Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 25 – fevereiro/março/abril - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

OS SERVIÇOS PÚBLICOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC): LIMITES E POSSIBILIDADES

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo da EMERJ, do CURSO FORUM (RJ), do CURSO SUPREMO (BH), dos cursos de Pós-Graduação da FGV e da Cândido Mendes. Consultor Jurídico

1) Apresentação do tema; 2) A expressão "serviço público" e sua evolução; 2.1) O serviço público na França: origem do instituto; 2.2) As *public utilities* e o sistema da *common Law*; 2.3) Os "serviços de interesse econômico geral" ou "serviços universais" na União Européia; 2.4) A crise permanente do serviço público e suas tendências; 2.5) O serviço público no direito brasileiro; 3) Princípios dos serviços públicos; 3.1) Princípio da continuidade; 3.2) Princípio da igualdade ou uniformidade ou neutralidade; 3.3) Princípio da mutabilidade ou atualidade; 3.4) Princípio da generalidade ou universalidade; 3.5) Princípio da modicidade; 4) Serviços públicos e o CDC; 5) Estado como consumidor; 6) Conclusões.

1) Apresentação do tema

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos serviços públicos tem sido debatida pela doutrina e pela jurisprudência atuais.

O objetivo do presente estudo é estabelecer as possibilidades e as limitações de incidência do CDC nos serviços públicos.

Da mesma forma, serão apresentadas algumas idéias sobre a possibilidade de o Estado ser qualificado como consumidor para se beneficiar da aplicação do CDC, tema ainda incipiente na doutrina nacional.

2) A expressão "serviço público" e sua evolução

A noção de serviço público tem variado no tempo e no espaço. A evolução social, econômica, tecnológica e jurídica acarreta transformações importantes na própria caracterização das atividades que devem ser prestados pelo Estado. Por outro lado, em razão do quadro normativo diverso, determinadas atividades podem ser classificadas como serviço público em determinado país e como atividades econômicas em outros países.

2.1) O serviço público na França: origem do instituto

Na França, a noção de serviço público foi objeto de construção doutrinária e jurisprudencial (Conselho de Estado).[1] O serviço público francês, não obstante as diversas acepções doutrinárias existentes, considerado como verdadeiro mito,[2] fundamentou o Direito Público (e, em especial, o Direito Administrativo) e legitimou a atuação do Estado.

Afirma-se, normalmente, que a origem da noção de serviço público remonta ao "caso Blanco" (*Arrêt Blanco*), julgado pelo Tribunal de Conflitos de 1873.[3]

Nesse caso, uma criança de cinco anos, Agnès Blanco, havia sido atropelada por uma vagonete pertencente à Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O Tribunal de Conflitos, ao apreciar uma espécie de conflito negativo de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, responsáveis, respectivamente, pela jurisdição administrativa e pela jurisdição comum, fixou a competência do Conselho de Estado para o julgamento da causa, tendo em vista a presença do serviço público naquele caso e a necessidade de aplicação de regras publicísticas, diferenciadas daquelas aplicáveis aos particulares.

A decisão proferida no "caso Blanco" tem sido celebrada por estabelecer a autonomia do Direito Administrativo e por consagrar a importância do serviço público na definição da competência do Conselho de Estado.[4]

---

[1] É oportuno ressaltar que durante o Antigo Regime, no período antecedente à Revolução, a França conhecia atividades análogas ao serviço público, mas que não recebiam essa denominação. A ideia formal de serviço público é posterior à Revolução Francesa. Nesse sentido: GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

[2] CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, 7ª ed., Paris: PUF, 2008, p. 3.

[3] LONG, M; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. *Les grands arrest de la jurisprudence administrative*, 16ª ed., Paris: Dalloz, 2007, p. 1-7.

[4] A utilização do serviço público, como critério de definição de competência do Conselho de Estado Francês, foi feita no julgamento do "caso Terrier", julgado em 1903, em que um cidadão (M. Terrier) pretendia receber indenização da Administração local pelo serviço de caça às víboras, tendo em vista a promessa de recompensa feita pelo Conselho Geral de Saône-et-Loire. A novidade, nesse julgado, é que nem toda demanda, envolvendo serviço público, deveria ser julgada pela jurisdição administrativa, mas apenas aquelas que envolvam os serviços públicos, objeto de "gestão pública", excluídos, portanto, os serviços públicos prestados sob gestão privada. LONG, M; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. *Les grands arrest de la jurisprudence administrative*, 16ª ed., Paris: Dalloz, 2007, p. 73-76.

A teorização do serviço público na França ficou a cargo da denominada "Escola do serviço público" ou "Escola de Bordeaux" no início do século XX.

Léon Duguit, fundador da referida Escola, utilizou a noção de serviço público para substituir a ideia de soberania (puissance) como fundamento do Direito Público. O serviço público funcionaria, ao mesmo tempo, como fundamento e limite do poder estatal.

A partir do postulado sociológico, Duguit concebeu o serviço público como fruto da realidade social vigente em determinado período histórico. O serviço público, em sua visão, seria "toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da iterdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força do governante".[5] Independentemente do regime jurídico da atividade (direito público ou direito privado) e da titularidade, o serviço público abrangeria toda e qualquer atividade que atendesse às necessidades coletivas.

Gaston Jèze, também integrante da Escola do Serviço Público, afastando-se da noção sociológica defendida por Duguit, defendeu uma noção predominantemente jurídica de serviço público, considerando-o como atividade prestada, direta ou indiretamente, pelo Estado, sob regime de direito público.

Nem todas as atividades de interesse geral seriam consideradas serviços públicos, mas apenas aquelas prestadas sob regime jurídico especial (procedimento de direito público), ou seja, com regras derrogatórias do direito privado.[6]

Maurice Hauriou, em contraposição à Escola do Serviço Público, não considerava o serviço público como o centro do Direito Administrativo, mas, sim, o poder de império estatal. O poder administrativo seria, sob o ponto de vista jurídico, o elemento primordial do regime jurídico administrativo.[7]

Todavia, o poder de império, afirma Hauriou, deve ser exercido com limites. Nesse sentido, o serviço público representaria um limite ao poder administrativo.[8]

---

[5] DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho*, Buenos Aires: Heliasta, 2001, p. 37. Os serviços públicos, nesta acepção, não seriam criados pelo Estado, mas, sim, pela própria sociedade que reconheceria a necessidade de determinada atividade atender às necessidades essenciais da coletividade. O critério material (interesse público) seria fundamental para caracterização do serviço público, mas não os critérios subjetivo (titularidade do serviço) e formal (regime jurídico). Estariam incluídas neste conceito ampliado de serviço público todas as atividades estatais (legislativas, jurisdicionais e administrativas), ainda que elas possuam diferenças fundamentais, o que retiraria a utlidade do conceito.

[6] As demais atividades, prestadas por procedimentos privados, estariam excluídas da noção de serviço público, sendo caracterizadas como "gestão administrativa" (*gestion administratif*). Destaque-se, nessa visão, o aspecto formal (regime jurídico) na conceituação do serviço público.

[7] "*Le pouvoir administratif est, au point de vue juridique, l'élément primordial du regime administratif*." HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris: Dalloz, 2002, p. 8.

