e sugestões referentes aos serviços.

§ 1º - a avaliação a que se refere este artigo terá periodicidade anual, devendo ser publicada e amplamente divulgada pelo prestador do serviço, indicando, obrigatoriamente:

a) o serviço público prestado;

b) as pessoas jurídicas de direito público ou privado responsáveis pela prestação e supervisão do serviço;

c) os membros da Comissão de Avaliação;

d) o atendimento aos princípios e direitos estabelecidos nesta lei;

e) o cumprimento das metas eventualmente fixadas para a prestação do serviço;

f) as reclamações, sugestões e representações relativas à prestação dos serviços;

g) a avaliação do Serviço de Atendimento ao Usuário;

- h) o parecer do órgão responsável pela prestação ou supervisão do serviço; e,
- i) quando houver, a declaração de voto.

CAPÍTULO VIII Das Ouvidorias de Defesa do Usuário

Art. 16 - Fica criada, no âmbito da União, a Ouvidoria de Defesa do Usuário de Serviço Público, órgão subordinado ao Conselho Nacional de Serviço Público.

Art. 17 - O Ouvidor será indicado pelo Conselho Nacional de Serviço Público e nomeado pelo Presidente da República, após arguição e aprovação pelo Senado Federal, com mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Art. 18 - Ao Ouvidor competirá:

I - atuar, de ofício ou por provocação, na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos do usuário dos serviços públicos contra atos e omissões ilegais ou manifestamente injustos praticados pelos prestadores de serviço;

II - receber e apurar as reclamações ou denúncias relativas à prestação dos serviços, recomendando aos órgãos competentes, quando cabível, a instauração de sindicâncias, processos administrativos ou auditorias;

III - recomendar a correção de atos e procedimentos que violem os princípios estabelecido nesta lei;

IV - sugerir aos prestadores medidas de aprimoramento e adequação dos serviços;

V - difundir amplamente os direitos do usuário;

VI - apresentar anualmente ao Conselho Nacional de Serviço Público relatório circunstanciado de suas atividades e dos resultados obtidos.

§ 1º - Não serão objeto de apreciação do Ouvidor as questões judiciais ou administrativas pendentes de decisão.

§ 2º - O recebimento de reclamações ou denúncias pelo Ouvidor não implicará na suspensão ou interrupção dos prazos administrativos.

Art. 19 - O Ouvidor, no uso de suas atribuições, terá acesso a todo e qualquer documento referente à prestação dos serviços, podendo requisitá-lo para exame e posterior devolução.

Art. 20 - Todos os servidores do Poder Público deverão prestar apoio e informações ao Ouvidor em caráter prioritário e em regime de urgência.

§ 1º As informações requisitadas, por escrito, pelo Ouvidor, deverão ser prestadas no prazo de 72 (setenta e duas) horas, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º A impossibilidade de cumprir o prazo determinado no parágrafo anterior deverá ser comprovada, em igual prazo.

Art. 21 - Ao Ouvidor será vedado:

I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, porcentagens ou custas;

II - exercer outra função pública ou atividade privada remunerada de qualquer espécie, salvo a de magistério superior;

III - participar de sociedade comercial, na forma da lei;

IV - exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei.

Art. 22 - Qualquer cidadão poderá representar contra o Ouvidor junto ao Conselho Nacional de Serviço Público, assegurado o direito a ampla defesa e ao contraditório.

Parágrafo único - Será destituído do cargo o Ouvidor que:

I - infringir o disposto no artigo anterior;

II - abusar das prerrogativas do cargo;

III - negligenciar o cumprimento de suas atribuições;

IV - sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Art. 23 - O Ouvidor poderá requisitar, com ônus, servidores de órgãos e entidades integrantes da administração pública direta e indireta, quaisquer que sejam as funções a serem exercidas, observado o disposto no artigo 18 desta lei.

