

Os serviços públicos de interesse geral sob a perspectiva dos direitos do cidadão

Public services of general interest under the perspective of citizen's rights

Joyceane Bezerra de Menezes*

Resumo

Dispõe sobre os serviços públicos de interesse geral e analisa brevemente o novo modelo de prestação dos serviços próprios de natureza universal, defendendo a sua qualificação enquanto direito fundamental. Em seguida analisa a regulamentação infraconstitucional dos direitos do usuário, discorrendo criticamente sobre a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Lei no.8.078/1990.

Palavras-chave: Serviço público. Direitos fundamentais. Regime jurídico de direito publico. Direitos do usuário. Código de Defesa do Consumidor.

Abstract

This essay analyses the public services of general interest and briefly examines the new model of rendering of proper services of universal nature, defending their qualification as fundamental right. Further, the essay explores the infra constitutional regulation of the rights of the user of public services, considering the possibility of application of the Consumers Code – Law # 8.078/1990.

Keywords: Public Services. Fundamental rights. Public Right regime. Rights of the user. Consumer Code.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o serviço público foi tradicionalmente desenvolvido pelo Estado ou por suas empresas. Com as mudanças ocorridas nas décadas de 80 e 90 e, principalmente, em função das pressões das agências multilaterais, a exemplo do Fundo Monetário Nacional e Banco Mundial, o estado brasileiro passou por uma reforma estrutural, alterando sensivelmente o modelo de prestação de serviço público. Ainda na

década de 80, algumas medidas foram inauguradas no sentido de redimensionar o papel do Estado, muito embora as alterações mais substanciais tenham sido implementadas por emendas constitucionais produzidas já nos anos noventa. Sob a justificativa de ampliar a eficiência da atividade estatal, o regime dos serviços públicos foi alterado, ampliando-se a descentralização e promovendo a desestatização. Nesse contexto, boa parte dos serviços públicos, embora de titularidade do Poder Público, passou a

* Doutora em Direito pela UFPE. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito – UNIFOR. Professora adjunto do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. (joyceane@unifor.br).

ser desenvolvida por particulares por meio do instituto da concessão, dentre eles os serviços de interesse geral¹.

Importa destacar que incide sobre essa modalidade de serviço público um regime jurídico de direito público-administrativo, caracterizado pela supremacia e prerrogativas estabelecidas em favor dos interesses públicos assim definidos pelo sistema normativo. O serviço público executado por particular se desenvolve sob a perspectiva de um regime misto, ora atendendo às regras de direito privado, ora atendendo as imposições do direito público. A concessionária é uma pessoa jurídica, empresa organizada sob os signos do direito privado, entabula contratos de natureza privada com os seus usuários, mas no que toca à atividade pública objeto da concessão, sujeita-se às normas do regime jurídico-administrativo, voltadas para permitir a satisfação efetiva dos interesses públicos encarnados na atividade. Muitas dessas atividades são incorporadas ao rol das necessidades individuais dos cidadãos e qualificadas como pré-requisitos de uma vida digna. Nessa medida, esses serviços podem ser qualificados como direitos fundamentais ou mesmo garantias constitucionais. Entretanto, são atividades prestadas mediante remuneração, não raramente seguindo a ótica comercial. Assim, importa analisar a influência do Direito do Consumidor nas relações firmadas para a prestação do serviço público, visando à tutela dos usuários e ainda verificar possibilidade de enquadramento de tais serviços como direitos fundamentais.

1 O SERVIÇO PÚBLICO DE INTERESSE GERAL NO BRASIL E O REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO

A locução *serviços públicos de interesse geral* é de origem europeia e serve para indicar a “atividade cuja generalidade dos cidadãos utiliza traduzindo-se, para eles, numa verdadeira necessidade para a completa vivência social. Serviço de interesse geral será aquele que satisfaça necessidades básicas da generalidade dos cidadãos quer sejam elas econômicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação dos cidadãos” (GOLVEIA, 2001, p.17).