[8] Nas palavras do autor: "Se o regime administrativo repousa essencialmente sobre o poder, deve ser reconhecido que esse poder é instituído, ou seja, é enquadrado em uma

2.2) As *public utilities* e o sistema da *common Law*

Os Estados Unidos não adotam a noção de serviço público francesa. É importante notar que o próprio Direito Administrativo norte-americano é recente. Isto porque o sistema da *common law*, em razão das suas características inerentes, sempre constituiu um obstáculo ao desenvolvimento do Direito Administrativo como ramo jurídico autônomo.[9] Entre outros fatores, a ideia da *judicial supremacy*, que atribui ao Judiciário o poder de controle sobre qualquer ato do Poder Público, inexistindo uma jurisdição administrativa especializada nos moldes franceses, consubstanciava o principal fator pelo reconhecimento tardio da autonomia do Direito Administrativo.[10]

O surgimento desse ramo do Direito nos Estados Unidos ocorre em virtude da necessidade de atuação crescente do Estado na área social e econômica, notadamente por intermédio das agências. Costuma-se dizer, por isso, que o Direito Administrativo norte-americano é basicamente o "direito das agências".[11]

Em razão do caráter liberal do Estado norte-americano, as atividades econômicas, com raras exceções, sempre foram livres aos particulares (livre iniciativa). As atividades são reguladas pelos próprios particulares (autorregulação) ou pelo Estado Regulador.

No entanto, determinadas atividades, em razão do forte relevo social envolvido, são destacadas pelo Estado e submetidas a forte poder de polícia. São as denominadas "*public utilities*", consideradas atividades privadas sujeitas à regulamentações e a controles especiais.

É possível afirmar que a principal distinção entre o serviço público francês e as *public utilities* encontra-se na titularidade da atividade: enquanto o serviço público é de titularidade do Estado, as *public utilities* são titularizadas pelos particulares, com limitações (poder de polícia) colocadas pelo Estado.

---

organização submetida a uma ideia. Essa ideia é a do serviço a ser prestado ao público ou de serviço público. [...] O essencial é que seja a ideia de servir, de prestar serviço, ao invés daquela de pressionar e oprimir, que é mais facilmente a tentação do poder". HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris: Dalloz, 2002, p. 13-14.

[9] Nesse sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo comparado*, São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1972, p. 92.

[10] Na lição de Caio Tácito: "Sabidamente, foi tardia a acolhida, no direito anglo-saxão, da autonomia do Direito Administrativo. Identificando a disciplina com o regime francês de dupla jurisdição – que interditava aos tribunais comuns o controle da Administração – os autores ingleses, com Dicey à frente, repudiavam o *droit administratif* (expressão que até mesmo se escusavam de traduzir) por incompatível como princípio da supremacia do Judiciário, que era um dos pilares da *rule of law*, em que repousava, na *common law*, o sentido da Constituição e do Estado de Direito." TÁCITO, Caio. "Presença norte-americana no Direito Administrativo brasileiro". In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 1º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.15.

[11] CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 22.

2.3) Os "serviços de interesse econômico geral" ou "serviços universais" na União Europeia

A tendência atual é a aproximação da noção francesa de serviço público e as *public utilities* norte-americanas, notadamente pela aproximação dos sistemas jurídicos da *common law* e da romano-germânico, naquilo que pode ser denominado de "globalização jurídica".[12]

Nesse contexto, a doutrina tem destacado a nova noção de serviço público, adotada no âmbito da União Europeia, que representaria, em última análise, a aproximação entre o serviço público francês e as *public utilities* norte-americanas.

O Direito Comunitário Europeu, ao mencionar os "serviços universais" ou "serviços de interesse econômico geral",[13] consagra o princípio da concorrência na prestação de atividades econômicas de interesse geral, retirando a exclusividade do Estado.[14]

Os serviços de interesse econômico geral têm gerado intenso debate na doutrina europeia, especialmente nas tentativas de caracterizá-los, ora como serviços públicos, ora como *public utilities*. Por um lado, esses serviços não são titularizados, ao menos com exclusividade, pelo Estado (princípio da concorrência e do livre acesso). Por outro lado, tais serviços submetem-se à forte interferência estatal, em razão da presença do interesse público.[15]

2.4) A crise permanente do serviço público e suas tendências

---

[12] Vide: CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2006. A expressão também é empregada por Oriol Mir Puiglat: PUIGPELAT, Oriol Mir. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 2004, p. 63.

[13] Os arts. 16 e 86, item 2, do Tratado, que institui a Comunidade Europeia, estabelecem: "Artigo 16. Sem prejuízo do disposto nos artigos 73.o, 86.o e 87.o, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões. [...] Artigo 86. [...] 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade."

[14] Nesse sentido: JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no Direito Europeu*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 184; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 110.

[15] A intensa prestação de serviços públicos tradicionais por particulares e a crescente regulação estatal em relação às atividades privadas de interesse geral demonstram a aproximação entre as noções tradicionais. A indeterminação e fluidez da expressão "serviço de interesse econômico geral" permitem a sua aclimatação pelos países integrantes da União Europeia: uma mesma atividade pode ser considerada como *public utility*, em países da commom Law, e como serviço público, nos países de tradição romano-germânica.

Não se trata da "morte" do serviço público, como sustentou Ariño Ortiz,[16] ou da sua "crise",[17] mas da própria evolução da expressão.

Por esta razão, Fausto Quadros afirma que o novo conceito de serviço público se preocupa em ser mais um serviço "ao público" do que em ser apenas um serviço público burocrático ou administrativo. Em suas palavras: "com o Direito Comunitário o conceito de serviço público não morreu, como ele morreu, por exemplo, para o Direito norte-americano: ao contrário, o Direito Comunitário apenas reformulou, robusteceu e ampliou aquele conceito".[18]

Pelo simples fato de inexistir um conceito atemporal de serviço público, a sua noção sofre mutação constante, não havendo paradigma preciso para se afirmar a extinção do conceito e a sua crise. A rigor, a crise do serviço público é permanente.

Todavia, é lícito apontar algumas tendências do serviço público na atualidade, como, por exemplo: a) a submissão do serviço público ao regime de competição (concorrência), admitindo-se, apenas excepcionalmente, o monopólio ou a exclusividade na sua prestação (ex: art. 16 da Lei n° 8.987/95: "A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5° desta Lei"); b) a fragmentação do serviço público, dissociando as diversas etapas de prestação e atribuindo-as aos particulares, com o intuito de evitar a concentração econômica ou abuso econômico (ex: o fornecimento de energia elétrica pode ser fragmentado em diversas etapas, tais como a geração, o transporte e a distribuição); c) o compartilhamento compulsório das redes e infraestruturas (*essential facilities doctrine*) necessárias à prestação dos serviços públicos; d) a redução das hipóteses de titularidade exclusiva do Estado e o incremento de serviços públicos de titularidade compartilhada com os particulares.

2.5) O serviço público no direito brasileiro

A evolução da noção de serviço público, conforme já salientado, demonstra a dificuldade de fixação de um conceito preciso.[19]

---

[16] ORTIZ, Ariño. *Princípios de Derecho Público Econômico*, Granada: Comares, 1999, p. 550.

[17] É comum a menção doutrinária à crise do serviço público. Vide, por exemplo: GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53-61.

[18] QUADROS, Fausto. "Serviço público e Direito Comunitário". In: *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 293.