Art. 24 - As Ouvidorias criadas pelos órgãos colegiados instituídos na forma do artigo 11 parágrafo 4º desta lei, poderão atuar de forma integrada à Ouvidoria de Defesa do Usuário de Serviço Público.

CAPÍTULO IX
Da Apuração de Violação dos Direitos do Usuário

Art. 25 - De ofício ou mediante representação do interessado, o dirigente do órgão responsável pela prestação do serviço promoverá a apuração de qualquer violação dos direitos do usuário que chegue ao seu conhecimento.

Art.26 - A instauração do processo será feita por ato administrativo devidamente fundamentado em que se designará o servidor encarregado da apuração dos fatos, sendo-lhe assegurado todos os meios e recursos necessários ao desempenho da tarefa que lhe foi atribuída.

Art. 27 - Os atos administrativos do processo terão forma escrita, com registro em banco de dados próprio, indicando a data e o local de sua emissão, e com a assinatura do agente público responsável.

Art. 28 - Serão observados os seguintes prazos:

I - dois dias, para autuação, juntada aos autos de quaisquer elementos e outras providências de simples expediente;

II - quatro dias, para efetivação de notificação ou intimação pessoal;

III - cinco dias, para elaboração de informe sem caráter técnico;

IV - quinze dias, para elaboração de pareceres, perícias e informes técnicos, prorrogáveis por mais dez dias a critério da autoridade superior, mediante pedido fundamentado;

V - cinco dias, para decisões no curso do processo;

VI - quinze dias, a contar do término da instrução, para decisão final;

VII - dez dias, para manifestações em geral do usuário ou providências a seu cargo.

Art. 29 - Se no decorrer da apuração surgirem provas, ainda que indiciárias, que digam respeito a possível responsabilidade de algum servidor ou preposto de pessoa física ou jurídica de direito privado prestadora de serviço público, deverá ele ser ouvido e prestar esclarecimentos, facultando-se-lhe produzir provas que julgar convenientes.

Art. 30 - Durante a tramitação do processo serão assegurados aos interessados os direitos de:

I - ter vista dos autos e obter cópia dos documentos nele contidos;

II- ter ciência da tramitação do processo e das decisões nele proferidas, inclusive da respectiva motivação e das opiniões divergentes;

III - formular alegações e apresentar documentos os quais serão juntados aos autos e levados em consideração pelo responsável pela apuração dos fatos.

Art.31 - Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, estes serão intimados para esse fim, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

Parágrafo único - Quando a intimação for feita ao denunciante para fornecimento de informações ou documentos necessários à apreciação e apuração da denúncia, o não atendimento autorizará o arquivamento do processo, se de outro modo o órgão responsável pelo processo não puder obter os dados solicitados.

Art.32 - Concluída a instrução, o responsável pela apuração deverá elaborar relatório de todos os atos do processo e opinar conclusivamente, encaminhando os autos à autoridade que determinou a instauração do processo.

Art. 33 - O dirigente do órgão responsável pela apuração deverá proferir decisão que, conforme o caso, poderá ser:

I - arquivamento dos autos;

II- determinação da prática dos atos que se fizerem necessários para atendimento dos direitos do usuário;

III- encaminhamento dos autos ou das peças que julgue pertinentes ao órgão competente para apurar os ilícitos administrativo, civil e criminal contra os responsáveis pelas violações dos direitos do usuário ou, se competente, determinar a apuração.

Art. 34 - Sempre que no processo for identificada alguma deficiência na prestação dos serviços, por inadequação de procedimentos, deficiência de meios ou outra qualquer causa, a autoridade responsável pela decisão final promoverá a correção de tudo quanto entendido como insatisfatório.

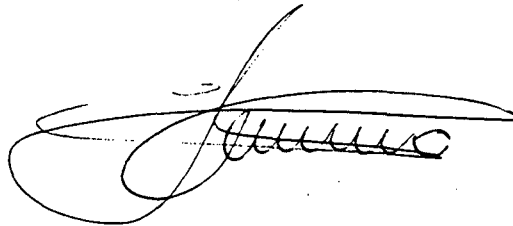
Art. 35 - Aplicam-se ao processo regulado neste Capítulo, no que forem compatíveis, os preceitos legais do processo administrativo.