Classificam-se como o fornecimento de energia elétrica, as telecomunicações, os serviços postais, os

serviços de rádio e de televisão, o fornecimento de água e gás, os transportes coletivos, os serviços de saúde, de assistência social, educação, cultura. São serviços essenciais à vida, à saúde e à participação social, com os quais o cidadão gasta considerável fatia do seu orçamento mensal. É certo que, na Europa, boa parte dessas atividades não são da titularidade dos Estados, mas, por serem consideradas atividades de utilidade pública, se sujeitam a um regime jurídico próprio. Ali, a locução *serviço público* pode designar ora a atividade estatal propriamente dita, ora os princípios e obrigações que visam a assegurar a todos os cidadãos o acesso aos serviços já citados (GOLVEIA, 2001, p.21). Na última hipótese, a locução *serviço público* se aplica ao regime jurídico imposto aos serviços de interesse geral.

Note-se que, no Brasil, a expressão *serviço público* se define a partir da conjugação de dois elementos essenciais: o primeiro, substrato material da definição, é a prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro elemento, consistente no traço formal, é o regime jurídico de direito público.

Em função da importância dessas utilidades para a sociedade, o Estado ora toma para si a faculdade de prestá-las, ora permite que a iniciativa privada as desenvolva, guardando para si a tarefa de fiscalização e controle, respeitada a incidência do regime jurídico de direito público (MELLO, 2004, p.619-620). Por meio desse regime, o Estado visa a resguardar os interesses da coletividade em face dos interesses do próprio Estado, do particular que executa o serviço ou mesmo diante de terceiros que pretendam obstar a sua prestação.

A Constituição brasileira indica, sem pretensão exaustiva, alguns serviços que são da competência das pessoas jurídicas políticas e, assim, considerados serviços públicos. Os serviços públicos podem ser exclusivos do Estado, privativos do Estado e não exclusivos. Relativamente aos primeiros, tem-se o Estado por titular exclusivo, não se permitindo a execução por particulares por meio da permissão ou da concessão, são eles: os serviços postais e o correio aéreo nacional.

Os serviços não exclusivos², embora tenham de ser prestados pelo Estado, também podem ser prestados, em concorrência por particulares, são eles: saúde, educação, previdência social, assistência social e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

¹ Locução empregada pelos países da comunidade europeia para identificar aqueles serviços comerciais ou não que satisfazem as necessidades básicas dos cidadãos, serviços cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social desses cidadãos.

² Di Pietro (2003, p.103) esclarece essa categoria de atividade, quando prestada por particular, qualifica-se como serviço público impróprio embora, no sentido jurídico, sequer poderia ser considerada serviço público vez que não é atribuída ao Estado com exclusividade e também não está sujeita ao regime jurídico de direito público.

No exercício dessas atividades, o particular está sujeito à disciplina rigorosa do poder público.

Todos os demais serviços públicos, notadamente os arrolados no art.21, inciso XI e XII da Constituição Federal, podem ser prestados pelo próprio Estado ou por transferência do desempenho à iniciativa privada por via da concessão ou permissão³.

Tomando por empréstimo a locução *serviço público de interesse* geral, teríamos no Brasil os serviços públicos prestados por concessão ou permissão, a exemplo da distribuição de água, de energia elétrica, de gás, a telefonia, o transporte coletivo e o tratamento de esgotos; bem como os serviços públicos passíveis de concorrência com a iniciativa privada, como a educação, saúde, assistência e previdência social. E ainda os serviços postais. Ressalta-se que relativamente aos serviços públicos próprios⁴, há a incidência do regime jurídico de direito público marcado pelo princípio da universalidade.

Nos países da Europa, os chamados serviços públicos essenciais, como o fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, estão sujeitos ao regime intitulado *serviço universal*, que designa o conjunto de princípios e obrigações impostos na execução de determinados serviços a fim de torná-los acessíveis a todos os cidadãos (GOLVEIA, 2001, p.25).