[19] A dificuldade pode ser demonstrada, por exemplo, na caracterização do serviço postal como serviço público ou atividade econômica. Luis Roberto Barroso defende o caráter econômico do serviço postal, que estaria aberto à livre iniciativa. (BARROSO, Luis Roberto. "Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada". In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145-188). Recetemente, a dificuldade na caracterização do serviço postal como serviço público foi colocada perabte o STF. A Corte decidiu que o referido serviço, em regra, deve ser caracterizado como serviço público . Vide Informativo de Jurisprudência do STF nº 554.

O serviço público é uma espécie de atividade econômica em sentido amplo, pois destina-se à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final. Não se confunde, no entanto, com as atividades econômicas em sentido estrito, tendo em vista os objetivos dos serviços públicos: atendimento do interesse público.[20]

Por esta razão, a doutrina, ao longo dos tempos, apresentou diversas acepções para o vocábulo, sendo possível apresentar, na linha proposta por Alexandre Santos de Aragão,[21] quatro sentidos de "serviços públicos":

> a) concepção amplíssima: defendida pela Escola do serviço público, com algumas variações, considera serviço público toda e qualquer atividade exercida pelo Estado. Essa noção clássica é criticada por inserir no conceito de serviço público as atividades legislativa e jurisdicional, o que retiraria a utilidade do conceito;
> b) concepção ampla: serviço público é toda atividade prestacional voltada ao cidadão, independentemente da titularidade exclusiva do Estado e da forma de remuneração;
> c) concepção restrita: serviço público abrange as atividades prestacionais do Estado prestadas aos cidadãos, de forma individualizada e com fruição quantificada. Este conceito não considera como serviço público o denominado serviço *uti universi*, mas apenas o serviço *uti singuli*. Nesse sentido: Alexandre Santos de Aragão;[22]
> d) concepção restritíssima: serviço público é a atividade prestacional de titularidade do Estado, prestada mediante concessão ou permissão, remunerada por taxa ou tarifa. Nesta noção, estão excluídos os serviços *uti universi* e os serviços sociais, que não são da titularidade exclusiva do Estado.

No Brasil, tem prevalecido a concepção ampla de serviço público, especialmente pelos seguintes fatores: a) distinção entre o serviço público e outras atividades estatais (poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica), o que afasta a noção amplíssima; b) admissão dos serviços públicos *uti universi*, ao contrário do sustentado nas concepções restrita e restritíssima; e c) possibilidade de serviços públicos sociais, cuja titularidade não é exclusiva do Estado, mas compartilhada com os cidadãos, o que exclui a noção restritíssima.

A concepção tradicional de serviço público, no direito brasileiro, segundo a doutrina vigente, é composta por três elementos: subjetivo, material e formal.[23]

---

[20] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 137-139.
[21] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144-149.
[22] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157.
[23] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 20; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 287; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 88;

Em primeiro lugar, o elemento subjetivo ou orgânico relaciona-se com a pessoa que presta o serviço público. Atualmente, o Estado, titular do serviço público, pode prestá-lo direta ou indiretamente, neste último caso mediante concessão ou permissão.

Em segundo lugar, o elemento material ou objetivo define o serviço público como atividade que satisfaz os interesses da coletividade.

Por fim, o elemento formal caracteriza o serviço público como atividade submetida ao regime de direito público.

Nenhum dos critérios apontados é suficiente para, de forma isolada, conceituar o serviço público.

É oportuno salientar que a tarefa de definir determinada atividade como serviço público é exercida pelo Constituinte ou pelo legislador.[24] Isto porque a atividade econômica, caracterizada como serviço público, é retirada da livre iniciativa (*publicatio*) e a sua prestação por particulares somente será possível por meio de concessão e permissão. Ou seja: não pode o administrador classificar, autonomamente, uma atividade econômica como serviço público, já que a publicização da atividade afastaria a livre iniciativa dos particulares.

Por outro lado, o legislador não possui liberdade absoluta na publicização das atividades. Nem toda atividade econômica pode ser transformada em serviço público. A criação legislativa de novos serviços públicos é limitada, principalmente, pela essencialidade das atividades e por sua vinculação estreita com a dignidade da pessoa humana ou com o bem-estar da coletividade.[25]

A partir dessas premissas, apresenta-se, neste momento, o conceito de serviço público: atividade prestacional titularizada, com ou sem exclusividade pelo Estado, criada por lei, com o objetivo de atender as necessidades coletivas, submetida ao regime predominantemente público.

3) Princípios dos serviços públicos

O serviço público revela uma categoria singular do Direito Administrativo sujeita a regime jurídico próprio. A prestação de serviços públicos, por pessoa pública ou privada, é impregnada por princípios específicos que garantem identidade própria a este instituto do Direito.

Tradicionalmente, os três princípios norteadores dos serviços públicos foram elencados na França por Louis Rolland[26] (“Leis de Rolland”) da seguinte forma: a) princípio da continuidade (*continuité*), b) princípio da igualdade (*égalité*) e c) princípio da mutabilidade (*mutabilité*). Outros princípios, no entanto, foram reconhecidos posteriormente, tendo

---

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43-47.

[24] Nesse sentido, por exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 88; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 341-348. O citado autor ressalva os serviços públicos sociais, em que a publicatio está ausente.

[25] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 47; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 163.

[26] Vide: CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, Paris: PUF, 2008, p. 21.

em vista a própria evolução da noção de serviço público, não havendo consenso doutrinário, atualmente, em relação ao elenco e à nomenclatura dos princípios modernos que regem essa atividade administrativa.

O art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95 considera serviço adequado aquele que satisfaz "as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas", o que revela a consagração de princípios jurídicos aplicáveis aos serviços públicos. Cumpre observar, no entanto, que o rol em comento não é taxativo, pois existem outros princípios, como o da igualdade, que não foram mencionados expressamente, mas que devem ser respeitados. Veja que o CDC, em seu art. 22, exige que os serviços públicos sejam "adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

É oportuno ressaltar que, a rigor, os denominados "princípios dos serviços públicos" são, em verdade, princípios que norteiam todas as atividades administrativas. Isto porque toda e qualquer atividade administrativa deve atender, necessariamente, o interesse público, o que pressupõe uma atuação conforme os princípios fundamentais. O atendimento eficiente do interesse público não se coaduna com atividades administrativas descontínuas, desiguais ou imunes à evolução social.[27]

Não obstante isso, a doutrina nacional majoritária tem apontado para os princípios que seriam aplicáveis à prestação dos serviços públicos. Exemplificativamente, podem ser citados os seguintes princípios dos serviços públicos na atualidade: a) continuidade, b) igualdade ou uniformidade ou neutralidade, c) mutabilidade ou atualidade, d) generalidade ou universalidade e e) modicidade.

3.1) Princípio da continuidade

Em razão da necessidade da população usufruir determinadas comodidades, bem como pelo dever do Estado em satisfazer e promover direitos fundamentais, o serviço público deve ser prestado de forma contínua (ininterrupta).

Como consequência da necessidade de continuidade do serviço público, exige-se a regularidade na sua prestação. O prestador do serviço, seja o Estado, seja o delegatário, deve prestar o serviço adequadamente, em conformidade com as normas vigentes e, no caso dos concessionários, com respeito às condições do contrato de concessão. Em suma: a continuidade pressupõe a regularidade, pois seria inadequado exigir que o prestador continuasse a prestar um serviço irregular.