CAPÍTULO X
Das Disposições Transitórias e Finais

Art.36 - Fica o Poder Executivo autorizado no ano de 1999 a efetuar as despesas necessárias à instalação do Conselho Nacional de Serviço Público e da Ouvidoria de Defesa do Usuário , podendo remanejar, transferir ou utilizar saldos orçamentários, empregando como recursos dotações destinadas às atividades finalísticas e administrativas do Ministério do Orçamento e Gestão.

Art. 37 - Os contratos mantidos entre o Poder Público e prestadores privados de serviços públicos deverão ser adequados às exigências estabelecidas nesta lei no prazo de 90 (noventa) dias, contado de sua publicação.

Art. 38. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. J. J. J. J.', with a large, sweeping flourish above the letters.

JUSTIFICATIVA

Que cidadão brasileiro já não enfrentou filas homéricas, descaso, lentidão, mau-humor e até distrato por parte do servidor público, sem contar o extravio e desaparecimento de documentos.

É importante ressaltar que não se trata da totalidade dos serviços públicos e seus servidores, mas existe uma parte que acaba por desprestigiá-lo, fazendo parecer que o funcionário público não quer trabalhar e que o consumidor do serviço público é apenas um pedinte e não tem direitos.

Afim de melhorar a qualidade dos citados serviços e regulamentando o artigo 37, §3º da Constituição Federal em vigor e artigo 27 da Emenda Constitucional n.º 19, resolvemos apresentar projeto de lei de competência do Legislativo com o objetivo de melhorar a qualidade.

Os serviços públicos devem ser prestados de forma adequada ao pleno atendimento do usuário, obedecendo aos princípios da universalidade, generalidade, cortesia, transparência, regularidade, continuidade, segurança, atualidade e, quando cabível, modicidade das tarifas.


Este Projeto visa estabelecer eficientes regras sobre o regime de participação e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício de suas funções ou sob o regime de concessão, permissão ou autorização.

Para a adequada prestação dos serviços públicos é indispensável a participação do usuário no planejamento, fiscalização da execução e avaliação dos serviços, cabendo às pessoas de direito público e às de direito privado assegurar os meios necessários ao seu exercício.

Nesse sentido e preocupado com a qualidade dos serviços públicos, é que proponho o presente projeto de lei, o qual espero venha a merecer o apoio e a aprovação dos meus pares.

Atenciosamente,

20/03/1999


Deputado Celso Russomanno
PPB/SP

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA
COORDENAÇÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS - CeDI
CONSTITUIÇÃO
- DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
1988

TÍTULO II
Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I
Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

TÍTULO III
Da Organização do Estado

CAPÍTULO VII
Da Administração Pública

SEÇÃO I
Disposições Gerais

Art. 37 - A administração pública direta, indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios

de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

** Artigo, "caput" com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998 .*

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

** § 3º com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998 .*

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

** Inciso I acrescido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998 .*

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

** Inciso II acrescido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998 .*

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

** Inciso III acrescido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998 .*

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

EMENDA CONSTITUCIONAL 19 DE 04 DE JUNHO 1998

MODIFICA O REGIME E DISPÕE SOBRE PRINCÍPIOS E NORMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SERVIDORES E AGENTES POLÍTICOS, CONTROLE DE DESPESAS E FINANÇAS PÚBLICAS E CUSTEIO DE ATIVIDADES A CARGO DO DISTRITO FEDERAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Art. 27 - O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.

CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990

CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

TÍTULO I Dos Direitos do Consumidor

CAPÍTULO I Disposições Gerais

Art. 1º - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art.48 de suas Disposições Transitórias.

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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.