O regime jurídico de direito público que disciplina os serviços públicos no Brasil estrutura-se a partir da prevalência do interesse público. O norte obrigatório de toda decisão que envolva o serviço público devem ser as conveniências da coletividade e não o interesse estatal ou interesse particular. A lei de concessões (lei no.8.987/1995, arts.6º., *caput* e parágrafo primeiro) dispõe que toda concessão ou permissão pressupõe um serviço *adequado*⁵. A adequação aqui mencionada corresponde ao pleno atendimento às necessidades do usuário, considerando as exigências de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

A regularidade corresponde ao respeito às regras jurídicas e às normas técnicas atinentes à prestação do serviço. A continuidade do serviço visa a evitar

que na sua prestação haja soluções de continuidade em detrimento do usuário e da coletividade como um todo. Somente em virtude do inadimplemento do usuário ou por necessidade de reparo técnico a lei autoriza a interrupção do fornecimento do serviço público. A eficiência se subordina ao objetivo do serviço, qual seja, o atendimento das necessidades do usuário mediante o respeito aos requisitos indispensáveis da qualidade. A segurança visa a resguardar o usuário e a coletividade de quaisquer riscos. A segurança é o pressuposto de qualquer serviço, até mesmo daqueles disponíveis no mercado de consumo. A atualidade consiste na sua adaptação às necessidades do momento, mediante o uso das modernas técnicas e equipamentos. A generalidade ou universalidade diz respeito à amplitude do acesso ao serviço por todos os cidadãos. Em virtude da universalidade, os prestadores de serviço e o próprio Estado devem adotar medidas que socializem o acesso do bem a todos. Não sem razão a lei estabelece a obrigatoriedade da expansão do serviço e a adoção das tarifas sociais. A cortesia supera a idéia de urbanidade para alcançar o processamento das críticas e sugestões do usuário.

A modicidade das tarifas representa um dos aspectos do equilíbrio financeiro de toda concessão. As tarifas devem ser compatíveis com a justa remuneração a que tem direito o concessionário e com a garantia do serviço adequado, mas não podem representar um obstáculo à fruição desse serviço. A lei de concessões defere ao concessionário a realização de outras atividades para favorecer a prestação do serviço adequado. Mas sem dúvida a definição de tarifas justas tem sido um grande problema no ambiente de descentralização do serviço público. O Brasil carece de uma política tarifária capaz de oferecer parâmetros concretos de controle.

3 SERVIÇOS DE INTERESSE GERAL E DIREITO FUNDAMENTAL

Não se discute que o desenvolvimento tecnológico trouxe sensível modificação na vida das pessoas, proporcionando-lhes facilidades que, paulatinamente, foram sendo incorporadas ao rol das

³ Conforme art.175, Constituição Federal, "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

⁴ Modalidades dos serviços de interesse geral sujeitos ao regime jurídico de direito administrativo. Na classificação utilizada por Di Pietro (2003, p.103), são assim considerados aqueles serviços que, para atenderem as necessidades coletivas são prestados pelo Estado diretamente ou indiretamente, por meio de concessionários ou permissionários. Em contraponto têm-se os serviços públicos impróprios que não são da competência exclusiva do Estado nem tampouco estão sendo executados por este.

⁵ Medauar (2003, p.346) entende que o serviço adequado como critério de exigência para o serviço executado pelo concessionário deve se estender para o serviço executado diretamente pelo Poder Público.

suas necessidades diárias. O uso da energia elétrica, a distribuição da água potável, o saneamento básico, o transporte coletivo e a própria telefonia são hoje itens básicos da estrutura que qualifica uma vida digna

A doutrina é unânime em condicionar a idéia de serviço público à satisfação de interesse coletivo⁶. Até mesmo os serviços públicos impróprios devem buscar o interesse público. Porém há serviços públicos afetados pelo princípio da universalidade em função de sua essencialidade para a coesão social, para o desenvolvimento social e para a cidadania coletiva.

O acesso a tais serviços é indispensável para assegurar a cada cidadão a realização de seus direitos, *em termos de mobilidade, informação e inserção social*. (DERANI, 2002, p.68-69). No mesmo sentido já dizia Golveia (2003, p. 19-20):

[...] a essencialidade dos serviços de interesse geral à participação social plena implica que estes são um importante factor na consagração de uma nova dimensão da cidadania, e os seus utilizadores, mais do que meros consumidores, são cidadãos, titulares de direitos fundamentais.[...] Somos, por isso, de opinião que os serviços de interesse geral, mesmo os de natureza econômica, são fontes de verdadeiros direitos de cidadania, estruturantes de uma sociedade moderna. Negar o acesso de consumidores a estes serviços não é apenas não responder às suas necessidades econômicas mas, sobretudo, atentar contra a sua dignidade e os seus direitos enquanto cidadãos.