---

[27] Essa é a opinião de Alexandre Santos de Aragão quando afirma que os princípios dos serviços públicos, normalmente apontados pela doutrina tradicional (continuidade, igualdade etc.), são aplicados, ainda que parcialmente, às outras atividades administrativas e algumas atividades privadas (ex: atividades privadas de saúde, como os planos de saúde), tendo em vista, especialmente, a publicização de contratos privados, a eficácia horizontal dos direitos privados e as imposições de ordem pública pela legislação consumerista. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 146-147.

A continuidade não impõe, necessariamente, que todos os serviços públicos sejam prestados diariamente e em período integral.[28] Em verdade, o serviço público deve ser prestado na medida que a necessidade da população se apresenta, sendo lícito distinguir a necessidade absoluta da necessidade relativa. Na necessidade absoluta, o serviço deve ser prestado sem qualquer interrupção, uma vez que a população necessita, permanentemente, da disponibilidade do serviço (ex: hospitais, distribuição de água etc.). Ao revés, na necessidade relativa, o serviço público pode ser prestado periodicamente, em dias e horários determinados pelo Poder Público, levando em consideração as necessidades intermitentes da população (ex: biblioteca pública, museus, quadras esportivas etc.).

É oportuno ressaltar que o STJ tem admitido a possibilidade, com ressalvas, do corte do serviço público por parte da concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, com fundamento na primazia da legislação especial (art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95) em relação à legislação geral (art. 22 do CDC).[29] Em hipóteses excepcionais, o Tribunal afasta a possibilidade da suspensão do serviço público em relação a determinados órgãos públicos (hospitais, postos de saúde, escolas etc.), pois estas unidades administrativas prestam serviços essenciais e inadiáveis à coletividade.[30]

3.2) Princípio da igualdade ou uniformidade ou neutralidade

O princípio da igualdade, no âmbito da prestação dos serviços públicos, nada mais é do que o princípio da impessoalidade que rege toda a Administração Pública.

Desta forma, o Poder Público e o delegatário têm o dever de prestar o serviço público, de maneira igualitária, a todos os particulares, que satisfaçam as condições técnicas e jurídicas, sem qualquer distinção de caráter pessoal.

A igualdade, no entanto, deve ser interpretada e compreendida à luz da proporcionalidade. É conhecida a ideia segundo a qual a igualdade pressupõe tratamento isonômico para as pessoas, que se encontram na mesma situação jurídica, e tratamento diferenciado entre as pessoas que estão em posição de natural desigualdade. Igualdade, destarte, significa tratamento igual para os iguais e desigual, mas proporcional, para os desiguais (ex: gratuidade no serviço público para determinado grupo de pessoas, tais como os idosos e os estudantes; a cobrança de tarifas diferenciadas, na forma do art. 13 da Lei nº 8.987/95).

3.3) Princípio da mutabilidade ou atualidade

---

[28] Juan Carlos Cassagne, com propriedade, ensina que o princípio da continuidade "*no implica, en todos los supuestos, la continuidad física de la actividade pues sólo se requiere que sea prestada cada vez que aparezca la necessidad (v.gr., servicio público de extinción de incêndios).*" CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Tomo II, 8ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 420.

[29] Vide: Informativos de Jurisprudência do STJ nºs 176 e 195.

[30] Esse entendimento foi consagrado, por exemplo, nos Informativos de Jurisprudência do STJ nºs 294, 297, 365 e 378.

O princípio da mutabilidade ou atualidade leva em consideração o fato de que os serviços públicos devem se adaptar à evolução social e tecnológica. As necessidades da população variam no tempo e as tecnologias evoluem rapidamente, havendo a necessidade constante de adaptação das atividades administrativas.

A necessidade de atualização dos serviços públicos, com o intuito de evitar a sua deterioração pelo decurso do tempo, "compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço" (art. 6º, § 2º da Lei nº 8.987/95).[31]

3.4) Princípio da generalidade ou universalidade

Atrelado ao princípio da igualdade, o princípio da universalidade ou generalidade exige que a prestação do serviço público atinja o maior número possível de beneficiários. O responsável pela prestação do serviço deve empreender esforços para levar as comodidades materiais para as pessoas que ainda não recebem o serviço.

No Brasil, o princípio da generalidade ou universalidade é consagrado expressamente na Constituição da República (saúde: art. 196, *caput*; educação: arts. 208, II e 211, § 4º). A legislação, que trata, genericamente, das concessões e permissões de serviços públicos, prevê a universalidade como uma característica inerente à prestação desses serviços (art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95 e o art. 3º, IV da Lei nº 9.074/95). Existem, ainda, leis especiais que reiteram a ideia de universalização (ex: art. 18, III da Lei nº 9.472/97 – ANATEL).

3.5) Princípio da modicidade

Apesar de algumas controvérsias doutrinárias, não há um princípio que imponha a gratuidade para todos os serviços públicos, de modo que a remuneração por parte do usuário é uma possibilidade colocada ao Poder Público.

A inexistência do dever geral de gratuidade e a possibilidade de remuneração dos serviços públicos são justificadas por, pelo menos, duas razões: a) a concessão e a permissão de serviços públicos pressupõem remuneração do delegatário que, normalmente, é efetivada por tarifa e b) a Constituição apenas exige gratuidade para determinados serviços públicos (exs: serviço público de ensino – art. 206, IV da CRFB; transporte público para o idoso – art. 230, § 2º da CRFB), admitindo, ainda que implicitamente, a cobrança pelos demais serviços.

É claro, no entanto, que, por opção política, o legislador pode prever gratuidade para determinados serviços públicos e, se os serviços forem prestados por concessionários, deverá ser respeitado o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com a indicação da respectiva fonte de custeio.

---

[31] Em razão do princípio da mutabilidade ou atualidade, é justificável a existência de prerrogativas por parte da Administração nos contratos de concessão, tal como a possibilidade de alteração unilateral do contrato de concessão, desde que seja respeitado o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assentada a possibilidade de remuneração do serviço público, o princípio da modicidade significa que o valor cobrado do usuário deve ser proporcional ao custo do respectivo serviço. Aqui, o princípio da modicidade serve como importante instrumento de efetivação do princípio da universalidade ou generalidade.[32]

3) Classificações

As classificações doutrinárias procuram facilitar o estudo dos institutos jurídicos. Em relação aos serviços públicos, diversos critérios são utilizados para fixação das respectivas classificações.

3.1) *Uti universi* e *uti singuli*

Quanto aos destinatários, os serviços públicos podem ser classificados em *uti universi* (gerais ou coletivos) e *uti singuli* (individuais ou singulares).[33]

Serviços públicos *uti universi* (gerais ou coletivos): são os serviços prestados à coletividade em geral, sem a identificação individual dos usuários e, portanto, sem a possibilidade de determinar a parcela do serviço usufruída por cada pessoa. Considerados serviços indivisíveis, o seu custeio deve ser feito, em regra, por imposto, não sendo possível a cobrança de taxa ou tarifa. Exemplos: iluminação pública, calçamento etc.[34]

Serviços públicos *uti singuli* (individuais ou singulares): são os serviços prestados a usuários determinados, sendo possível mensurar a sua utilização por cada um deles. Exemplos: fornecimento domiciliar de água e de energia elétrica, transporte público, telefonia etc. A remuneração dos serviços individuais pode ser feita, normalmente, por taxa (regime tributário) ou por tarifa (regime contratual).

Há uma profunda discussão doutrinária em relação ao critério adequado para se distinguir as taxas e as tarifas. A solução para a celeuma é importante do ponto de vista prático-jurídico, pois as taxas, espécies de tributos, submetem-se às limitações constitucionais tributárias (princípio da legalidade, princípio da anterioridade etc), o que não ocorre em relação às tarifas (ou preços públicos).