Embora o acesso a tais serviços não esteja previsto de modo expresso como direitos fundamentais pela Constituição, evoca-se aqui o conteúdo do art.5º., parágrafo segundo⁷. O acesso aos serviços públicos de interesse geral, especialmente àqueles serviços públicos próprios, é pressuposto de uma vida digna e indissociável do princípio da igualdade. Pois se essas comodidades podem ser gozadas

pelos cidadãos dotados de poder econômico, não se pode negar o acesso àqueles de menor ou nenhum potencial financeiro. Cabe ao Estado diligenciar para torná-los acessíveis a todos os cidadãos⁸.

Lembre-se do princípio da impessoalidade da administração pública consignado no art.37 da Constituição e do conseqüente pressuposto da generalidade dos serviços públicos, previsto no art.7º. da Lei de Concessões (lei 8.987/95). Mesmo que tal prestação não configure expressamente como direito subjetivo na legislação, o cidadão poderá recorrer ao direito fundamental da igualdade e ao conjunto de princípios que informam o Estado social (KRELL, 2000, p.41).

A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 8 de dezembro de 2000 (Diário Oficial das Comunidades Européias, de 18 de dezembro de 2000), anuncia no art. 36⁹, o solene compromisso de garantir o “acesso aos serviços de interesse econômico geral”, figurando tais serviços como direitos de cidadania, estruturantes da sociedade moderna.

É certo que os direitos fundamentais sociais são direitos dependentes da atuação positiva do Estado. O Estado, “mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de interesse público, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas políticas públicas sociais que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos” (KRELL, 2002, p.19-20). Se o Estado cria ofertas para a coletividade deve assegurar o acesso dos cidadãos.

Compreendido o acesso a tais serviços como direito fundamental, é importante analisar os limites de sua prestação pelo particular. Ora, o indivíduo livre e assim as empresas privadas agem na sociedade, na vida econômica, movidos por interesses próprios, por finalidades individuais, não necessariamente

⁶ Entende-se aqui que inexistente atividade pública ou privada a priori, assim como o conteúdo de interesse público pode variar no tempo e no espaço, sendo curial ressaltar o papel do legislador na definição do que é serviço público e do interesse coletivo a que aquele deve atender (DERANI, 2002, p.63).

⁷ Art.5º., §2º. – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁸ Na expressão de Canotilho (1992).

“À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (é o fenômeno que a doutrina alemã designa por *Daseinsvorsorge*), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (ex.: igual acesso às instituições de ensino, acesso aos serviços de saúde, igual acesso a utilização das vias e transportes públicos); e direito de igual quota-parte (participação) nas prestações que estes serviços ou instituições prestam à comunidade (ex.: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez, etc.) [...] O direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de ‘guarda flanco’ (MULLER, 1992, p. 552-554) desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido”.

⁹ “La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y practicas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”. No âmbito dos compromissos de ordem social, tem-se uma ampliação das liberdades públicas, especialmente no que toca ao acesso aos serviços de interesse geral, um aprofundamento do princípio de solidariedade. Corresponde à vitória da aspiração social em ter generalizado serviços aos quais parte da humanidade por séculos não teve acesso, tais como energia elétrica, transportes, telecomunicações, água, etc. Importa no redimensionamento do serviço público protagonizado de forma mais ou menos intensa pela Administração Pública, mediante regime jurídico qualificado (BAQUER, 2003, p.68-69).

em prol do interesse coletivo. enquanto o Estado, detentor do poder público, deve agir em atenção ao interesse público com finalidades sociais (DERANI, 2002, p.62-63).

Neste sentido aqueles bens públicos passam a desempenhar uma função de 'guarda de flanco' dos direitos que promovem a realização da dignidade humana. Constituem direitos econômicos, categoria dos direitos sociais, em cuja essência está a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais e a defesa do consumidor (leia-se também defesa do usuário) e da concorrência¹⁰.

Na Teoria do Estado Social, o Poder Público tem o dever de concretizar materialmente as liberdades constitucionais. É obrigação do Estado a garantia de um status mínimo de satisfação dos indivíduos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 projeta um Estado democrático, desenvolvimento, forte, com princípios voltados para a realização da dignidade da pessoa humana e a ampliação da cidadania. Nesta ordem, a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem relevância, cabendo a ele a responsabilidade pela provisão dos serviços públicos basilares à realização e ao desenvolvimento desta coesão e interdependência social (GRAU, 2001, p.259).

E como a dignidade da pessoa humana é adotada no Brasil tanto como fundamento da República (art. 1º, III, CF/88) quanto como fim da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF/88), finda por comprometer todo o exercício da atividade econômica, seja em sentido amplo, seja em sentido restrito, no projeto de sua realização. Todos, tanto o setor público quanto o setor privado, devem se empenhar para a realização e promoção da dignidade da pessoa humana (GRAU, 1991, p.217-218).

Mas as empresas que desenvolvem os serviços públicos perseguem o lucro. Como conciliar o mandamento da universalidade, decorrente do regime jurídico administrativo, com o intuito de lucro inerente à atividade privada? O lucro deve se submeter aos imperativos do interesse público. Caberá ao Estado o exercício da fiscalização e o controle contínuo de modo a garantir o respeito à universalidade de acesso aos serviços. Mas essa tarefa não é tão simples. Mesmo com a atuação dos entes reguladores independentes, as empresas privadas prestadoras dos serviços

dominam as informações inerentes à execução do serviço a seu encargo, gerando o fenômeno da assimetria de informações que, sensivelmente, dificulta a fiscalização estatal.

De toda sorte a compreensão doutrinária de que o acesso a esses serviços constitui um direito fundamental contribuirá para o desenrolar da democracia social com a ampliação do acesso às comodidades decorrentes do estágio tecnológico da sociedade moderna.

4 O USUÁRIO DO SERVIÇO E OS SEUS DIREITOS - A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O usuário do serviço público não pode ser considerado um mero consumidor, pelas razões acima enunciadas. O acesso aos serviços aqui elencados pressupostos da cidadania. A confusão das terminologias *consumidor*, *usuário* e *cliente* se faz diante de um pano de fundo de natureza ideológica. Identificar o cidadão com o cliente ou consumidor contribui para difundir a idéia de que os serviços são prestados sob a ótica comum do mercado de consumo, aquela que defere o serviço a quem por ele pode pagar. O usuário do serviço público é aquele que tem direito àquela comodidade, cuja finalidade é a satisfação das necessidades sociais.

A Constituição Federal brasileira utiliza o termo *usuário* como referência ao destinatário do serviço público. Tanto quis diferenciar o usuário do consumidor que dispôs no art.27¹¹ da EC no.19/1998 sobre a necessidade de lei protetiva do usuário, apesar da lei protetiva do consumidor (Lei no.8.078/90) - Código de Defesa do Consumidor - CDC, à época existente.

Mas passados quase oito anos da publicação da Emenda no.19/1998, a lei de proteção do usuário não foi promulgada. A lei de concessões (Lei no.8987/1995) traz um capítulo sobre os direitos e obrigações do usuário, remetendo à aplicação do Código de Defesa do Consumidor¹².

É evidente a preocupação do Código de Defesa do Consumidor - CDC com a qualidade do serviço público. No Capítulo que traz o rol dos direitos básicos do consumidor, inclui-se o direito à *adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, em geral* (art. 6º., X), e no art. 22, dispõe-se acerca da obrigatoriedade dos órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer

¹⁰ Conforme André R. Tavares (2002, p.555-556)., os direitos sociais se agrupam em algumas categorias, dentre elas: os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais da seguridade social, os direitos sociais de natureza econômica e os direitos sociais da cultura.

¹¹ "Art.27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário dos serviços públicos."

¹² "Art.7º. Sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários[...]"

outra forma de empreendimento, de fornecer serviços adequados, eficientes e seguros, quando essenciais, contínuos¹³.

Admite a possibilidade de o serviço público funcionar como objeto de uma relação de consumo, uma vez que define como serviço (art. 3o. §2o.), *qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração*. Logo, pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que ofereça serviço mediante remuneração (por preço público ou tarifa)¹⁴ pode ser considerada fornecedora, sendo o usuário, por consequência, consumidor.