O critério que tem prevalecido para definir uma ou outra forma de remuneração é aquele que leva em conta a obrigatoriedade ou a facultatividade (liberdade) que o particular possui para utilizar o serviço.

Desta forma, caso o usuário tenha liberdade para escolher entre usar ou não o serviço, a remuneração deve ser feita por meio de tarifa (ex: particular pode utilizar a energia fornecida por concessionária ou

---

[32] Lembre-se que, nos contratos de concessão, a previsão das denominadas "receitas alternativas" tem por objetivo possibilitar outras formas de receitas pelos concessionários que reduziriam o valor da tarifa (art. 11 da Lei nº 8.987/95).

[33] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 300.

[34] O STF considerou inconstitucional a taxa de iluminação pública, justamente por considerar inviável a cobrança desse tributo em relação aos serviços indivisíveis. (Súmula 670: "o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa").

energia solar). Por outro lado, se não houver liberdade para o usuário, a remuneração será efetivada por taxa (ex: taxa de coleta domiciliar de lixo, taxa de coleta de esgoto sanitário, taxa judiciária).[35]

É importante notar que, independentemente da existência de opções para o usuário, o serviço público, ainda que obrigatório, quando prestado por concessionárias, será necessariamente remunerado por tarifa, tendo em vista a impossibilidade de pessoas jurídicas de direito privado figurarem no polo ativo das obrigações tributárias.[36]

No entanto, quando o serviço público específico e divisível é prestado pelo Estado, permanece a dificuldade em se definir a forma remuneratória. A compulsoriedade do serviço, ao que parece, não constitui um critério suficiente para diferenciar as hipóteses, pois, como demonstrado, alguns serviços essenciais e obrigatórios são prestados por concessionários e, nesse caso, remunerados por tarifa (ex: fornecimento domiciliar de água).[37]

Talvez por essa razão, seja necessário apontar outro critério diferenciador para as taxas e as tarifas. Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, os serviços públicos serão remunerados por taxas quando o Estado estiver investido do seu poder de império (autoridade), de modo que o serviço, nesse caso, não pode ser transferido ao particular e o valor cobrado servirá apenas para cobrir os custos dos serviços. Já a tarifa tem natureza contratual e pode ser prestada por particulares.[38]

É possível estabelecer algumas conclusões quanto à remuneração dos serviços individuais: a) quando os serviços forem executados por concessionárias, a tarifa será, necessariamente, a forma remuneratória; b) quando o serviço for prestado diretamente pelo Estado, a tarifa será cobrada nos serviços individuais, que não envolvam o poder de

---

[35] Essa distinção foi consagrada na súmula 545 do STF que dispõe: "preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu." O STF, por exemplo, considerou inconstitucional a "tarifa básica de limpeza urbana" (preço público), instituída pelo Decreto nº 196/75 no Município do Rio de Janeiro, pois a coleta do lixo, por ser um serviço essencial e obrigatoriamente prestado pelo Estado, deve ser remunerada por taxa e respeitar o princípio da legalidade tributária. RExt nº 89.876/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento: 04/09/80, DJ 10/10/80, p. 390.

[36] Essa é a opinião de Alexandre Santos de Aragão ao sustentar que o art. 175 da CRBF é uma exceção ao regime tributário previsto na Constituição para os serviços remunerados por taxa e, por essa razão, sempre que o serviço público (compulsório ou não) for prestado por concessionária, a sua remuneração deverá ocorrer por meio de tarifa. Aliás, conforme mencionado pelo autor, o art. 9º, § 1º da Lei nº 8.987/95 admite, ainda que implicitamente, a cobrança de tarifa mesmo sem a existência de serviço alternativo para o particular. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 610. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 391.

[37] Apesar das polêmicas em relação à natureza da contraprestação cobrada pelo serviço público de água, o STF entende tratar-se de tarifa (RExt nº 77.162/SP, Rel. Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, julgamento: 24/05/77, DJ 09/08/77, p. 763). Da mesma forma, o STJ considera a contraprestação do serviço de fornecimento de água, prestado por concessionárias, como tarifa ou preço público (Informativo de Jurisprudência do STJ nº 349).

[38] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 297.

autoridade estatal, e a taxa será instituída para os serviços individuais, cuja prestação dependa de atos de autoridade do Estado.

3.2) Federais, estaduais, distritais, municipais e comuns

Quanto à titularidade federativa, os serviços públicos são classificados em federais, estaduais, distritais, municipais e comuns.

O texto constitucional, ao estabelecer a repartição de competências administrativas, divide os variados serviços públicos entre os Entes federados.

Um exemplo que demonstra com clareza a repartição dos serviços públicos entre os Entes é o serviço público de transporte rodoviário de passageiros: a União possui competência para organizar e prestar o serviço de transporte internacional e interestadual (art. 21, XII, "e" da CRFB); os serviços de transporte intermunicipal são da competência dos Estados; e os serviços intramunicipais incumbem aos Municípios (art. 30, V da CRFB). O Distrito Federal concentra as competências estaduais e municipais.

Além de competências privativas ou próprias, o art. 23 da Constituição consagra atividades que são da competência comum dos Entes Federados, tais como os serviços de saúde e de assistência pública. Trata-se da consagração do federalismo cooperativo.

3.3) Administrativos, comerciais (ou industriais) e sociais

Quanto ao objeto, a doutrina costuma diferenciar três categorias de serviços públicos: serviços públicos administrativos, serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais.

Os serviços administrativos, segundo o saudoso professor Hely Lopes Meirelles, são executados pela Administração Pública para atender às suas necessidades internas ou como forma de preparação para outros serviços que serão prestados ao público (ex: imprensa oficial).[39]

Os serviços comerciais ou industriais, por sua vez, são os serviços que produzem renda para os seus prestadores. Nesse conceito, estão inseridos os serviços públicos que podem ser remunerados, como aqueles que são prestados por concessionárias e remunerados por tarifa, ficando excluídos os serviços que devem ser necessariamente gratuitos (ex: saúde e educação quando prestados pelo Estado). Esses serviços são titularizados pelo Estado (serviços reservados ou exclusivos) e a execução pela iniciativa privada depende, necessariamente, de delegação formal (concessão ou permissão).

Os serviços públicos sociais atendem as necessidades coletivas de caráter social (direitos fundamentais sociais). Esses serviços podem ser prestados pelo Estado ou pelo particular. A peculiaridade desses serviços reside na ausência de exclusividade, na sua titularidade, por parte do

[39] É comum, ainda, a utilização da expressão "serviços administrativos" para fazer referência aos serviços prestados por particulares à Administração (ex: limpeza da repartição pública por empresa privada terceirizada). No entanto, como é de fácil percepção, esses serviços são, em verdade, atividades privadas prestadas diretamente à Administração e não propriamente serviços públicos.

Estado (serviços não reservados ou não exclusivos). Isto porque a Constituição da República admite que os particulares prestem tais serviços, sem a necessidade de delegação formal do Estado. Ex: saúde (art. 199 da CRFB), educação (art. 209 da CRFB), assistência social (art. 204, I e II da CRFB) e previdência social (art. 202 da CRFB).

3.4) Essenciais e não essenciais

A partir do critério da essencialidade, a doutrina classifica os serviços em essenciais ou não essenciais.[40]

Os serviços essenciais ou serviços de necessidade pública são, em princípio, de execução privativa da Administração Pública e são considerados como indispensáveis à coletividade. Exemplos: segurança pública, serviços judiciários etc.

Por outro lado, os serviços não essenciais ou serviços de utilidade pública são aqueles cuja execução pode ser facultada aos particulares. Exemplo: serviços funerários.

Entendemos que o critério da essencialidade não é completamente adequado para classificação dos serviços públicos.

Primeiro, porque os serviços públicos essenciais seriam, em verdade, os serviços públicos exclusivos ou próprios do Estado que não podem ser delegados aos particulares não em razão da essencialidade, mas, sim, em razão da necessidade de exercício de poder de polícia (poder de autoridade), normalmente vedado ao particular. Seria preferível falar em serviços indelegáveis e delegáveis.

Segundo, porque a própria Constituição Federal qualifica como essenciais serviços que podem ser delegados aos particulares. O art. 30, V da CRFB afirma que o transporte coletivo de interesse local (intramunicipal) possui caráter essencial e pode ser prestado diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Verifica-se, destarte, que a essencialidade não possui qualquer vinculação necessária com a delegabilidade do serviço.

Por fim, todos os serviços públicos, em razão da vinculação aos direitos fundamentais, são, em maior ou menor medida, essenciais. Por outro lado, a essencialidade não é um atributo exclusivo dos serviços públicos. Algumas atividades privadas são qualificadas pela legislação como essenciais, em razão do interesse social envolvido (ex: art. 10 da Lei nº 7.783/89).

Conforme já mencionado, a essencialidade maior ou menor do serviço público ou da atividade privada tem sido considerada pela jurisprudência e pela doutrina nas questões envolvendo a possibilidade de sua interrupção.

.

3.5) Próprios e impróprios (virtuais)

Quanto à titularidade do serviço, a doutrina costuma distinguir os serviços públicos próprios dos chamados serviços públicos impróprios ou virtuais.

---

[40] Essa classificação é adotada, por exemplo, por: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 296.

Os serviços públicos próprios são os serviços de titularidade exclusiva do Estado. A execução desses serviços pode ser feita diretamente pelo Estado ou indiretamente por meio de concessão ou permissão (ex: transporte público).

Os serviços públicos impróprios ou virtuais são as atividades, executadas por particulares, que atendem às necessidades da coletividade, mas que não são titularizadas pelo Estado.

Tais serviços são nomeados como impróprios ou virtuais, justamente por não serem, propriamente, serviços públicos, uma vez que ausente o requisito da *publicatio* (ou publicização).[41] São, em verdade, atividades titularizadas por particulares e não pelo Estado, com a peculiaridade de que satisfazem o interesse social (atividades privadas de utilidade ou de relevância pública). Por esta razão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o serviço público impróprio "não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não a atribuiu ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribuiu com exclusividade."[42]

Em razão da importância dessas atividades, a legislação estende a elas algumas características e princípios, que seriam próprios dos serviços públicos, tal como o princípio da continuidade. Algumas atividades privadas, consideradas pela legislação como "essenciais" não podem sofrer solução de continuidade. Nesse sentido, por exemplo, o art. 10 da Lei nº 7.783/89, enumera atividades privadas consideradas como "serviços essenciais".

3.6) Inerentes e por opção legislativa

Quanto à criação do serviço, os serviços públicos são divididos em inerentes e serviços públicos por opção legislativa.[43]

Os serviços públicos inerentes são aqueles geneticamente ligados às funções estatais típicas, que envolvem o exercício do poder de autoridade. Em razão disso, é dispensável a sua caracterização normativa como serviço público, uma vez que a natureza da atividade já demonstra o seu caráter de serviço público (ex: prestação jurisdicional).

De outra banda, os serviços públicos por opção legislativa são atividades econômicas consideradas como serviços públicos por determinada norma jurídica. A legislação, no caso, retira determinadas atividades econômicas do regime da livre iniciativa, colocando-as sob a titularidade estatal. A prestação desses serviços pode ser delegada à iniciativa privada (art. 175 da CRFB), como acontece, por exemplo, nos serviços públicos de transporte.

---

[41] Juan Carlos Cassagne, ao tratar do serviço público impróprio ou virtual, esclarece que esse serviço "*no aparece como una excepción al principio de la titularidad privada de la pertinente actividade sino como una mera extensión del régimen jurídico del servicio público proprio, cuya fuerza expansiva no llega, sin embargo, a producir una verdadera publicatio*." CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Tomo II, 8ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 414.

[42] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 96.

[43] BARROSO, Luis Roberto. "Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada". In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 157-167.

4) Serviços públicos e o CDC

A prestação dos serviços públicos, segundo a legislação vigente, encontra-se submetida ao CDC. Nesse sentido, o art. 7º da Lei nº 8.987/95, que enumera os direitos e obrigações dos usuários, consagra, expressamente, a aplicação da Lei nº 8.078/90 aos serviços públicos. Da mesma forma, o CDC faz referência aos serviços públicos (arts. 4º, VII, 6º, X e 22).

Não obstante a literalidade e a objetividade da legislação, a aplicação do CDC aos serviços públicos merece ponderações importantes.

Em primeiro lugar, é fundamental recordar a citada classificação doutrinária que distingue duas espécies de serviços públicos a partir do critério dos seus destinatários: a) serviços públicos *uti universi* ou gerais: são aqueles prestados a usuários indeterminados e a sua utilização não é mensurável, razão pela qual são, normalmente, remuneradas por impostos (ex: iluminação pública); b) serviços públicos *uti singuli* ou individuais: são aqueles prestados para usuários determinados, com possibilidade de mensuração da sua utilização individual e, por esta razão, são remunerados por taxa ou tarifa. (ex: fornecimento de energia elétrica domiciliar).

Alguns autores, como o professor Antônio Herman de Vascocellos e Benjamim, adotam uma visão ampliativa para aplicar o CDC a toda e qualquer espécie de serviços públicos, já que o CDC teria se referido aos serviços públicos indistintamente.[44] Ou seja: o CDC deve ser observado em relação a todos os serviços públicos, independentemente de remuneração individual e específica.

Essa também é a opinião de Marcos Juruena Villela Souto que defende inexistir serviços públicos gratuitos, pois, mesmo os serviços gerais (*uti universi*) seriam remunerados por impostos.[45]

Outros autores adotam uma posição restritiva e afirmam que o CDC incide apenas aos serviços públicos *uti singuli*, pois o art. 2º, § 3º do Código, ao definir o serviço, exige a sua "remuneração". Essa é a opinião, por exemplo, de Cláudia Lima Marques[46] e Dinorá Adelaide Musetti Grotti.[47] Essas autoras, no entanto, admitem a aplicação do CDC a todos os serviços públicos individuais, independentemente da forma de remuneração (taxa ou tarifa).

---

[44] BENJAMIM, Antônio Herman de Vascocellos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 110-111.

[45] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 338.

[46] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 486.

[47] GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 347.

Entendemos que a aplicação do CDC ocorre apenas em relação aos serviços públicos *uti singuli*, que são remunerados individualmente por tarifa.