Entende-se, porém, que o usuário de serviços próprios, parte dos serviços públicos de interesse geral, remunerados por tarifa, deveria ter um tratamento específico. Diante da ausência de lei específica de proteção ao usuário do serviço é que se justifica a aplicação do CDC. A própria lei de concessões estabelece a aplicação do CDC quando trata dos direitos dos usuários, mas destaca a sua natureza subsidiária. Nas letras de Carlos Alberto Bittar (1992, p.137), a expedição do CDC :

veio a responder a antiga exigência da economia de mercado, que estava à míngua de mecanismos jurídicos adequados para contrabalançar os desníveis existentes entre os grandes fornecedores de bens e de serviços, inclusive os públicos, e os consumidores em geral, para efeito de aquisição e gozo das utilidades próprias.

A finalidade básica do CDC é assegurar o equilíbrio das relações de consumo, ressaltando os direitos do consumidor diante dos fornecedores, exercentes das atividades de capital. Regula relações privadas por excelência, apesar de também resguardar interesses coletivos e difusos. Tem origem na preocupação de frear os ânimos do capital em direção ao lucro, tendo em vista a defesa do consumidor contra as mais diversas práticas abusivas. Visa a resguardar o consumidor das investidas dos fornecedores, representantes de um

poder econômico, cujo império se mantém sobre as bases de uma cultura de consumo, alimentada por publicidades, pelas mais diversas formas de vendas e estratégias mercadológicas, capazes de violentar a autonomia do consumidor subliminarmente¹⁵.

Muitos instrumentos do CDC estão à disposição dos usuários dos serviços públicos – as disposições relativas ao serviço viciado, à oferta e publicidade, à segurança. Mas do ponto de vista principiológico, porém, muito haveria que melhorar em referência às medidas de participação do usuário, uma das tendências do direito administrativo contemporâneo. Principalmente porque tais medidas fogem ao objetivo daquele código.

É certo que o serviço público próprio pode ser prestado por pessoa jurídica privada, mediante remuneração, mas, mesmo assim, continuará sendo atividade do Estado, sujeita às derrogações constitucionais e caracterizada pela finalidade de satisfação das necessidades coletivas. Não se compara à atividade econômica desenvolvida pelo Estado ou mesmo aos chamados serviços impróprios, desenvolvidos pela iniciativa privada mediante autorização do Poder Público.

No Brasil, a idéia de serviço público próprio e essencial (vide lei no. 7.783/89) não se enquadra como atividade fornecida no mercado de consumo. Trata-se aqui de atividade pública em contraposição à atividade econômica. Tampouco a Constituição brasileira considera o Estado um agente econômico, pelo contrário, restringe-lhe a possibilidade do exercício de atividade econômica aos imperativos da segurança nacional e do interesse público.

Cuide-se que *mercado de consumo* é uma expressão que também condiciona o serviço, objeto de uma relação de consumo. Mercado de consumo é “a cadeia das relações de troca de bens e de prestação de serviços, realizadas pelos diversos agentes econômicos”¹⁶. Mercado de consumo é expressão relacionada à economia de mercado

¹³ Importa saber se é permitida a incidência do CDC nas relações que envolvam a prestação dos serviços públicos em geral, ou somente daqueles remunerados. Da interpretação teleológica e sistemática do citado diploma legal, entende-se que somente caberá a sua aplicação no âmbito de uma relação de consumo, ou seja, quando presentes as figuras do consumidor, do fornecedor e a prestação do serviço remunerado oferecido no mercado de consumo.

¹⁴ Antonio Herman Benjamin (1991, p.110) defende uma interpretação extensiva do CDC, aceitando a sua aplicabilidade a todos os serviços públicos, tanto aos *uti universi* quanto aos *uti singuli*; na sua compreensão, o Estado é um dos que compõem o gênero fornecedor. Maria Regina Helena Costa (1999, p.97) entende que a remuneração é condicionante da relação de consumo. Mas admite que podem figurar como objeto de uma relação de consumo até mesmo os serviços públicos que originam o pagamento de taxa, entendendo que neste tipo de serviço há a divisibilidade e a remuneração. Por fim, exclui os serviços públicos *uti universi* e aqueles não remunerados. Contudo, é bom lembrar a lição dos tributaristas - taxa é um tributo e não um preço público. Não se trata aqui de remuneração ou contra-prestação de serviço, porque o cidadão pode ter de pagar uma taxa sem efetivamente utilizar o serviço. Filomeno (2001, p.53) contra-argumenta também neste sentido, inadmitindo que impostos, taxas e contribuições de melhoria sejam entendidos como remuneração. Claudia Lima Marques (2002, p.135) entende que apenas os serviços remunerados mediante tarifa podem ser enquadrados no tipo prescrito no art. 3o., §2o. do CDC, de modo a figurar objeto de uma relação de consumo.