O art. 3º, § 2º do CDC exige a remuneração do serviço e, nesse caso, estariam excluídos do conceito legal os serviços *uti universi* ou gerais que não são remunerados individualmente pelo usuário. É verdade que, a rigor, os serviços públicos gerais são remunerados, ainda que indiretamente, por impostos, mas o CDC, ao utilizar a expressão "mediante remuneração", teve, certamente, a intenção de exigir a remuneração específica do usuário-consumidor. Não fosse assim, a expressão "remuneração", encontrada na norma legal em comento, não faria qualquer sentido, já que, a partir de uma visão extremada, não existe serviço genuinamente gratuito, pois sempre haverá alguém responsável por cobrir os custos (e, por vezes o lucro) de sua prestação.

Da mesma forma, os serviços públicos *uti singuli* gratuitos (ex: escolas e hospitais públicos) estão excluídos do CDC, por não estar presente a característica da remuneração. Esses serviços são custeados por impostos, não havendo, portanto, uma contraprestação específica do usuário pelo serviço utilizado.[48]

Nesse sentido, o STJ tem aplicado o CDC aos serviços públicos individuais e remunerados por tarifas, como, por exemplo, nos casos de fornecimento domiciliar de energia (REsp nº 772486/RS), de água (REsp nº 943850/SP), de telefonia (REsp nº 742640/MG), serviços de manutenção de rodovias por meio de pedágio (REsp nº 647710/RJ).

O afastamento do CDC aos serviços públicos individuais, remunerados por taxas, justifica-se pelo fato da relação jurídica, em comento, ser de natureza tributária e não contratual. Desse modo, na relação entre o Estado e o contribuinte devem ser aplicadas as normas da legislação tributária e não aquelas previstas no CDC.

Recentemente, o STJ, após estabelecer a natureza tarifária da remuneração do serviço público de água e de esgoto, admitiu a incidência do CDC, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita:

> "CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. AUMENTO ABUSIVO DO VALOR COBRADO. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRAPRESTAÇÃO. PREÇO PÚBLICO (OU TARIFA). INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO CONSUMERISTA. RELEVÂNCIA SOCIAL PRESUMIDA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MP. ARTS. 81, P. ÚN., INC. III, E 82, INC. I, DO CDC.
> 1. Após intenso debate no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, esta Corte está se adequando à jurisprudência daquele Tribunal, passando a tratar a quantia recolhida a título de prestação do serviço de esgoto como preço público (ou tarifa), e não como taxa. Precedentes.
> 2. **Tratando-se de tarifa, é plenamente aplicável a disciplina do Código de Defesa do Consumidor - CDC em casos de aumento**

[48] Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 520, nota 47; GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 347.

abusivo. Note-se que os interesses defendidos pelo recorrente, na hipótese, tem caráter divisível, derivando de origem comum, motivo pelo qual são enquadrados pela legislação consumerista como individuais homogêneos (CDC, art. 81, p. ún., inc. III), mas têm relevante espectro social, o que autoriza a legitimidade ativa do Parquet (art. 82 do CDC).

3. Mesmo que não se admitisse comprovado, na hipótese, o relevante interesse social, doutrina e jurisprudência são unânimes em admitir que o Ministério Público tem legitimidade ativa de interesses individuais homogêneos na seara do direito do consumidor, pois presume-se a importância da discussão para a coletividade.

4. Agravo regimental não-provido."[49] (Grifo nosso)

Existem, ainda, outras limitações importantes para a aplicação do CDC aos serviços públicos, notadamente pelo fato de que as relações jurídicas de serviços públicos (Direito Administrativo) e de consumo (Direito do Consumidor) são norteadas por princípios, por vezes, opostos ou distintos.

Conforme lembrado por Marçal Justen Filho[50], o Direito do Consumidor tem origem nos Estados Unidos, país que não adota a noção de serviço público, consagrada entre nós. As atividades econômicas estão subordinadas à livre iniciativa, com algumas ressalvas no tocante às denominadas *public utilities*, que sofrem limitações mais fortes do Estado. Em razão disso, o Direito do Consumidor, no modelo norte-americano, nasceu como importante instrumento jurídico para limitar a liberdade e condicionar as atividades econômicas e proteger os particulares.

Há uma diferença importante entre a execução de atividades econômicas privadas, no sentido estrito, e a prestação de serviços públicos. Enquanto a execução da atividade econômica é livremente colocada ao particular (princípio da livre iniciativa – art. 170 da CRFB), a prestação de serviços públicos por particulares depende necessariamente de delegação formal do Estado (art. 175 da CRFB).

Os serviços públicos, na lição de Alexandre Santos de Aragão, possuem uma "conotação coletiva muito mais ampla que as atividades econômicas privadas"[51], servindo como instrumento, não raras as vezes, de distribuição de renda e efetivação da dignidade da pessoa humana, o que não ocorre no sistema privatista do CDC.

Conforme exemplo, citado pelo autor, é possível a majoração das tarifas, como forma de "financiamento" de gratuidades de determinados grupos de usuários. Ou seja: a tarifa pode ser utilizada para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, em que os usuários pagariam um valor maior para custear as gratuidades conferidas

[49] STJ, AgRg no REsp nº 856.378/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/04/09.
[50] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 555.
[51] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 521.

a certos particulares. Isso seria inadmissível sob a ótica do Direito do Consumidor, já que essas tarifas seriam consideradas abusivas por não corresponderem apenas à utilidade individualmente usufruída pelo usuário (arts. 39, V e 51, IV da CDC).

Outro dado, que corrobora a dificuldade de compatibilidade entre o CDC e o regime dos serviços públicos, está na mutabilidade (*jus variandi*) inerente à prestação dos serviços públicos. A necessidade de alteração das condições de execução dos serviços públicos poderia gerar consequências à situação jurídica do usuário. Em exemplo fornecido por Marçal Justen Filho[52], o Poder Concedente pode alterar as regras pertinentes aos serviços de telefonia fixa, com reflexos para os usuários. À luz do Direito Administrativo, o usuário não poderia invocar direito adquirido à manutenção do regime jurídico, mas sua pretensão poderia ser respaldada pelo CDC.

As cláusulas exorbitantes, que consubstanciam verdadeiras prerrogativas do Poder Concedente, a presença do interesse público, a ausência (ou diminuta) de liberdade do concessionário para estabelecer as cláusulas dos contratos de concessão e fixar as obrigações dos usuários, dentre outras situações peculiares, revelam características diferenciadas do contrato de concessão, não encontradas nos contratos privados em geral.

Não bastassem as relevantes diferenças materiais entre as duas atividades em análise (atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos), há, também, diferenças no aspecto formal. O tratamento jurídico diferenciado, entre os usuários de serviços públicos e os consumidores, decorre da Constituição da República.

De um lado, o art. 5º, XXXII e o art. 48 do ADCT fundamentam a existência do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, o art. 175, parágrafo único, II, ao tratar, especificamente, da concessão e da permissão de serviços públicos, remete ao legislador ordinário a incumbência de definir os direitos dos usuários. Daí a promulgação da Lei nº 8.987/95.

A intenção do legislador constitucional, em diferenciar a situação jurídica do usuário e do consumidor, ficou ainda mais evidente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, que, em seu art. 27, fixou o prazo de 120 dias (há muito ultrapassado) para o Congresso Nacional elaborar a "lei de defesa do usuário de serviços públicos".

As características e peculiaridades inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos revelam a dificuldade de sua submissão completa ao CDC.

Em razão disso, a aplicação do CDC aos serviços públicos não é automática, mas, sim, depende de sua compatibilidade com os princípios que norteiam os da prestação de serviços públicos.