¹⁵ (2003, p.51) Neste sentido, Newton De Lucca argumenta que, “talvez não se esteja a praticar nenhum exagero quando se afirma que a real necessidade de consumo de um produto ou de um serviço, na sociedade dita de consumo, de nosso tempo, que muito freqüentemente, não se acha ligada à realidade psicobiológica ou social dos indivíduos e sim aos interesses prevaletentes daqueles que fornecem tais bens ou serviços”.

¹⁶ Recorrendo mais uma vez a Newton De Lucca (2003, p.148-149), tem-se que o CDC muitas vezes faz referência ao mercado de consumo como a arena onde se estabelece a relação jurídica que justifica o tratamento diferenciado ao consumidor (Art.3o., §2o.; art. 4o. incisos II, 'c', IV, VI, VIII, etc.). Assim, o mercado de consumo corresponde a um componente indispensável para a devida caracterização da relação de consumo.

baseada no fato econômico *troca*, aprimorada com instrumentos como *moeda e crédito*. O funcionamento da economia de mercado envolve a concorrência, a livre iniciativa e até mesmo a intervenção do Estado (SOUZA, 2003, p.238). No caso dos serviços públicos próprios prestados direta ou indiretamente, porém, não parece tratar-se de atividade econômica pura e simplesmente; correspondem a um dever do Estado, indispensável à realização de muitos direitos fundamentais. Reforça Marcos Juruena V. Souto (2003, p.355) que “os serviços públicos podem comportar exploração comercial ou industrial, mas não são atividades econômicas inseridas na liberdade de iniciativa. São atividades disciplinadas e fiscalizadas pelos Poderes competentes, na forma das respectivas leis regedoras”.

A aplicação do CDC às relações entre concessionária e usuário somente se justifica pela ausência de lei específica, especialmente no que toca à responsabilidade pelos vícios, defeitos, práticas e cláusulas contratuais abusivas decorrentes do fornecimento. Mesmo assim, a responsabilidade do fornecedor de serviço público não poderia ser diferente do que impõe o CDC, haja vista o princípio da responsabilidade objetiva contido no art. 37, §6o. da Constituição Federal.

O CDC é lei geral principiológica (MARQUES, 2000, p.84), norma de ordem pública, de raiz constitucional imediata (MARQUES, 2002, p.548). Por força do art. 170, V, a defesa do consumidor constitui princípio limitador da atividade econômica, visando ao redirecionamento da atividade do fornecedor ao respeito à dignidade do cidadão consumidor. Não parece, porém, que esteja apto a operar mudança na lógica em que se baseia a prestação do serviço público próprio pela empresa particular. A prestação desse tipo serviço público exige uma postura distributiva que a pessoa jurídica privada por si só não será capaz de proporcionar. É necessário que o cidadão possa se resguardar de modo mais específico contra os possíveis abusos que o particular prestador de serviço público concedido possa perpetrar.

Sem tirar o mérito e as vantagens da aplicação do CDC às relações entre usuários e concessionária dos serviços públicos, entende-se ser oportuna e urgente a edição de lei específica capaz de regular o assunto, respeitando as suas peculiaridades, ainda que o CDC seja aplicado de forma subsidiária. A propósito destas particularidades, cite-se como exemplo a responsabilidade civil das concessionárias. Enquanto o CDC estabelece como princípio básico a responsabilidade solidária da cadeia de fornecedores, a lei no. 8.987/95 impõe a responsabilidade direta da concessionária pelos prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários e a terceiros (art.25). A

contradição entre o CDC e a Lei de Concessões quanto à responsabilidade civil por danos resolve-se com a preferência desta sobre aquele. Como ambas as leis são ordinárias e especiais, o conflito de sua aplicação será resolvido pelo critério temporal, optando-se pelo diploma mais novo, qual seja, a lei de concessões.

Outra questão diz respeito ao usuário do setor industrial ou comercial. Parte da doutrina (MARQUES, 2002), guiada pela orientação finalista, exclui do conceito de consumidor o grande produtor que utiliza o bem ou serviço na sua cadeia produtiva. Nesta medida o usuário industrial seria excluído da proteção deferida pelo CDC ao usuário comum?

Usuário do serviço público tanto é o destinatário final do serviço quanto aquele que o utiliza como insumo. É também usuário do serviço público aquele destinatário de serviços *uti universi*, executados com recursos provenientes de tributos em geral, por exemplo (SOUTO, 2003, p. 356). Por estas razões, urge a publicação da lei de proteção ao usuário.

CONCLUSÃO

Os serviços de interesse geral, especialmente aqueles considerados *serviços públicos próprios*, em virtude de sua importância para a qualificação de uma vida digna, são considerados direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não são apenas aqueles arrolados no artigo 5º da Constituição Federal brasileira; o parágrafo segundo do mesmo artigo admite a existência de outros direitos fundamentais não arrolados explicitamente, mas decorrentes dos princípios e da própria estrutura do Estado Democrático de Direito. É em virtude do princípio da igualdade e da consagrada dignidade humana que todos têm direito aos serviços de transporte coletivo, à energia elétrica, à água tratada, ao esgoto, à telefonia etc. Bens tutelados pelo Estado, cuja prestação é da competência do Estado, embora este possa transferir a execução a entes privados. Porém, a prestação dos serviços de interesse geral pela pessoa jurídica privada – concessionária do serviço público não desqualifica a natureza do bem. Embora se saiba que a finalidade da pessoa jurídica privada seja o lucro, a prestação do serviço pela concessionária estará sujeita à incidência de um regime jurídico de direito público e à fiscalização do Poder Público concedente.

Sob a perspectiva do cidadão titular do direito de gozar do serviço, tem-se a compreensão já declinada de que tal serviço é compreendido como direito fundamental. Na esfera da legislação infra-constitucional, a tutela do cidadão deveria ocorrer por lei especial - a lei do usuário, que ainda não

foi promulgada. Atualmente, o cidadão se vale, por indicação da própria Lei de Concessões do Serviço Público, do Código de Defesa do Consumidor. Porém, entende-se que esse diploma, apesar de sua superior valia, não se presta a uma proteção integral do usuário do serviço público. Inicialmente porque a condição de usuário é diversa da condição de consumidor. O consumidor é partícipe de uma relação de consumo, desenvolvida no mercado de consumo. O usuário é o cidadão titular de um direito em face do Estado. No uso do serviço público não há que se falar em atividade econômica tal qual se estabelece nas relações de consumo motivadas puramente pela ótica comercial. O consumidor está para o agente econômico, enquanto o usuário está para o Estado, em última instância. É certo que a pessoa jurídica concessionária é, por lei, responsável por todos os atos que pratica e pelos danos causados ao usuário. Porém, a própria lei de concessões exclui a responsabilidade do Estado pelo dano que a concessionária causa ao usuário, ao arripio do art.37, parágrafo segundo, da Constituição e da sistemática da responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade solidária entre os fornecedores. Há uma lacuna, em face da inexistência da lei do usuário. Na verdade, o Estado privatiza a execução do serviço sem privatizar a sua titularidade e cria a necessidade de um regulamento próprio para proteger o cidadão titular de direito fundamental ao serviço próprio universal. Porém, faltou ânimo para completar o novo sistema de prestação do serviço – resta publicar a lei do usuário. Mesmo com o seu advento, há muito o que ser feito - não se governa apenas *per leges*.

REFERÊNCIAS

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. *Actualidad de los servicios públicos: una evaluación de las tendencias contemporáneas del derecho administrativo*, em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría. São Paulo: Renovar, 2003.

BENJAMIN, Herman A. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. O advento do código de defesa do consumidor e o seu regime básico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, p. 129-139, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

COSTA, Maria Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 21, p. 97-116, 1997.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOLVEIA, Rodrigo. *Os serviços públicos de interesse geral em Portugal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-267.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LUCCA, Newton De. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral de serviços com base no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, p. 75-91, jan./mar. 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

PASQUALOTO, Adalberto. Os serviços públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, p. 130-148, 1992.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2003.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.