Em eventual conflito, deve ser reconhecida, em regra, a primazia do Direito Administrativo sobre o Direito do Consumidor. Essa também é a opinião de Marçal Justen Filho ao afirmar que a "disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na

[52] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 557.

medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público".[53]

Nesse sentido, o STJ, ao discutir a juridicidade do corte de serviço público concedido ao usuário inadimplente, resolveu o conflito entre os arts. 22 e 42 do CDC e o art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/95 para afastar aquele diploma legal e aplicar a legislação especial dos serviços públicos que admite, com limitações, o corte em razão do inadimplemento.[54]

Em outra oportunidade, o STJ voltou a afirmar a prevalência dos princípios norteadores dos serviços públicos em detrimento das normas de consumo. Trata-se da súmula nº 356 daquela Corte que dispõe: "É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa". A cobrança de tarifa básica para os serviços de telefonia, independentemente da utilização efetiva do serviço, não foi considerada cobrança abusiva, vedada pelo CDC, já que o seu objetivo é remunerar os custos de disponibilização do serviço. Ademais, segundo a Corte, a tarifa básica encontra fundamento de validade nas normas que tratam dessa categoria de serviços públicos, notadamente: art. 175, parágrafo único, III da CRFB, art. 2º, II da Lei nº 8.987/95, art. 93, VII da Lei nº 9.472/97 e Resolução 42/05 da ANATEL.

5) Estado como consumidor

Por fim, há interessante controvérsia sobre a possibilidade de o Estado ser considerado consumidor, em determinada relação jurídica, à luz do conceito fixado pelo art. 2º da lei nº 8.078/90.[55]

Na visão de alguns autores, como, por exemplo, Marçal Justen Filho,[56] o Estado não pode ser considerado consumidor, pois essa qualificação depende, necessariamente, da vulnerabilidade da pessoa em relação ao fornecedor dos produtos e dos serviços (art. 4º, I da Lei nº 8.078/90). O Estado não pode ser considerado vulnerável nos contratos que celebra com terceiros, pois goza de supremacia contratual, especialmente em razão da presença das cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei nº 8.078/90). Em outras palavras: nos contratos administrativos, o desequilíbrio contratual decorre justamente da supremacia do Poder Público em detrimento das sujeições do particular.

Outro argumento, normalmente utilizado por essa primeira corrente doutrinária, refere-se ao fato de que as cláusulas contratuais, em quase sua totalidade, são unilateralmente estabelecidas pelo próprio Poder Público. As cláusulas regulamentares ou de serviço são elaboradas pelo Estado e constam da minuta do contrato anexado ao edital de licitação, restando ao particular participar da formação das cláusulas econômicas, financeiras ou monetárias.

---

[53] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 560. No mesmo sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 525.

[54] STJ, REsp nº 510.478/PB, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, Julgamento: 10/06/03, DJ 08/09/03, p. 312

[55] "Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

[56] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 520.

Por outro lado, importantes autores admitem, excepcionalmente, a figura do "Estado consumidor", tendo em vista a possibilidade de existir vulnerabilidade técnica por parte dos agentes públicos em relação ao fornecedor, bem como pelo fato do conceito legal de consumidor (art. 2° do CDC) não estabelecer qualquer restrição nesse sentido.

Realmente, ainda que a situação seja rara, parece possível em determinadas situações considerar o Estado como consumidor, desde que haja vulnerabilidade técnica em relação ao fornecedor. Por melhor preparo técnico dos agentes públicos, não é possível exigir que eles conheçam todos os bens e serviços oferecidos no mercado, sendo possível que determinados particulares tenham uma relevante supremacia técnica em casos pontuais.

É verdade que a Lei n° 8.666/93, em regra, protege, suficientemente, o Estado em situações de inadimplemento contratual ou de necessidade de mudanças contratuais para o melhor atendimento do interesse público.

Todavia, o CDC confere proteção suplementar importante que, por vezes, são necessárias à proteção do Estado. No que se refere à responsabilidade civil por vício ou defeito do produto ou serviço, por exemplo, o Estado poderia se valer da responsabilidade civil solidária e objetiva, prevista no CDC, para pleitear ressarcimento não apenas em relação ao fornecedor, mas também em relação às demais pessoas que participaram da cadeia de consumo (arts. 12 e 18 do CDC).[57] Da mesma forma, além das sanções previstas na Lei n° 8.666/93, o Estado-consumidor poderia aplicar outras sanções, previstas no CDC (ex: inscrição do nome do contratado no cadastro de maus pagadores ou pleitear ao juiz uma "contrapropaganda").[58]

Na visão de Flávio Amaral Garcia,[59] com a qual concordamos, seria indiscutível a aplicação do CDC aos contratos administrativos e aos contratos privados da Administração, sendo possível considerar o Estado como consumidor, desde que verificada a vulnerabilidade técnica.

A rigor, a aplicação do CDC aos contratos privados da Administração não encontra maiores dificuldades. Ao contrário do que ocorre nos contratos administrativos, em que existe um natural desequilíbrio contratual em favor do Poder Público (relação de verticalidade), tendo em vista a incidência legal das cláusulas exorbitantes, independentemente de previsão contratual expressa, nos contratos privados da Administração as partes se encontram em posição de igualdade (relação de horizontalidade) e o ajuste se submete, predominantemente, às regras de direito privado (art. 62, § 3°, I da Lei n° 8.666/93). Nesse caso, tais contratos privados da Administração podem

---

[57] Essa é a lição do professor Flávio Amaral Garcia que, após admitir a caracterização do Estado como consumidor, cita a aplicação das regras do CDC, relativas à responsabilidade solidária na cadeia de consumo, em prol do Estado. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 164 e 165.

[58] Nesse sentido: PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. "A Administração Pública como consumidora nas relações de consumo". In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, p. 276-282, abr., 2001.

[59] GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 160 e 161.

ser regidos pelo CDC e, eventualmente, o Estado qualificado como consumidor.

A aplicação do CDC aos contratos privados da Administração fica mais evidente quando se está diante das empresas públicas e sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica, pois essas entidades submetem-se, em regra, às normas aplicáveis aos particulares em geral, o que incluiria o CDC (art. 173, § 1°, II da CRFB).

6) Conclusões

Conforme ficou demonstrado no presente estudo, os serviços públicos submetem-se ao CDC, mas com importantes limitações.

Tendo em vista a exigência de remuneração específica para configuração do serviço, contida no art. 3°, § 2° do CDC, bem como a não configuração de relação tributária entre o usuário de serviços públicos e o Estado (ou concessionária), a incidência do CDC deve ser limitada aos serviços públicos *uti singuli* remunerados por tarifa.

Ainda que se considere o usuário de serviços públicos como espécie de consumidor, fato é que a própria Constituição da República pretendeu estabelecer tratamento distinto entre o consumidor (gênero) e o usuário (espécie), na forma do art. 5°, XXXII da CRFB e do art. 27 da EC n° 19/98.

Não se deve admitir a aplicação acrítica das normas consumeiristas aos serviços públicos, especialmente em razão das carcacterísticas e dos princípios específicos próprios desta atividade.

Por derradeiro, pretendeu-se demonstrar a possibilidade, ainda que excepcional, de se qualificar o Estado como consumidor de bens e serviços, notadamente nas hipóteses de hipossuficiência técnica.

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os Serviços Públicos e o Código de Defesa Do Consumidor (CDC): Limites E Possibilidades. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-RAFAEL-CARVALHO-REZENDE-OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.